

İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI VE YARGISAL DENETİMİ

Yrd. Doç. Dr. Halil KALABALIK*

GİRİŞ

Takdir yetkisinin faydalı ve gerekli bir kurum olduğu; çeşitli şekillerde kullanılabileceği ve çeşitli kaynaklardan doğduğu belirtildi. Ancak, söz konusu yetki denetlenmediği takdirde kasıtlı olarak veya kazaen kötüye kullanılması her zaman mümkündür.¹ Ayrıca, bu denetimin dozajı o şekilde ayarlanmalıdır ki, hem kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi engellenmesin ve hem de vatandaşların hak ve hukukunun korunması arasında bir denge sağlansın. Bu dengenin kurulmasında yani hukuka uygunluk denetiminin sınırının tespitinde idarî yargı yeri, subjektif değer yargılarına göre hareket edebilecek, hiç bir esasa, ilkeye ve kurala bağlı kalmadan hareket edebilecek bir durumda değildir.² Bu nedenle, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasının, aksayan yönlerinin tespit edilmesi amacıyla denetlenmesi gerekir. İdarenin takdir yetkisinin kullanılmasının denetimi, yargı organlarıncı yapılabileceği gibi, yargıdışı çeşitli denetim yollarıyla da yapılabilir. Yargısal denetimde, takdir yetkisinin, idare tarafından yalnızca hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı; yargı dışı denetimde ise, hem hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı ve hem de ihtiyaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı denetlenir. Biz bu araştırmamızda takdir yetkisinin yargısal denetimi üzerinde durmak istiyoruz.

I. GENEL SINIRLARI

Bütün yetkilerin meşru ve yasal sınırları olduğu gibi, kamu otoritelerine verilen takdir yetkilerde sınırsız değildir; bilakis meşru ve yasal sınırları söz konusudur. İngiltere'de idarenin etkinliği ile temel hak ve hürriyetlerin korunması arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde bu sınırları mahkemeler tayin edecekler³.

Takdir yetkisinin sınırlarından maksat, bu yetkinin hangi sınırlar içerisinde ve hangi ilke ve kurallara dayanılarak ve uyularak kullanılacak alanın tanımlanmasıdır. Bu sınırlar, anayasal, kanunî ilke ve kurallar ile yazılı olmayan ve fakat mahkeme kararlarıyla ortaya konulan hukukun genel ilkeleridir.

* Karadeniz Teknik Üniversitesi - İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Cooper, Philip J., Public Law and Public Administration, Second Edition, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey 1988, 239.

² Oytan, Muammer, "Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması", İdarî Yargı, Birinci Kitap, (1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara), Danıştay Matbaası Ankara 1991, 149.

³ Wade, H.W.R., Administrative Law, Sixth Edition, ELBS/Oxford University Press, 1988,388.

A - Anayasal İlke ve Kurallar

İdare, takdir yetkisini Anayasal ilke ve kurallara uygun bir şekilde kullanmakla yükümlüdür⁴. Anayasa mahkemesi de muhtelif zamanlarda verdiği kararlarda, idarenin kendisine hukukî düzenlemelerle tanınan takdir yetkisini ancak anayasal sınırlar içinde kullanabileceğini hükme bağlamıştır⁵. Bu ilkeler, Anayasanın başlangıç kısmında belirtilen ilkeler, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet ilkeleri, Atatürk milliyetçiliğine bağlılık, lâiklik, demokratik devlet, insan haklarına saygılı devlet, sosyal devlet, hukuk devleti, idarenin bütünlüğü gibi ilkelerdir.

Hukuk devleti ilkesinin çeşitli farklı manaları ve sonuçları bulunmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin herkesçe kabul edilebilecek bir tanımını yapmak oldukça zordur. Her yazar, zamana, ülkeye ve kendi dünya görüşüne göre farklı bir tanım yapmaktadır. Bu ilkenin ilk başta gelen tanımı, her türlü faaliyetin hukuk kurallarına göre yapılmak zorunda olmasıdır. Bunu idareye uyarladığımızda, her kamu gücü kullanan makam veya mercinin yetkisini huktan alması gerekir.⁶

Hukuk devletinin bir diğer anlamı da, idarî fonksiyonun, idarenin faaliyet ve takdir alanını sınırlayan mevcut kurallar ve prensipler çerçevesinde yerine getirilmesidir. Hukuk devleti ilkesinin en önemli yönü, idarenin faaliyet alanını ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını sınırlayan bir kurallar sistemi olmasıdır.⁷

Klasik anayasa doktrininde idarenin geniş takdir yetkisine sahip olmasının hukuk devletine uygun olmadığı düşünülmekteydi. Fakat bu dogma bugün ciddiye alınmamaktadır. Hukuk devleti ilkesi, idarenin takdir yetkisinin kaldırılmasını değil, bunun kullanılmasının denetlenmesini gerekli kılmaktadır.⁸ Çünkü, hukuk devleti ilkesi tüm devlet işlemlerinde olduğu gibi, idarî işlemlerin hukuk kurallarına uygun olmasını ve bu uygunluğun yargı denetimi ile sağlanmasını zorunlu kılar.⁹

İdare, takdir yetkisini kullanırken, Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu hallerde, bu yetkisini aynı ve benzer olay ve durumlarda aynı doğrultuda ve aynı işlemleri yaparak kullanması gerekir. Diğer taraftan, takdir yetkisi, idarenin düzenleme yetkisinin bir dayanağını da oluşturmaktadır. Takdir yetkisi eşitlik ilkesine uygun olarak kullanıldığında, zımnen bir düzenleme yapılmış olmaktadır. Diğer taraftan, idarenin takdir yetkisinin eşitlik ilkesine uygun kullanılacağını göstermek için birtakım dü-

⁴ Balta, 89.

⁵ Anayasa Mahkemesinin 10.2.1970 gün ve E:1969/60, K: 1970)8 sayılı kararı, Aykonu, Mustafa S. - Özkul, E. Aydın (Haz.) Anayasa Yargısı, Cilt: 2, Atatürk'ün Yüzüncü Doğum Yılı Armağanı, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 2, Ankara 1981, 12.

⁶ Wade, 23; Padfield-Byrne, 15.

⁷ Hukuk devleti ilkesinin diğer anlamları için bkz: Wade, 23-24;

⁸ Wade, H.W.R., Administrative Law, Sixth Edition, ELBS/Oxford University Press, 1988, 388.

⁹ Günday, İdare Hukuku Dersleri - I, 254; Özey, Gün İşığında Yönetim, 128.

zenlemeler yapması idarî işlemlerin belirliliği ve düzenli idare ilkelerinin de bir gereğidir. Hatta, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu alanları düzenlemesinin, idare açısından bir hak değil, fakat eşitlik ilkesinin bir gereği olduğu da söylenebilir¹⁰. Örneğin, Danıştay, "yönetmelik ile okul dışından bitirme sınavlarına girenlerden memur olanlarına, görev yerleri değişmesi durumunda, sınavlara yeni görev yerlerinde girme olanağı tanınırken, özel ve kendi işyerinde çalışan kişilere aynı hakkın tanınmaması, herkesin kanun önünde eşit olduğuna ve hiç bir kişiye veya topluluğa ayrıcalık tanınamayacağına ilişkin Anayasanın 10. maddesi ile 1739 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırılık oluşturur" diyerek eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden yönetmelik hükmünü iptal etmiştir.¹¹

B - Takdir Yetkisine İlişkin Kanunî Kurallar

İdarenin, kendisine takdir yetkisi veren kanun ve diğer mevzuattaki esas ve usullere ilişkin şartlara uygun olarak takdir yetkisini kullanması gerekir. Aksi takdirde takdir sakatlığı ortaya çıkar¹². Kanun, hukuk devleti ilkesi gereği, idareye takdir yetkisi verdiği durumlarda da, onu belli ölçüde bağlamak durumunda olduğundan; idarenin bu yetkisini kullanırken, yetkisinin bağlı olduğu noktalarda kanuna uygun hareket etmesi gerekir. Aksi halde, yani yetkisinin bağlı olduğu noktalarda kanuna aykırı hareket etmesi halinde, takdir yetkisini hukuka aykırı kullanmış olacaktır. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesine göre, memurlar kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilebilmesi için, "kazanılmış hak aylık dereceleri"ne ve "buldukları kadro derecelerine eşit veya daha üst" bir diğer kadroya atanabilirler. Görüldüğü gibi burada idareye geniş takdir yetkisi verilmiş ancak, bu yetki "kazanılmış hak aylık derece" ile bağlanmıştır.

C - Genel Hukuk İlkeleri

"Hukukun genel ilkeleri; çağdaş hukuk sistemlerinde, hukuk devletinin geçerli olduğu ülkelerde benimsenmiş, toplumun birlikte ve düzen içinde yaşama istencinin ürünü olan, felsefi, ahlâkî, sosyolojik ve ekonomik alanda ortaklaşa benimsenen, somut durumlara uyabilen, ancak soyut, genel, süreklî evrensel ve aşkın olan ortak adalet duygusunu tatmin etmeye yönelik olarak yargıç tarafından keşfedilen ilkelerdir".¹³

İdare takdir yetkisini kullanırken genel hukuk ilkelerine de uymak zorundadır¹⁴. Hukukun genel ilkeleri teorisi Fransa'da doğmuş ve gelişmiştir.¹⁵

¹⁰ Özbudun, 202.

¹¹ D. 8.D., 24.2.1987 gün ve E: 1985/735, K0 1987/88, Özkan, 89.

¹² Balta, 89.

¹³ Bereket, Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1996, 6.

¹⁴ Balta, 89

¹⁵ Bilgen'in de belirttiği gibi, Fransa'daki hukukun genel ilkelerinin tümü mahkeme kararları ile doğmuş ve gelişmiştir. Türk Hukukunda ise, bu ilkelerin aşağı yukarı hepsi Anayasa ve kanunlarda yer almıştır. Bu sebeple, Türk Hukuku'nda hukukun genel ilkeleri olsa olsa belli bir konudaki kanun ve Anayasa hükümlerinin içtihatla uygulama alanının genişletilmesi suretiyle yapılan bir uygulamanın sonucu olacaktır. Fransız Hukukundaki hukukun genel ilkeleri için bkz: Bilgen, Ders Notları, 251 vd.

Yazılı olmayan hukukun bir parçası olan bu ilkelerin hukuk kuralı seviyesine yükseltilmesi için hukuk kuralı olma değerini kazanması gerekir¹⁶.

"Hukukun genel ilkeleri" kavramından, anayasalar açıkça söz etmemiş olmakla birlikte, 1961 Anayasasının 132 inci ve 1982 Anayasa'nın 138 inci maddeleri, bu ilkelerin hakim tarafından bir hukuk kaynağı olarak kullanılabilirliğini ima etmişlerdir. 1982 Anayasasının 138 inci maddesine göre, "Hakimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." *Özbudun*'a göre, "Burada Anayasa ve kanunun dışında "hukuk"tan ayrıca söz edilmiş olması, salt kanuncu bir anlayışın benimsenmemiş olduğunun kanıtıdır". Bu hükme göre, anayasa yargısı da dahil olmak üzere, her düzeydeki hakimler, yazılı hukuk kurallarının yanında, hukukun genel ilkelerini de dikkate almak zorundadırlar¹⁷.

Hukukun genel ilkelerinin "efradını cami ve ağyarını manî" bir tanımını vermek mümkün olmamakla birlikte, bu konuda pozitif bir temel olarak, "uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri"ni milletlerarası hukukun kaynakları arasında sayan Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinden yararlanılabilir. Anayasa Mahkemesi de hukukun temel ilkelerini, "hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeler" olarak tanımlamıştır.¹⁸

Anayasa Mahkemesine göre hukukun genel ilkeleri, "ulusal dayanışma"¹⁹, "her idarî uyumsuzluğun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerinin uygulanması suretiyle çözümlenmesi"²⁰, "yasa koyucuya hata yakıştırılmaması"²¹, "idarenin düzenleme yetkisi"²², "müktesep hakların korunması"²³, "yasaların geriye yürümezliği"²⁴, "özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce gelmesi" ve "kanunların yayımından sonraki olaylara ve durumlara uygulanması"²⁵ ve "kanunların genelliği"²⁶ gibi ilkelerdir.

Danıştay ise, hukukun genel ilkeleri (=hukuk düzenine egemen olan ilkeler) ile idare hukuku ilkeleri (=idare hukukuna egemen olan ilkeler) olmak üzere iki tür yazılı olmayan hukuk kaynağı kabul etmektedir.²⁷ Danıştay'a

¹⁶ Bilgen, Ders Notları, 249-250.

¹⁷ *Özbudun*, 96.

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin 27.3.1986 gün ve E: 1985/31, K: 1986/11. *Özbudun*, 96

¹⁹ Anayasa Mahkemesinin, 5.1.1965 gün ve E: 63/198, K: 65/1, Bilgen, Ders Notları, 254.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin 12.12.1977 gün ve E: 77/11, K: 77/133 sayılı kararı, Bilgen, Ders Notları, 254.

²¹ Anayasa Mahkemesinin 9.5.1991 gün ve E: 90/36, K: 91/8 sayılı kararı, Bilgen, Ders Notları, 254.

²² Anayasa Mahkemesinin 19.3.1987 gün ve E: 86/5, K: 87/5 sayılı kararı, Bilgen, Ders Notları, 254.

²³ Anayasa Mahkemesinin 28.6.1988 gün ve E: 87/21, K: 88/25 sayılı kararı, Bilgen, Ders Notları, 254.

²⁴ Anayasa Mahkemesinin 7.11.1989 gün ve E: 89/6, K: 89/42 sayılı kararı, Bilgen, Ders Notları, 255.

²⁵ Anayasa Mahkemesinin 17.3.1992 gün ve E: 92/21, K: 92/19 sayılı kararı, R.G. 27 Mayıs 1992, Sayı: 21240.

²⁶ Anayasa Mahkemesinin 8.10.1991 gün ve E: 91/9, K0 91/36 sayılı kararı, R.G. 9 Mayıs 1992, sayı: 21223.

²⁷ Bilgen, Ders Notları, 255. Danıştay kararlarında kabul edilen genel hukuk ilkeleri hakkında geniş açıklamalar için bkz. Bereket, Zuhal, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1996.

göre hukukun genel ilkeleri, "eşitlik"²⁸, "hak ve adalet kuralları"²⁹, "kanunların geçmişe etkili olmaması", "hukukî güvenlik"³⁰, "savunma hakkı"³¹ gibi ilkelere. Danıştay, takdir yetkisinin idare tarafından kullanılmasının sınırı olarak "kamu yararı" ve "hizmet gerekleri ilkeleri"ne sık sık başvurmuştur. Örneğin Danıştay bir kararında, "...üst üste iki defa olumsuz sicil alan memurun başka bir sicil amirinin emrine atanması emredici bir kural, idarenin bağlı yetki içinde olduğu bir durum olarak düzenlenmiştir. Bağlayıcılık yasada belirtilen koşulun gerçekleşmesi halinde başka bir sicil amirinin emrine atanma hususunda olup, ilgilinin hangi sicil amirinin emrine, hangi unvanla atanacağı konusu ise, idarenin takdir yetkisi içinde yer almaktadır. İdarenin takdir yetkisi içinde aldığı işlemlerde, idarî yargı denetimi ise, işlemin kamu yararı ve hizmet gerekleri amacına uygun olarak tesis edilip edilmediği araştırılmak suretiyle yapılacaktır." demektedir.³²

Diğer taraftan, Danıştay bazı kararlarında, "idarenin tarafsızlığı"³³, "istikrar ilkesi"³⁴, "idarenin devamlılığı"³⁵, "idarenin bütünlüğü"³⁶, "idarî işlemin geçmişe etkili olmaması"³⁷, "hak ve nefaset kurallarına uygunluk"³⁸ gibi idare hukuku ilkelerine dayanmaktadır.

II. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI BAKIMINDAN SINIRLARI

İdarî işlem kısaca, idare makamlarının idare fonksiyonu ile ilgili konularda aldığı tek taraflı icraî karar olarak nitelenir.³⁹ İdarî işlemin hangi unsur-

²⁸ D. 10. D., 21 Haziran 1990 gün ve E: 89/359, K: 90/1463; D. 10. D., 28 Mart 1991 gün ve E: 89/374, K: 91/1175; D. 1. D., 9 Ekim 1991 gün ve E: 91/129, K: 91/303; D. 8. D., 90/851, K: 91/1084; DİDDGKK., 2 Şubat 1990 gün ve E: 89/23, K: 90/15; DİDDGKK., 5 Kasım 1982 gün ve E: 82/346, K: 82/410. Bilgen, Ders Notları, 256-259. Eşitlik ilkesinin de "kanun önünde eşitlik", "kamu görevlerine girme eşitlik", kamu yükümleri karşısında eşitlik", İmkân ve fırsat eşitliği" gibi türleri bulunmaktadır. Eşitlik ilkesinden kaynaklanan hukukun genel ilkeleri için bkz: Bereket, 35 vd.

²⁹ D. 8. D., 18 Ekim 1982 gün ve E: 82/7, K: 82/1160. Bilgen, Ders Notları, 259.

³⁰ DİBK. 3 Temmuz 1989 gün ve E: 88/5, K: 89/3. Hukukî güvenlik ilkesinden kaynaklanan genel hukuk ilkeleri şunlardır: "İdarenin hukuka uygunluğu ilkesi", "kuvvetler ayrılığı ilkesi", "idarî işlemlerin gerekçeli olması ilkesi", "idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi", "idarî işlemlerin geri alınması ilkesi", "idarî istikrar ilkesi", "usulde paralellik ilkesi", "kazanılmış haklara saygı ilkesi", "hakkaniyet ve nispet ilkesi". Ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Bereket, 72 vd.

³¹ D. 5. D., 6 Haziran 1991 gün ve E: 90/4297, K: 91/1099. Bilgen, Ders Notları, 260.

³² D. 5. D. D., 8.10.1987 gün ve E: 1987/2249, K0 1231, Danıştay Dergisi, Yıl:18, Sayı:70-71, 1988, 246.

³³ D. 8. D., 18 Mart 1986 gün ve E: 86/97, K: 86/130. Bilgen, Ders Notları, 261.

³⁴ D.1. D., 27 Ekim 1982 gün ve E: 82/211, K: 82/209; D. 8. D., 26 Ocak 1984 gün ve E: 82/3134, K: 84/130; D. 10. D., 13 Şubat 1985 gün ve E: 84/2208, K: 85/204. Bilgen, Ders Notları, 261.

³⁵ D. 30.1.1989 gün ve E: 89/161. K: 89/157; D. 6. D., 12 Aralık 1990 gün ve E: 90/966, K: 90/2580. Bilgen, Ders Notları, 262.

³⁶ DİDDGK., 2 Şubat 1990 gün ve E: 89/23, K: 90/15. Bilgen, Ders Notları, 262

³⁷ D. 10. D., 26 Mayıs 1992 gün ve E: 91/4571, K: 92/2237. Bilgen, Ders Notları, 266.

³⁸ D. 3.D., 12 Aralık 1982 gün ve E: 82/5077, K: 82/2889; D. 8. D., 20 Eylül 1990 gün ve E: 89/334, K: 90/971. Bilgen, Ders Notları, 267; D. 6. D., 13.10.1992 gün ve E: 19916771, K: 92/3571. Danıştay Dergisi, Yıl 23, Sayı 87, 1993, 350.

³⁹ Danıştay İBK. 14.4.1973 gün ve E: 1972/2, K: 1973/10. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kaarları III 1973-1984, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1085, 19.

lardan meydana geldiğini, 2577 sayılı İYUK'un 2 inci maddesinden çıkarabiliriz: "İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı ... açılan davalar" iptal davaları olarak tarif edilmiştir. O halde idarî işlemin "yetki", "şekil", "sebep", "konu" ve "maksat" olmak üzere beş unsuru bulunmaktadır. İdarî işlemin hangi unsurunda takdir yetkisinin bulunduğu tartışmalıdır. Bu konudaki görüşleri aşağıda idarî işlemin unsurlarına göre değerlendirmeye çalışacağız.

A - Yetki Unsuru Bakımından

İdarî işlemlerin, hukuken geçerli sayılabilmesi için, herhangi bir makam, organ veya kamu görevlisi tarafından değil, Anayasa ve kanunların yetkili kıldığı organ, makam ve kamu görevlileri tarafından yapılması gerekir.⁴⁰ Kanunların yetki konusunu bütün ayrıntıları ile düzenlemediği durumlarda idare hukukunun geliştirdiği ilkelere başvurulur. Örneğin idare mahkemeleri kanunun bir işlemi yapmaya yetkili kıldığı idarî makamın kanunda hüküm olmasa bile o işlemi değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkili olduğunu kabul ederler⁴¹. Diğer bir ifadeyle, yetki ile ilgili kuralların bazıları yargısal içtihatlarla da konulmuş olabilir. Örneğin, "yetki paralelliği ilkesi"⁴², Yetki kamu düzeni ile ilgilidir. Yetki ile ilgili kurallar genişletici bir yoruma tabi tutulamaz. Taraflar davanın her aşamasında yetkisizlik durumunu ileri sürebilirler. Yargı yerleri de yetkisizliği kendiliklerinden inceleyebilirler⁴³.

Doktrinde bazı yazarlar, idarî işlemin yetki unsurunda idarenin sınırlı bir takdir hakkının bulunabileceğini kabul etmektedirler⁴⁴. Örneğin, *Balta*, bir idarî yetkinin esas mercisine, sahip olduğu yetkiyi dilerse kendisi kullanması, dilerse başkalarına devredebilmesi konusunda serbesti tanınması halinde yetki unsuru bakımından idarenin takdir yetkisinin olabileceği kanaatindedir⁴⁵. *Gözübüyük-Akıllıoğlu* ise, kanun koyucunun, idarenin görev ve yetkilerini belirlerken, idarenin bazı yetkileri kullanıp kullanmama ve kullanılmasının gereklerini tespit etme konusunda az çok serbesti bırakılabileceğini kabul etmektedirler⁴⁶.

Buna karşılık, doktrinde genellikle, idarî işlemin yetki unsurunda takdir yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir⁴⁷. Özyay, yetkinin mutlaka kanunlarla

⁴⁰ Coşkun, Sabri, İptal Dâvası, Danıştay Yayınları, Ankara 1993, 31.

⁴¹ Coşkun, 30.

⁴² Bu ilkeye göre, bir idarî işlemi yapmış ya da bir idarî kararı almış olan idarî makam veya merci, kanunlarda açık bir hüküm bulunmayan durumlarda, o işlemi ya da kararı değiştirmeye, kaldırmaya ve geri almaya da yetkilidir. Günday, İdare Hukuku, 102; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 148.

⁴³ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 148; Özyay, Gün Işığında Yönetim, 451

⁴⁴ Balta, 170; Bayraktar, 278; Gözübüyük-Akıllıoğlu, 258.

⁴⁵ Balta, 170.

⁴⁶ Gözübüyük-Akıllıoğlu, 258.

⁴⁷ Günday, Metin, İdare Hukuku Dersleri -I, AÜHF Döner Sermaye İşletmesi, (Teksir) Ankara 1984, 252; Özkan, 92; Karatepe, 94; Özyay, Gün Işığında Yönetim, 419; Gözübüyük, Şeref, Dinçer, Güven, İdarî Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, 160; Alan, Nuri, "Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", (İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu Ankara, 10-11-12 Haziran 1982), Danıştay Başkanlığı, Ankara 1982, 34.

belirlenmesi gereği gerekçesiyle yetki unsurunda hiç bir durumda tercih imkânının olmayacağını belirtmektedir. *Alan*, idarî işlemin yetki unsuru üzerinde takdir yetkisini kabul etmenin karışıklıklara neden olacağını belirtmektedir. Gerçekten, takdir yetkisinin, işlemin yetki unsurunda da olması halinde, belli alanlarda ve işlemlerde birden çok idarî makam aynı anda harekete geçebileceği gibi, tam tersine, alınması gerekli bir idarî kararda idare hareketsiz de kalabilir⁴⁸. *Karatepe* ise, yetki unsurunda takdirin olabileceğini düşünenleri eleştirerek şöyle demektedir: "Yetkinin devredilebilmesi bir hukuk kuralının verdiği izne dayandığından, takdir yetkisi olarak nitelendirilmesi doğru olmaz. Kaldı ki, yetkinin devredileceği kişi statü itibarıyla kendisine devredilen işlemi yapmaya kanunen yetkili olmak zorundadır. Yetkinin, kanunen devri mümkün olan eşit statüdeki kişilerden istenilen birisine devredilmesi ise, devretme işleminin yetki unsurundan çok sebep ya da konu unsurlarını ilgilendirir"⁴⁹. Takdir yetkisinin böyle, idarî yazışmalarda kullanılacak kâğıt ve mürekkebin kalitesini seçmeye kadar genişletilecek olursa, kullanılmadığı tek bir faaliyetin kalmayacağını; halbuki takdir yetkisinin daha ciddi sonuçlar doğuran devlet yetkilerinin kullanılması anlamına geldiğini belirten *Karatepe*, idarenin bir konuda takdir yetkisine sahip olabilmesi için öncelikle görevli olması gerektiğini, görevli olmayan kimselerin bir makamın yapabileceği işlemleri yapmaya yetkili olmayacağını vurgulamaktadır⁵⁰. *Kanaatimizce* de idarî işlemlerin yetki unsurunda idarenin takdir yetkisinin bulunmaması gerekir. Zira, bir idarî işlemin idarece yapılıp yapılmayacağı; yapılacaksa, hangi idarî makam ve mercilerce yapılacağı önceden kanunlarla gösterilmektedir.

B - Şekil Ve Usul Unsuru Bakımından

Devletin tüm işlemleri gibi idarî işlem ve kararlar da belli şekil kurallarına uyularak yapılmalı ve alınmalıdır⁵¹. Şekil idarî işlemlerin en önemli unsurlarından biridir⁵². Çünkü, idarî işlemin hukuk alanında tezahür ediş şekli ve işlem yapılırken takip edilen usuller, idare için bir düzen ve kolaylık olduğu gibi, idare edilenler için de bir güvencedir⁵³. Şeklin önemli olmasının bir diğer önemli sebebi, idarî işlemin varlığının ispatı ve o işlemin hangi makam veya merci tarafından ve nasıl yapılmış olduğunu göstermesidir⁵⁴.

Idarî işlemler kural olarak yazılı işlemlerdir⁵⁵. 1982 Anayasası da 125. maddesinin 3'ncü fıkrasında bunu dolaylı olarak da olsa ima etmiştir: "Idarî

⁴⁸ *Alan*, 34.

⁴⁹ *Karatepe*, Takdir Yetkisi, 94.

⁵⁰ *Karatepe*, Takdir Yetkisi, 95.

⁵¹ *Günday*, İdare Hukuku, 107.

⁵² *Gözübüyük*, Yönetmelik Yargısı, 156.

⁵³ *Karatepe*, Takdir Yetkisi, 95; *Coşkun*, 32; *Alan*, 39.

⁵⁴ *Özay*, Gün İşliğinde Yönetim, 458.

⁵⁵ Sözlü ya da işaretle idarî işlemler istisnaen de olsa mümkündür. Örneğin, kolluk mevzuatı acele hallerde sözlü idarî karar alınabilmesini mümkün kılmaktadır. Ayrıca, zımnî red ve kabul işlemlerinde olduğu gibi, idarenin bir başvuru karşısında hareketsiz kalması da bir tür idarî işlemdir. Aynı şekilde bir trafik polisinin bir el işareti ile yolu kapaması ya da trafiğin yolunu değiştirmesi de bir idarî işlemdir. *Günday*, İdare Hukuku, 108; *Gözübüyük*, Yönetmelik Yargısı, 156. Sözlü ya da işaretle idarî işlemler istisnaen de olsa mümkündür. Örneğin, kolluk mevzu-

işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden itibaren başlar". Yazılı bildirim yapılabilmesi için işlemin yazılı yapılması zorunludur.⁵⁶ Ancak, Türk Hukukunda idarenin karar alma sürecini, dolayısıyla bir idarî işlemin gerçekleştirilmesinde takip edilecek usul ve uyulacak şekil kurallarını gösteren bir "idarî usul" kanunu bulunmamaktadır.⁵⁷ Bu durum usul ve şekil ile ilgili kuralların dağınıklığına yol açmaktadır. Bir idarî işlemin yapılması için gereken şekil şartları, takip edilmesi gereken usul kuraları genellikle kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi çeşitli idarî metinler içinde yer almaktadır. Anayasada bile şekil ile ilgili pek çok kural bulunmaktadır. Örneğin, 137 inci maddesine göre, "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmes ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse emir yerine getirilir". Yukarıda belirttiğimiz Anayasanın 125/3 üncü madde hükmü de bu şekildedir.⁵⁸

Bu nedenlerle, idarî işlemlerin şekil unsuru da takdir yetkisi kuralı olarak söz konusu olamaz.⁵⁹ Bununla birlikte, idarî işlemin şekli konusundaki takdir yetkisi hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Özyay, idarî işlemlerin yapılmasında izlenen usullerin⁶⁰ istisnalar dışında kurallarla belir-

atı acele hallerde sözlü idarî karar alınabilmesini mümkün kılmaktadır. Ayrıca, zımnî red ve kabul işlemlerinde olduğu gibi, idarenin bir başvuru karşısında hareketsiz kalması da bir tür idarî işlemdir. Aynı şekilde bir trafik polisinin bir el işareti ile yolu kapaması ya da trafiğin yolunu değiştirmesi de bir idarî işlemdir. Günday, İdare Hukuku, 108; Gözübüyük, Yönetmelik, 156.

⁵⁶ Gözübüyük, Yönetmelik, 156.

⁵⁷ Demokratik idare "de denilen "yönetimde demokrasi"nin başlıca üç unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, İdarenin karar alma mekanizmasının, tıpkı yargı mercilerinde olduğu gibi, önceden belli bir "usul" e bağlanmasıdır. Bu "usul"un sadece belli işlem türleri için değil, tüm idarî işlemler için geçerli "genel idarî usul" olması da idarede demokrasi için zorunludur. Zira bilindiği gibi, ülkemizde, "kamulaştırma", "ihale" ve "vergi" gibi bazı idarî işlem ve kararlar bakımından böyle bir usul özel kanunlarda öngörülmüşse de, İdarenin bunlar dışında kalan, tüzük hariç tüm genel düzenleyici işlem ve genel kararlar ile bir el işlemleri yaparken uyması gereken usul belli değildir ve bu alanda bazı "idarî teamüller" bulunsada, onlara uyulmamış olması, yapılanları hukuka aykırı (sakat) hale getirmes. Bu nedenle, idarenin bütün işlem ve eylemlerini yaparken uyması gereken usul kuralları tek ve genel bir kanunda belirlenmeli ve herkes tarafından bilinmelidir. Pek çok ülke, idari faaliyetleri belli bir usule bağlamış bulunmaktadır. Bu alanda ilk kanun 1925 yılında Avusturya'da yapılmıştır. II. Dünya Savaşından önce Polonya, Çekoslovakya, Yugoslavya ve Macaristan'da çıkarılan "Genel İdarî Usul" kanunları hep Avusturya kanunundan esinlenmiştir. II. Dünya Savaşından sonra ise sırayla 1946 tarihli Amerikan Federal İdarî Usul Kanunu (bu kanunun tercümesi için bkz: Tarhanlı, İştâir, "Amerikan İdarî Usul Kanunu", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Vakur VERSAN'a Armağan Özel Sayısı, Yıl 6, S.1-3, Aralık 1985, 225-264), bir ölçüde İspanya ve İsviçre'ye (İsviçre'de İdarî Usul Kodifikasyonu Hakkında bkz: Kıratlı, Metin, "İsviçre'de İdarî Usul Kodifikasyonu", AİD, 47-60) öncülük etmiş ve bu alanda 1976 tarihli Federal Alman Kanunu yapılanların en doyurucusu olarak nitelenmiştir. İdarede demokrasinin diğer unsurları için bkz: Özyay, Gün İşığında Yönetim, 2-6

⁵⁸ Gözübüyük, Yönetmelik, 156

⁵⁹ Günday, İdare Hukuku Dersleri-I, 252; Özkan, 95; Karatepe, Takdir Yetkisi, 95; Gözübüyük-Dinçer, 160.

⁶⁰ Yaptırım" nitelikli idarî işlemlerde olduğu gibi bazı hallerde şekil unsurunun yetkiden de daha önemli olduğunu belirten Özyay, İdarî Yargılama Usulü Kanunu da sadece "şekil"den bahsedildiğini; halbuki, bunun usul-şekil biçiminde ele alınmasının doğru olacağını ve "usul"ün "şekil"den önce gelmesi gerektiğini ifade etmektedir. Özyay, Gün İşığında Yönetim, 458.

lenmiş olmadığından hareketle, eğer idarenin yapacağı işlemler bir usule bağlanmamışsa, usule ilişkin idarenin takdir yetkisinin mümkün olabileceğini belirtmektedir. *Onar* da, nadir olmakla beraber, idarî işlemin şekil ve usul unsurunun tayin edilmemiş olduğu durumlarda idarenin yapacağı işleme esas olacak bir şekil ve usulü seçmekte takdir yetkisinin söz konusu olacağını ifade etmektedir. Buna karşılık, idarî işlemlerin yapılmasında yazılılık kuralının bir şekil şartı olduğundan şekil unsurunda yazılılık dışı bir şeklin tercihinin mümkün olmadığını vurgulamaktadır⁶¹. *Bayraktar*'a göre, idarî işlemlerin tabii olacağı şekil ve usule ilişkin kuralların genellikle hukuk kurallarında gösterilmekle beraber nadir de olsa, bazı hallerde bu konuda kanunî bir düzenlemeye gidilmeyerek idareye takdir alanı bırakıldığı alanlarda, diğer bir ifadeyle kanunların usule ve şekle bağlamadığı konularda idarenin çıkardığı düzenleyici işlemlerle usule ve şekle ilişkin hususların düzenlenmekte olması bu konudaki takdir yetkisinin en belirgin örneğini teşkil etmektedir⁶². İdarenin mahkeme kararlarıyla belirlenmiş veya öteden beri uygulanarak yargı yerince de hukuka uygunluğu kabul edilmiş belli ilkelere uymak şartıyla işlemin şeklini ve izleyeceği usulü kendisinin serbestçe seçebileceğini belirten *Alan*, şekil ve usul konusunda idarenin sahip olduğu bu hürriyetin idarenin takdir yetkisi ile bir yetkisi olmadığı kanaatini ifade etmektedir. Zira, "takdir yetkiye sahip olmakta ya da izlenecek usulü saptamakta değil, bu yetkiyi kullanma zamanını ve onunla ortaya çıkacak hukukî sonuçları seçmektedir"⁶³. *Karatepe* de, idarenin yapacağı işlemlerin genellikle yazılı şekle bağlı ve bu yazılı usulün ise nelerden ibaret olduğunu genellikle mevzuatın gösterdiğini belirttikten sonra, "mevzuatta bir açıklık bulunmayan durumlarda işlem için şekil şartı konmamış" böyle durumlarda "idare, içtihatlarla konulan ve gelenekleşen kurallara bağlı kalmak koşulu ile işlemin şeklini seçmekte serbesttir" hükmüne varmaktadır⁶⁴.

Bazı yazarlar ise, işlemin şeklinin seçilmesinde idareye tanınan serbestiyi bir takdir yetkisi olarak değerlendirmektedirler. Örneğin, *Onar*'a göre, bir devlet yardımı yapılması için, ilgili idareden araştırma yapması ve belli mercilerin görüşü doğrultusunda hareket edilmesi istenmiyorsa, idare, elindeki fonu mevcut tercihlerden istediği birine kullanmakta serbest olacaktır. İşte burada idarenin şekil unsuru yönünden takdir yetkisi vardır⁶⁵. *Balta* da fakülte sınav yönetmeliğinde yazılı ya da sözlü kaydının bulunmaması halinde, iki sınav şekline birini seçmek konusunda öğretim elemanının bir serbestisinin bulunduğunu belirterek, idarenin şekil konusunda da takdir yetkisinin olabileceğini kabul etmektedir⁶⁶.

Ancak, *Onar* ve *Balta*'nın verdiği örneklere bakarak, idarenin şekil unsuru bakımından takdir yetkisinin bulunduğunu söylemeye imkân yoktur. Çünkü, şekil ve usul kuralları, yönetilenlerin yararı ve onların güvenin sağ-

⁶¹ Özay, Gün Işığında Yönetim, 419

⁶² Bayraktar, 278.

⁶³ Alan, 34-35.

⁶⁴ Karatepe, Takdir Yetkisi, 95-96.

⁶⁵ Onar, I, 425.

⁶⁶ Balta, 170.

lanması için konulmakta ve bunlara ek olarak, uyulmadığı zaman işlemin içeriğini etkileyecek olan şekil kuralları asli şekil kuralları olarak kabul edilmekte⁶⁷ ve bunlar, objektif hukuk kurallarıyla önceden konulmaktadır⁶⁸. Bu nedenle, idarî işlemin esaslı şekil unsurlarında idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Uyulmadığı zaman işlemin ve kararın sonucunu etkileyecek nitelikte olmayan, idare edilenlerin yararı ve onlara güveni sağlamak amacıyla konulmayan şekil kurallarında ise takdir yetkisi mümkün olmalıdır⁶⁹. Zira bu tali (ikincil =yardımcı) şekil noksanlıkları idarî yargıda iptal nedeni olarak kabul edilmemektedir⁷⁰.

C - Sebep Unsuru Bakımından

İdarî işlemin sebebi, o idarî işlemde önce gelen, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve objektif hukuk kurallarınca belirlenmiş bir etkidir⁷¹. İdarî işlemler, kendilerinden önce mevcut olan ve objektif hukuk kurallarınca belirlenen bir sebebe dayanmak zorundadırlar. İdareyi bir işlem yapmaya sevk eden etken ve nedenler, hastalık, yaşlılık, ölüm ve tabii afetler gibi maddî bir olay⁷² olabileceği gibi, idarenin yapmak istediği işlemde daha önce yapılmış başka bir kanun, tüzük, yönetmelik gibi hukukî-idarî bir işlem⁷³ olabilir⁷⁴.

İdarî işlemin sebep unsuru bazen mevzuatta açıkça gösterilmekte, bazen açıkça gösterilmemekle, belirsiz birtakım kavramlar kullanarak göstermekle birlikte işlemin bir sebebe dayanması gerektiği belirtilmektedir, bazen de mevzuatta idarî işlemin sebebi konusunda hiç bir hüküm getirilmemektedir. İdarî işlemin sebep unsurunda, takdir yetkisinin bulunup bulunmadığının açıklanması bakımından bu üç hususu ayrı ayrı incelemek gerekir.

1. Sebebi Açıkça Gösterilen İşlemler

Kanunlar ve diğer düzenleyici işlemler idari işlemlerin sebeplerini açık seçik göstermiş olabilirler. Böyle durumlarda, idarî işlemin hukuka uygun olabilmesi için idarî işlemin, kanunun gösterdiği sebebe dayanması ve bunun

⁶⁷ Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 157; Günday, İdare Hukuku, 110.

⁶⁸ Karatepe, Takdir Yetkisi, 96.

⁶⁹ Karatepe, takdir yetkisi kavramının ifade ettiği anlamda belli hak ve yükümlülükler gerektiren serbesti olarak değerlendirilmemek şartıyla, yardımcı şekil kuralları bakımından idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilebileceği kanaatindedir. Karatepe, Takdir Yetkisi, 96.

⁷⁰ Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 157; Günday, İdare Hukuku, 110.

⁷¹ Günday, İdare Hukuku, 113; Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 163-164.; Özay, Gün Işığında Yönetim, 417 vd; Bayraktar, 276; Karatepe, Takdir Yetkisi, 98; Özkan, 95; Alpar, 31.

⁷² Örneğin, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 8/A maddesine göre, kumar oynanan umumî veya umuma açık yerler kapatılır. Burada, kapatma işleminin yapılabilmesi (idarî işlem), kumar oynananın (maddî olay) gerçekleşmesine bağlıdır.

⁷³ Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 35. maddesine göre, aynı kanunun 26. maddesi gereğince vatandaşlıktan çıkarılmasına karar verilen kişilerin Türkiye'de bulunan malları Hazineye tasfiye olunur. Burada, tasfiye kararının sebep unsurunu, daha önce alınan vatandaşlıktan çıkarma kararıdır.

⁷⁴ Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 163; Günday, İdare Hukuku, 114; Karatepe, Takdir Yetkisi, 98.

işlemlerde açıkça gösterilmesi gerekir⁷⁵. Ancak idarenin takdir yetkisinin olup olmaması bakımından burada şöyle bir ayırım yapmak gerekir. Eğer idarî işlemin sebebinin gösteren kanun, aynı zamanda bu sebebe bağlı olarak mutlaka yapılması gerekeni de belirtme konusunda emredici nitelikte ise, idarenin takdir yetkisinden söz edilemez. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E bendi gereğince, izinsiz ve kurumca kabul edilir bir mazereti olmaksızın bir yıl içinde toplam 20 gün göreve gelmeyen bir memur, bir daha devlet memurluğuna alınmamak üzere memuriyetten çıkarılır. Burada, memuriyetten çıkarma işleminin dayanağı kanunda açıkça gösterilmiştir ve bu, bir yıl içinde özürsüz toplam 20 gün göreve gelmemektir.

Buna karşılık, kanunda sebep gösterilmekle beraber, gösterilen sebebe göre işlem yapmak veya yapmamak konusunda idareye bir tercih imkânı bırakılmış olabilir. Böyle hallerde idarenin sebep unsurunda takdir hakkı vardır⁷⁶. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/A maddesine göre, izinsiz ve özürsüz olarak göreve geç gelen veya erken ayrılan kamu görevlisine uyarma cezası vermek konusunda disiplin amirine tanınan yetki bu şekildedir.

2. Sebebi Belirsiz Kavramlarla Gösterilen İşlemler

Kanunlar bazen idarî işlemlerin sebeplerini açık bir şekilde değil, ve fakat "kamu düzeni", "millî güvenlik", "genel ahlâk", "görülen lüzum", "ihtiyaç" gibi belirsiz kavramlarla göstermiş olabilirler. Böyle durumlarda idarenin işlemin sebebinin belirleme hususunda takdir yetkisine sahip olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Günday, belirsiz kavramların hangi maddî olayları kapsadıkları, hangilerini kapsamadıklarının her zaman kesin olarak belli olmadığını belirttiikten sonra şöyle bir ayırım yapmaktadır: Belirsiz kavramlardan bazılarının belli ve objektif bir anlamları vardır. Bir defa bu kavramlar toplumda uygulanı uygulanı belli ve objektif bir anlam kazanmışlardır. İkinci olarak, toplum da bunlara belli bir anlam atfetmektedir. Bu nedenle, hiç olmazsa bazı olaylar bu kavramlara atlanabilir; bazıları ise bunlara atlanamaz. İşte *Günday*, idarî işlemin sebebinin göstermek için kullanılan bu tür kavramların belirsiz olmalarına rağmen, belli bir objektif anlam ve öze sahip olduklarının kabulü gerekli olduğundan, idarenin takdir yetkisinin olmadığını söylemek istemektedir⁷⁷. *Günday*'a göre, idarenin, sebebi belirsiz bir kavramla gösterilmiş bu gibi durumlarda, belirsiz kavram ile ifade edilmiş bulunan sebebin hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu ve bu somut olayların belirsiz kavrama atlanabilir türden olduğunu iyi belirlemesi; daha doğrusu idare işlemine dayanak yapacağı olayların hukukî tavsifini (nitelendirmesini doğru bir şekilde yapması gerekir. Eğer idare somut olaylara dayanmamış, ya da dayanmış olmasına rağmen bu olaylar gerçekleşmemiş ise yahut da bu olayların nitelendirmesi

⁷⁵ Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 163; *Günday*, İdare Hukuku, 114; Bayraktar, 279.

⁷⁶ Karatepe, Takdir Yetkisi, 99.

⁷⁷ *Günday*, İdare Hukuku, 115.

doğru yapılmamışsa, işlem sebep yönünden hukuka aykırı olacaktır. Yazar şöyle bir örnek de vermektedir. Kolluk işleminin yapılabilmesi kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye sokan bir eylemin bulunmasına bağlıdır. Burada kamu düzeni kavramı belirsiz olmakla birlikte, objektif bir anlam ve öze sahiptir. Kamu düzeni, toplumun dış ve maddî düzeni anlamına gelir ve toplumun güvenlik, dirlik, esenlik ve sağlık içinde yaşamasını ifade eder. O halde, toplumun dirlik, esenlik ve sağlığını bozan bir olay veya durum ortaya çıktığında bir kolluk işlemi yapılabilir. *Günday*, kamu düzen ve güveni için bir tehdit ya da tehlike oluşturup oluşturmadığı her zaman böyle kolaylıkla ve objektif bir şekilde belli olmayan, kamu düzenini tehdit ettiği şüpheli olan bazı eylem ve durumlarda, idare işleminin sebebinin belirlenmede belli bir takdir yetkisine sahip olduğu kanaatinde dir⁷⁸.

Buna karşılık diğer bir kısım yazarlar, idarî işlemin sebebinin belirsiz kavramlarla gösterilmiş olduğu durumlarda, idarenin görevinin bu sebebi belirli hale getirmek olduğunu ve bu konuda bir takdir yetkisine sahip bulunduğunu kabul etmektedirler⁷⁹.

Sebebi belirsiz kavramlarla gösterilen bazı işlemlerden en önemlilerinden birisi, "görülen lüzum üzerine" memurların yerlerinin değiştirilmesi veya emekliğe sevk edilmeleridir. Örneğin, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 39 ve 40. maddelerine göre, hizmette 30 yılını veya 60 yaşını dolduran kamu görevlileri "görülen lüzum üzerine" idarece re'sen emekliye sevk edilebilirler⁸⁰. İdarenin, memurunu emekliye sevk etmek istiyorsa, belirsiz bir kavram olan "görülen lüzum" ifadesini, meşru bir sebep bularak belirli hale getirmesi gerekmektedir. Kanunlarda sözü edilen "lüzum" kavramı âmirin kişisel istek ve kanaati olmayıp, yürütülen hizmetin gereğine uygun ve geçerli⁸¹ bir durumu ifade etmelidir⁸².

Sebebin açıkça belirtilmediği durumlarda idarenin dikkat etmesi gereken husus, belirsiz kavramları kendi anlayışına göre değil, hizmet gereklerine göre yorumlamaktır. Danıştay'ın kararlarında lüzum unsurunun kamu hizmetinden ayrı mütalâa edilemeyeceği⁸³, görülen lüzumun ve "idarî gereğin" idareye mutlak bir takdir yetkisi vermeyip, hizmetin gereklerine bağlı olduğu⁸⁴,

⁷⁸ *Günday*, *İdare Hukuku*, 115.

⁷⁹ *Gözübüyük*, *Yöneltilmiş Yargı*, 163-164; *Karatepe*, *Takdir Yetkisi*, 99-100; *Özkan*, 96; *Bayraktar*, 273.

⁸⁰ Benzeri bir hüküm de 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nda da vardır. Adı geçen kanunun 8/C maddesine göre, il içindeki bütün memurların lüzumu halinde il içinde nakil ve tahvilleri men-sup olduğu il idare şube başkanlarının inhası üzerine valiler tarafından yapılabilir.

⁸¹ Danıştay muhtelif kararlarında geçerli bir lüzuma dayanılmadan, kamu görevlilerinin görev yerlerinin değiştirilemeyeceğini içtihat emiştir. DDDK. 27.6.1970 gün, E: 1970/106, K: 1970/422; DDK. 30.6.1972 gün, E: 1972/559, K: 1972/686. Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları Birinci Kitap (1965-1978), Danıştay Başkanlığı, Ankara 1981, 468-472.

⁸² *Karatepe*, *Takdir Yetkisi*, 100; *Gözübüyük-Akıllıoğlu*, 333.

⁸³ D. 5. D., 9.11.1971 gün ve E: 70/3699, K: 71/6913. *Karatepe*, *Takdir Yetkisi*, 100.

⁸⁴ D. 10. D. 24.5.1973 gün ve E: 71/4738, K: 73/2021. *Karatepe*, *Takdir Yetkisi*, 100. Diğer idarî lüzum ve gerekçe ilgili kararlar hk, bkz: 5.D., 5.3.1970 gün, E: 1967/3573, K: 1970/714; 5.D., 23.11.1970 gün, E: 1968/1222, K: 1970/5326, "hizmet gereği kanıtlanmadan .. nakil işlemi yerinde değildir " Haklı ve objektif nedenlere dayanmadan ve başarısız olduğu tespit edilmeden, bir kamu görevlisinin yerinin değiştirilmesinde idarenin mutlak bir takdir yetkisine sahip

kamu hizmetini aksattığı somut belgelerle kanıtlanamaması nedeniyle yaş haddinden emekliye sevkinde isabet bulunmadığı⁸⁵ belirtilmiştir.

3. Sebebi Gösterilmeyen İşlemler

Kanunlarda bazen idarî işlemin sebebi hiç gösterilmemiş, hatta sebebin idarece belirlenmesi de belirtilmemiş olabilir. Böyle durumlarda, idarî işlemin sebebini belirleme tamamen idarenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76/1 inci maddesine göre "Kurumlar görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit ve daha üst kurum içinde veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler". Bu hükümde, kanun naklen atama işleminin sebebini hiç göstermemiştir. Bu gibi hallerde idarenin tamamen serbest olup olmadığı ve dilediği bir sebebe dayanarak işlem tesis edip edemeyeceği konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Onar'a göre, bu gibi işlemler söz konusu olduğunda idare herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir. İdarenin hiç bir sebep göstermemesi işlemin geçerliliğini etkilemez. Ama idare işlemine buna rağmen bir sebep gösterbilir ve aslında sebepsiz bir işlemi sebepli hale getirebilir. Bu halde idarenin takdir yetkisini yerinde kullandığını ve işlemin geçerli olduğunu söyleyebilmek için, sebep olarak gösterdiği olayların gerçekleşmiş olması yeterlidir⁸⁶.

Günday ise, bu görüşü haklı olarak eleştirmekte ve "idarî işlemin sebep ve maksat unsurları arasında zorunlu bir bağ mevcut olup, kanunda sebebin hiç gösterilmemiş olması halinde bile, idarî işlemin o işlemde beklenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün ve gerekli kılabacak bir sebebe dayanması zorunludur" demektedir⁸⁷. Yazar'a göre, sebep idareyi işlem yapmaya sevk eden etken, maksat ise o işlemle ulaşılmak istenen sonuç olduğuna göre, ancak işlemde beklenen nihai sonucun gerçekleşmesini mümkün kılabacak bir sebebin varlığı halinde işlemin yapılması düşünülebilir.

Gözübüyük-Akıllıoğlu da, bu gibi durumlarda, idarî işlemin dayanacağı sebebin idarenin takdirinde olduğunu, idarenin işlemi yaparken bir sebep göstermemiş olmasının işlemin iptalini gerektirmeyeceği kanaatinde idirler. Ancak yazarlara göre, idarenin dayandığı ve fakat kararında göstermediği sebep kamuya ve hizmetin yararına olmalıdır. İdarenin dayandığı sebebin

olmadığını gösteren kararlar için bkz: 5.D., 11.1.1971 gün ve E: 1970/919, K: 1971/44; 5.D., 27.2.1971 gün, E: 1968/4940, K: 1971/847; 5.D., 22.3.1972 gün, E: 1971/15953, K: 1972/2057; 5.D., 26.9.1973 gün, E:1972/7339, K: 1973/5590; 5.D., 29.4.1975 gün, E: 1974/5662, K: 1975/2373; 5.D., 25.1.1977 gün, E: 1976/6010, K: 1977/252. Danıştay Beşinci Daire Kararları (1970-1981) Birinci Kitap Cilt:II, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1983, 325-343; 5. D. 8.10.1986, E. 82/3227, K. 86/993, *Coşkun*, 35.

⁸⁵ Danıştay DDK. 27.6.1970 gün ve E: 1970/103, K: 1970/421; 17.9.1971 gün ve 1966/218, K: 1971/766. Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları Birinci Kitap (1965-1978), Danıştay Başkanlığı, Ankara 1981, 191-193.

⁸⁶ *Onar*, I, 297 vd.

⁸⁷ *Günday*, İdare Hukuku, 116.

hukuk dışı bir neden olduğu iddia edildiğinde, idare dayandığı sebebi açıklamalıdır⁸⁸.

Kanunlarda idarenin yapacağı işlemin sebebi hiç gösterilmediği durumlarda, idareye sebebi belirleme konusunda tanınan takdir yetkisi, *Danıştay*'a göre mutlak ve sınırsız değildir. *Danıştay*'ın bir kararında, "657 sayılı Yasanın 1897 sayılı Yasa ile değişik 76. maddesiyle kurumlara, görev ve görev yerlerini kazanılmış haklarında bir değişiklik yapmadan değiştirme yetkisi verildiği, ancak bu yetkinin kullanılması keyfi ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlı olduğu " belirtilmektedir⁸⁹.

Kanaatimizce, kanunlar idarî işlemin sebebi hiç göstermemiş olsalar bile, idare yapacağı işlemi mutlaka bir meşru sebebe dayandırmalı, diğer bir ifadeyle belli gerçek olaylara ve sebeplere dayanmalıdır.

C - Konu Unsuru Bakımından

Bir idarî işlemin konusu, onun doğurduğu hukukî sonuç⁹⁰, hukuk alanında meydana getirdiği değişikliktir⁹¹. Bu değişiklik bazen sadece hukukî, bazen de hem hukukî ve hem de maddî olabilir. İdarî yetkinin kullanılmasını düzenleyen hukuk kuralında, işlemin hukuk düzeninde meydana getireceği sonuç genellikle sebebe bağlı olarak gösterilir⁹². Örneğin, 65 yaşını dolduran bir kamu görevlisinin re'sen emekliye sevk edilmesi işleminde, 65 yaşını doldurmuş olmak "sebebe", emeklilik statüsüne girmek ise "konu"dur. Bu örnekte de görüldüğü gibi, konu unsuru ile sebebe unsuru arasında çok sıkı bir ilişki⁹³, hatta bir nedensellik bağı vardır⁹⁴. Sebebe ile konu unsurları arasındaki bu yakın ilişki sonucu olarak, hukuk kurallarında tek başına konu ya da sebebe gösterilenlere pek rastlanmaz. Ancak, bazen sebebe bağlı olarak yapılacak işlemin konusu kesin şekilde gösterildiği halde, bazen birden çok konu

⁸⁸ Gözübüyük-Akıllıoğlu, 333; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 164.

⁸⁹ *Danıştay* 5. D., 21.6.1971 gün, E: 1970/6335, K: 1971/4328. *Danıştay* Beşinci Daire Kararları (1970-1981) Birinci Kitap Cilt:II, *Danıştay* Başkanlığı, Ankara 1983, 316-317. Aynı konuda kararlar için bkz: 5.D., 22.3.1972 gün, E: 1971/15953, K: 1972/2057; 5.D., 27.6.1973 gün, E: 1972/3221, K: 1973/5270; 5.D., 26.2.1974 gün, E: 1972/7891, K: 1974/498, "657 sayılı Yasanın 76. ve 789 sayılı Yasanın 22. maddesinde yer değiştirme yönünden idareye tanınan yetki, mutlak ve sınırsız olmayıp, idarî işlemin kamu hizmetinin gerekli şekilde yerine getirilmesini gerektiren bir nedene dayanması gerektiğine..."; 5.D., 11.12.1974 gün, E: 1974/352, K: 1974/9033, "657 sayılı Yasanın 76. maddesinin nakil konusunda idareye tanıdığı takdir yetkisinin kamu görevinin gereğine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının denetimi zorunlu olduğuna..."; 5. D., 22.6.1976 gün, E: 1972/4362, K: 1976/4138. *Danıştay* Beşinci Daire Kararları (1970-1981) Birinci Kitap Cilt:II, *Danıştay* Başkanlığı, Ankara 1983, 325-343.

⁹⁰ Onar, I, 311; Gözübüyük; Coşkun, 36.

⁹¹ Gözübüyük-Akıllıoğlu, 334; *Günday*, İdare Hukuku, 117; *Özay*, Gün Işığında Yönetim, 464; *Bayraktar*, 283; *Coşkun*, 36.

⁹² *Karatepe*, Takdir Yetkisi, 101.

⁹³ *Günday*, İdare Hukuku, 119; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 168; *Bayraktar*, 283.

⁹⁴ *Günday*, İdare Hukuku, 119. Sebebe ve konu unsurları arasındaki bu yakın ilişki nedeniyle, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu ile 521 sayılı *Danıştay* Kanunu'ndan önceki *Danıştay* Kanununda sebebe ve konu unsurları birbirinden ayrılmamış, bu iki unsuru ifade etmek üzere "esas " deyimini kullanılmıştı.

gösterilebilir. Bu nedenle, konu unsuru bakımından takdir yetkisinin kullanılmasını, "sebebe bağlı olarak konusu gösterilen işlemler" ve "sebebe bağlı olarak konusu gösterilmeyen işlemler" olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir⁹⁵.

1. Sebebe Bağlı Olarak Konusu Gösterilen İşlemler

Sebebe bağlı olarak belli bir idarî işlemin yapılması öngörüldüğü zaman, gösterilen konuyla bağlı olan idarenin takdir yetkisinden söz edilemez⁹⁶. Çünkü, bu gibi durumlarda, idarenin kanunun gösterdiği sebep ve konuya uygun işlem yapması, kanunun koyduğu sınırlar içinde kalması, sebep ve konu yönünden kanun ile konulan şartlara uyması gerekir; bağlı yetkide olduğu gibi⁹⁷. Aksi halde, sebep ile konu arasındaki ilişki kopar ve işlem ya konu yönünden, ya da sebep yönünden hukuka aykırı hale gelir⁹⁸. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde hangi disiplin suçları için hangi cezaların verileceği gösterilmektedir. "Uyarma" cezasını gerektiren bir suçtan dolayı, "aylıktan kesme" cezası verilirse, idarenin disiplin işlemi konu unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır. Buna karşılık, kanunda öngörülen sebep gerçekleşmeden, kanunda öngörülüş olan "aylıktan kesme" cezası verilir ise, işlem sebep unsuru yönünden hukuka aykırı ve sakat olacaktır.

2. Sebebe Bağlı Olarak Konusu Gösterilmeyen İşlemler

Konusu belli olmayan işlem, belli bir sebebe bağlı olarak yapılması öngörülmemen ya da emredilmeyen işlemlerdir. İdarî işlemin konusu, idarî işlemin yapılmasıyla doğan sonuç ve dolayısıyla bir bakıma işlemin kendisi olduğuna göre, konusu gösterilmeyen işlemde ilk bakışta, mevzuatta hiç gösterilmeyen işlem anlaşılabilir. Fakat, bu konu kesin olarak belli olmadığından, belli bir sebebin gerçekleşmesi halinde, idarenin bu sebebe dayanarak yapabileceği birden çok işlem bulunmaktadır. Örneğin, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun 8. maddesinin (B) bendi gereğince, "Mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan, bulundurululan yerler. " fiilin kamu düzenini bozucu niteliğine göre ya kapatılır veya faaliyetten men edilir. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 6. maddesine göre, bu maddedeki şartları taşıyan yabancılar, idare (Bakanlar Kurulu) kararıyla Türk vatandaşlığına alınabilirler. Kanundaki şartları taşısa dahi Bakanlar Kurulunun, bir yabancıyı Türk vatandaşlığına alıp almama konusunda takdir yetkisine sahiptir. 5683 sayılı Yabancıların İkametleri ve Seyahatleri Hakkındaki Kanunun 19. maddesine göre, "İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumî güvenliğe ... aykırı sayılan yabancılar ...sınır dışı edilebilirler". Burada da idare, genel güvenliğe aykırı davranışlarını tespit ettiği yabancıyı sınır dışı etme ya

⁹⁵ Karatepe, Takdir Yetkisi, 101.

⁹⁶ Karatepe, Takdir Yetkisi, 101.

⁹⁷ Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 169.

⁹⁸ Günday, İdare Hukuku, 119.

da etmeme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Alt-üst sınırları içinde bir miktar idarî para cezasını belirleme konusunda da serbestisinin bulunması, idareye farklı konulu kararlardan birini seçme konusunda takdir yetkisinin verildiğini göstermektedir.

D - Maksat Unsuru Bakımından

Maksat, kanun koyucunun idarî işlemle ulaşmak istediği, o işlem den beklediği nihaî sonuçtur⁹⁹. Sonucun ne olduğu, bazen hukuk kuralında açıkça gösterilirken, bazen hiç bir açıklama bulunmayabilir. Açıkça gösterilmiş olsun veya olmasın bütün idarî işlemlerin nihaî amacı kamu yararının sağlanmasıdır. İdarî işlemle varılmak istenen amacın kanunlarda açıkça gösterildiği durumlarda özel amaçtan söz edilir¹⁰⁰. Özel amacın geçerli olabilmesi için, özel amacın genel amacı aşmaması gerekir¹⁰¹.

Maksat, bir işi yapanın zihninde oluşan ve dışarıdan rahatça anlaşılması mümkün olmayan psikolojik ve subjektif bir durumdur¹⁰². Doktrinde, idarî işlemlerin maksat unsurunu subjektif bir olgu olarak görenler mevcuttur¹⁰³. Bu görüş kabul edilirse, maksat yönünden idarî işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi sırasında, idareyi işlem yapmaya sevk eden iç psikolojik sebeplerin araştırılması ve denetlenmesi gerekecektir. Maksadın düşüncenin içinde gizli olması nedeniyle¹⁰⁴, denetiminin yapılması çok zordur¹⁰⁵. Bu yüzden, idarî işlemlerin unsurları arasında maksat unsurunun gösterilmesi, "kamu yararı" kavramından kaynaklanıyorsa, idare hukuku alanında bu soyut kavramın anlamının objektif kurallara görev belirlenmesi gereklidir¹⁰⁶.

Hukuk kuralları, idarenin herhangi bir konuda yapacağı işlemin sebebini göstermiş ise, bu takdirde sebeple amaç unsuru birleşmiş demektir. İşlemin yapılmasını gerektiren sebepler mevcutsa, amaç da ona bağlı olarak gerçekleşecek, mevcut değilse, işlem sebep unsuru ve dolayısıyla maksat unsuru yönünden sakat olacaktır¹⁰⁷. Maksat unsuru ile sebep unsuru arasın-

⁹⁹ Günday, 120; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 171; Özay, Gün Işığında Yönetim, 467; Coşkun, 36.

¹⁰⁰ Günday, İdare Hukuku, 120; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 171; Karatepe, Takdir Yetkisi, 96.

¹⁰¹ Karatepe, Takdir Yetkisi, 96.

¹⁰² Karatepe, Takdir Yetkisi, 96; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 172; Oytan, Muammer, İdarî Yargı, Birinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara), Danıştay Matbaası, Ankara 1991, 150

¹⁰³ Sarıca, Ragıp, "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", Ebul'ula Mardin'e Armağan, İÜHF Yayını, İstanbul 1944, 1244; Onar, I, 317;

¹⁰⁴ Özay, Gün Işığında Yönetim, 467.

¹⁰⁵ Karatepe, Takdir Yetkisi, 96.

¹⁰⁶ Oytan, 151; Özay, Gün Işığında Yönetim, 467. Kamu yararı kavramı doktrinde tam anlamıyla tanımlanmamış, ayıklama usulü ile bir tanıma ulaşılabildiği mümkün olmuş bir kavramdır. Bu usule göre, "duygusal", "politik", "şahsî" sebeplerin kamu yararı dışında olduğu düşünülmüş ve idarenin bir kişiyi hedef alarak, onu yararlandırmak veya belli bir usulün korunmasından mahrum bırakmak için, ya da günücü kişileri koruma amacına yönelik dolayısıyla "duygusal" veya "politik" işlemlerin "maksat" unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Özay, Gün Işığında Yönetim, 469. Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: Akıllıoğlu, Tekin, "Kamu Yararı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y:9, S:1-3, 1988, 11-22.

¹⁰⁷ Özkan, 99; Karatepe, Takdir Yetkisi, 97.

daki bu sıkı ilişki nedeniyle, eğer sebep unsurunda bir hukuka aykırılık bulunmazsa, maksat unsurunun denetlenmesine de gerek kalmayacaktır. Buna karşılık, işlemin yapılması ile ulaşılmak istenen objektif sonuç gerçekleşmiş ise işlem yine geçerli sayılacaktır. O halde, denilebilir ki, maksat unsurunun hukuka uygunluğu, işlemi yapan kamu görevlisinin niyetinden çok meydana getirdiği sonucun hukuka uygunluğuna bağlı bulunmaktadır¹⁰⁸.

Tüm idarî işlemlerin yönelmesi gereken genel amaç "kamu yararı"nın sağlanması olduğundan, bunun dışında bir amaca yönelik işlem yapılamayacağından, doktrinde, işlemin maksat unsurunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı genellikle kabul edilmektedir¹⁰⁹. *Kanaatimizce* de, Kanunda özel birtakım amaçlar gösterilmiş olsa bile bu amaçların genel amaç olan "kamu yararı"na aykırı olması idarî işlemi maksat unsuru açısından hukuka aykırı kılacağından, idarenin, işlemin maksadını belireme bakımından takdir yetkisinin olmaması gerekir. Bununla birlikte, belli ölçülerde takdir yetkisinin mümkün olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Örneğin, *Sarıca*, kanunların idareye birden fazla özel amaç gösterdiği durumlarda, bu amaçlardan birini seçmek yetkisine sahip olan idarenin, belli ölçülerde kullanabileceği bir takdir yetkisinin mümkün olacağını belirtmektedir¹¹⁰. *Balta* ise, kanunda özel amaç gösterilmeyen durumlarda, idarenin özel amacı seçmek bakımından bir takdir yetkisinin varlığını kabul etmektedir¹¹¹.

Danıştay 1963 yılında vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, işlemin tüm unsurlarında idarenin takdir yetkisi bulursa bile, maksat unsurunda takdir yetkisinin mümkün olmadığını hükme bağlamıştır¹¹².

III. TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden birisi de idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetimidir¹¹³. Hukuk devletinde idarenin hukuka uygunluğunu sağlayan yargı dışında çeşitli denetim mekanizmaları vardır. Örneğin, idarenin kendi kendini denetlemesi, Yasama organının Hükümet vasıtasıyla idare üzerinde yaptığı siyasi denetim, meslek kuruluşlarının ve baskı kuruluşlarının yaptığı kamuoyu denetimi bunlardan en önemlileridir. İdare üzerindeki denetimlerin en etkili olanı ve idare edilenlere en fazla güvence sağlayacağını idarenin yargısal denetimidir.

İdarenin yargısal denetiminin sağlanması konusunda iki sistem vardır. Bunlardan ilki, "adli idare" veya "yargı birliği" sistemi de denilen sistemdir. Bu sistemde, kişilerle Devlet arasındaki hukukî uyumsuzluklara genel mahke-

¹⁰⁸ Karatepe, Takdir Yetkisi, 98.

¹⁰⁹ Günday, İdare Hukuku Dersleri -I, 252; Özyay, Gün Işığında Yönetim, 419; Gözübüyük-Akılroğlu, 259; Coşkun, 37; Alan, Nuri, "Türk İdarî Yargısında Yerin-delik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", (İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu Ankara, 10-11-12 Haziran 1982), Danıştay Başkanlığı, Ankara 1982, 34.

¹¹⁰ Sarıca, Ragıp, İdare Hukuku (Methal), İÜHF Yayını, İstanbul 1950-51, 80.

¹¹¹ Balta, 170.

¹¹² Danıştay, İBK, 21.12.1963 gün ve E: 62/644, K: 63/351, Karatepe, Takdir Yetkisi, 98.

¹¹³ Balta, 221; Özbudun, 91; Günday, İdare Hukuku, 31; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 1.

melerde bakılmaktadır. İkinci sistem ise, idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların "idarî yargı" adı verilen birtakım özel mahkemelerde halledildiği sistemidir¹¹⁴. Ancak, hukuk devletinin gerçekleşmesi açısından, önemli olan idarenin yargısal denetiminin yapılmasıdır. Bu denetimin genel veya sırf bu iş için kurulmuş özel birtakım mahkemelerce yapılmasının önemi yoktur¹¹⁵.

Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesi idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi açısından, bağlı veya takdir yetkisi içerisinde alınmış olsun, idarenin eylem ve işlemlerinin tamamının denetlenmesini zorunlu kılar. Takdir yetkisi de idarenin yetkilerinden biri ve hatta en önemlisi olduğuna göre, takdir yetkisinin kullanılmasının bağımsız mahkemelerce denetlenmesi, hukuka bağlı devlet açısından kaçınılmazdır.

Bu düşünceden hareket eden, Anayasanın 125. maddesinin 1 inci fıkrası, idarenin her türlü işlem ve eylemine yargı yolu açıktır hükmünü getirmiştir. "Her türlü işlem ve eylem" kavramına, idarenin takdir yetkisinin kullanılması hallerinin de girdiği şüphesizdir.

A - Takdir Yetkisinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi

Hukuka uygunluk kavramı sadece kanunlara uygunluk değil, tüzüklere, yönetmeliklere, kararnamelere, hukukun genel ilkelerine, yazılı olmayan hukuk kurallarına ve mahkeme içtihatlarına uygunluk anlamına gelir¹¹⁶.

Anayasa, 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasında "idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolu açıktır" kuralına yer verdikten sonra, aynı maddenin 4 üncü fıkrasında, "yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır" denilmekte, aynı kural 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 2 inci bendinde de yer almaktadır. Bu düzenlemelerle, idarî işlemlerin yargısal denetimine bir sınır getirilmek istenmektedir¹¹⁷. Bu sınırlar, "Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez" diyen Anayasanın 125. maddesinin 4 üncü fıkrasının ikinci cümlesinde ve aynı şekilde İYUK 2/2 inci maddesinde yer almıştır. İdare görevlerini kanunlarda gösterilen yetki ve şekil kurallarına ve esaslara (işlemin sebep, konu ve maksat unsurlarına) uygun olarak yerine getirmek zorundadır.

Bu hükümler karşısında denilebilir ki, takdir yetkisinin hukuka uygunluğunun denetimi, takdir yetkisinin yerinde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesini de içermemektedir. Zira ihtiyaca uygunluk denetimi yargısal denetimin dışında kalır. İdarenin takdirinin ihtiyaçlara (icabı hale) uygun kullanılıp kullanılmadığı yargı dışı denetimin konusu olabilir¹¹⁸.

¹¹⁴ Özbudun, 90; Gözübüyük, Yönetmelik, 3; Balta, 223.

¹¹⁵ Özbudun, 91.

¹¹⁶ Gözübüyük, Yönetmelik, 147.

¹¹⁷ Karavelioğlu, Celal, Açıklama ve En Son İchtihatlarla İdarî Yargılama Usulü Kanunu, Cilt:1, Trabzon 1993, 160.

¹¹⁸ Balta, 88.

Diğer taraftan, hukuka uygunluk denetiminin bir diğer sınırı da, mahkemelerin, takdir yetkisini kaldıracak bir şekilde karar veremeyecekleri kuralıdır (Anayasa md.125/4; İYUK. md.2/2). Danıştay bir kararında, "...yasaların verdiği ya da yerine getirilmesini istediği bir hakka dayanmayıp, çözümünü idarenin takdir yetkisine dayanan bir işlemde idare, yargı kararı ile takdir yetkisini kullanmaya zorlanamaz. İdarî yargı yerlerince idarenin yerine geçip sınır çizilemeyeceğine, idarece sınır çizimi konusunda pek çok olasılık kullanılabileceğine göre, ancak idarece bir sınır çizilmesi halinde çizilen bir sınırın yasada belirlenen koşullara uygun olup olmadığı denetlenir"¹¹⁹ demek suretiyle, idarenin takdir yetkisinin, ihtiyaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının, mahkemelerce denetlenemeyeceğini açıkça vurgulamaktadır. Bir başka kararında ise Danıştay, "...idarenin takdir yetkisinin denetimine, yargı organları yönünden getirilen ve idarî işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural (AY. md. 125/4, İYUK. md.2) aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçeneğin birisini tercihte, tercih yetkisiyle donatıldıkları durumlarda idarî yargı organlarının yapılacak denetimin idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanmasıyla sınırlı olup, idarî yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da muayyen bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak bir biçimde yargı kararı vermeleri ve böylece idarî işlemlerin denetiminde, "hukuka uygunluk sınırını aşarak yerindelik denetimi"ne girmeleri Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuku ilkeleriyle bağdaştırılamayacağını"¹²⁰ belirtmiştir.

B - Takdir Yetkisinin İhtiyaca Uygunluğunun (Yerindeliliğinin) Denetimi Mümkün müdür?

Yerindelik, bir idarî işlem veya eylemin yapılmasında, zaman, mekân, hâl ve şartların icaplarına göre, idarî gerekler uyarınca davranmaktır. Diğer bir ifadeyle, yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimine tabî tutulmayan bölümüdür¹²¹. Bir idarî işlemin hukuka uygun olması ile yerinde olması aynı şeyler değildir. Yargı organlarının, hukuka aykırı olmadıkça, sırf yerinde olmadığı gerekçesiyle bir idarî işlemi iptal etme yetkileri bulunmamaktadır. Eğer, hukuka aykırılık denetimin yanında yerindelik denetimini yapabileceği de kabul edildiği takdirde, mahkeme, takdir yetkisini kullanan ve dolayısıyla işlemi yapan idarenin yerine geçmiş olur ki, bu mümkün değildir.

¹¹⁹ D. 8. D., 19 Eylül 1991 gün, E: 90/1764, K: 91/1395, Bilgen, Perteve, İdare Hukuku Ders Notları İdarî Yargıya Giriş, İÜSBF Yayınları, İstanbul 1995, 342.

¹²⁰ D. 5. D., 27 Ocak 1986 gün, E: 84/1530, K: 86/246, Bilgen, Ders Notları, 337. Yargı yerlerinin yerindelik (ihtiyaca uygunluk denetimi yapamayacaklarına ilişkin Danışta kararlar hk. bkz: D. 5.D., 23 Ekim 1986, E: 85/596, K: 8661084;

¹²¹ Oytan, 156.

İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargusal Denetimi

Anayasanın 125/4. maddesinde, yargı denetiminin, idarî işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun bir şekilde yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî işlem ve eylem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği belirtilmektedir. İYUK. md. 2/2'de de aynı hususlar tekrar edildikten sonra, idarî mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacakları açıkça hükme bağlanmaktadır. Bu hükümler karşısında, ister bağlı yetkinin kullanılması olsun, ister takdir yetkisinin kullanılması niteliğinde olsun, idarenin işlem ve eylemlerinin sadece hukuka uygunluğunun denetiminin yargı organlarınca yapılacağı; buna karşılık bu işlem ve eylemlerin ihtiyaca uygunluğunun (yerindeliğinin) denetiminin ise yargı organlarınca yapılamayacağı açıktır. Bir idarî işlemin yerindeliği yargı dışı yollarla sağlanabilir. *Gözübüyük*, hukuka uygunluk ile yerindeliği her zaman birbirinden ayırmanın kolay olmadığı gerekçesiyle, bu kuralın çok katı bir şekilde uygulanabileceğini sanmamaktadır¹²².

Yerindelik, kamu hizmeti gereklerinin idare tarafından takdir yetkisi içinde değerlendirilmesidir¹²³. Diğer bir ifadeyle, bir idarî işlem ve eylemin yapılmasında zaman, mekân, hal ve şartların gereklerine göre idarî gerekler uyarınca hareket etmektir¹²⁴. Yerindeliğin tespit edilmesinin idareye bırakılması, biri "karar alma ve zamanını seçme", diğeri de, "belli bir yönde hareket etme ya da etmeme" gibi iki serbestiyi içermektedir¹²⁵.

İdarenin faaliyetlerinin temel ve ortak amacı, kamu yararının gerçekleştirilmesidir. İdarenin bu amacı sağlamak için yapacağı işlem ve eylemlerin türünü, zamanını ve usulünü belirlemekte sahip bulunduğu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ve yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargı organlarının denetimine tabi bulunduğu mevzuat¹²⁶, doktrin¹²⁷ ve yargı organları¹²⁸ tarafından kabul edilmektedir.

Buna karşılık, idarenin, belli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülmesi, kamu yararının daha somut biçimde ortaya çıkarılması için birden çok seçenekten birini tercih yetkisiyle donatıldığı durumlarda idari yargı yerlerinin, idareyi bu seçeneklerden birisini seçmeye zorlayacak ya da belirli bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak şekilde yargı kararı vermeleri, diğer bir anlatımla yerindelik denetimine girmeleri mevzuat¹²⁹, doktrin¹³⁰ ve mahkeme kararlarınınca¹³¹ kabul edilmemektedir.

¹²² *Gözübüyük*, Yönetmelik Yargı, 17.

¹²³ *Yenice, Kâzım-Esin, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdarî Yargılama Usulü Kanunu* Ankara 1983, 136.

¹²⁴ *Özkan*, 106.

¹²⁵ *Vedel, George, Droit Administratif, Presses Universitaires de France, Paris 1973, 232'den nakleden: Karatepe, Takdir Yetkisi, 83.*

¹²⁶ Anayasa md. 125/4; İYUK. md. 2/2.

¹²⁷ *Gözübüyük*, Yönetmelik Yargı, 16-17; *Balta*, 88; *Özbudun*, 92; *Karatepe*, Takdir Yetkisi, 104 vd; *Özkan*, 102; *Karavelioğlu*, I, 175.

¹²⁸ D. 5. D., 23.11.1987 gün ve E: 1987/2389, K: 1987/1620, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 18, Sayı: 71-71, 1988, 437; D. 5. D., 24 Mart 1986 gün, E: 82/3012, K: 86/363, *Bilgen*, *Ders Notları*, 335

¹²⁹ İYUK. md. 2/2'ye göre, "İdare mahkemeleri yerindelik denetimi yapamazlar..."

¹³⁰ *Gözübüyük*, Yönetmelik Yargı, 16-17; *Balta*, 88; *Özbudun*, 92; *Karatepe*, Takdir Yetkisi, 104 vd; *Özkan*, 102.

Yerindeliğin tayininde idareye bırakılan serbestlikler, takdir yetkisinde de söz konusudur¹³². Böyle olunca "yerindelik alanı" ile "takdir yetkisinin kullanıldığı alan" birbirine benzemekte; hatta bazı yazarlarca bu iki kavram birbirine eş anlamda kullanılmaktadır¹³³. Nitekim Danıştay bazı kararlarında "takdir yetkisi" ile "yerindelik"i eş anlamda kullanmıştır¹³⁴. Ancak, Alan'ın da dediği gibi, takdir yetkisi olduğunda mutlaka bir yerindelik alanı vardır diye düşünmemek lazım. Takdir yetkisi sebeple ilgili olduğu zaman genellikle bir değerlendirme, bir nitelendirme yetkisi olarak görünmekte ve bu varsayımlarda idarî yargı denetimi yoğunlaşmakta; bu yetki işlemin konu unsuru ile ilgili olduğundan, idareciye bir seçim ya da tercih olanağı verdiğinde yerindelik alanı daha net olarak görülebilmektedir¹³⁵.

Aslında, bu iki kurum arasında önemli bir fark vardır: Takdir yetkisi, yapılan idarî işlemde bağımsız olup, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla sona eren bir yetkidir. Buna karşılık, yerindelik, idarî işlemin ortaya çıkardığı az çok süreklilik arz eden bir durumu belirtir. Bu durum, idarî işlemin yarattığı sonucun kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibarettir¹³⁶.

Ancak, yargı organlarınca idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenebileceği; yerindeliğinin (ihtiyaca uygunluğunun) ise yargı yerlerince değil, yargı dışı denetim yolları ile denetlenebileceği ilkesinin, bizzat Danıştay tarafından ihlal edildiği görülmektedir. İdarî yargıyı düzenleyen hukuk kurallarında, yerindelik denetiminin nasıl ve ne şekilde yapılacağına dair bir açıklık bulunmadığından, bu konudaki esaslar Danıştay tarafından konulmaktadır. Konulan bu ilkeler geniş yorumlamaya elverişli bulunduğundan; Danıştay, muhtelif kararlarında hukuka uygunluk denetimi yaparken, yerindelik alanına da müdahale etmektedir¹³⁷.

Danıştay'ın muhtelif kararlarında, "hizmet gerekleri", "kamu yararı", "bilirkişi incelemesi yapılması" gibi ilkelere dayanarak yerindelik alanına ve ona bağlı olarak da takdir yetkisine müdahale ettiği görülmektedir. Danıştay bir kararında, "...idare işlemlerine karşı yerindelik denetiminin söz konusu olabilmesi için, bir işlemin idarenin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerinden birine karışılması gibi bir durumun oluşması gerekir"¹³⁸ diyerek, idarenin objektif değerlendirilmesi imkânı bulunmayan işleyiş zorunluluklarının var olduğu hallerde yerindelik alanına müdahale edilebileceğini

¹³¹ D. 5. D., 23.11.1987 gün ve E: 1987/2389, K: 1987/1620, Danıştay Dergisi, Yıl: 18, Sayı: 71-71, 1988, 437; D. 5. D., 24 Mart 1986 gün, E: 82/3012, K: 86/363, Bilgen, Ders Notları, 335.

¹³² Karavelioğlu, I, 173.

¹³³ Karatepe, Takdir Yetkisi, 85; Alan, 53.

¹³⁴ D. 5. D., 23.11.1987 gün ve E: 1987/2389, K: 1987/1620, Danıştay Dergisi, Yıl: 18, Sayı: 71-71, 1988, 437.

¹³⁵ Alan, 53

¹³⁶ Azrak, Ali Ülkü, "İdarî Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", İdare Hukuğu ve İlimleri Dergisi, Sayı:1-3, İstanbul 1985, 16; Karatepe, Takdir Yetkisi, 86.

¹³⁷ Karatepe, Takdir Yetkisi, 86.

¹³⁸ D. 8. D., 24.9.1987 gün, E: 1986/683, K: 1987/371, Danıştay Dergisi, Yıl: 18, Sayı: 71-71, 1988, 437.

belirtmektedir. Bir başka kararında Danıştay, "...davacı tarafından 2430 metrekare miktarındaki taşınmaz malın tamamının meydan için fazla olduğu öne sürüldüğünden, bu hususun tespit ve tayini için yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken bu hususun yerindelik denetimi sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle inceleme konusu yapılmayarak davacının bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin isteğinin kabul edilmemesinde isabet görülmemiştir". diyerek, bilirkişi incelemesi yapılması suretiyle yerindelik alanına müdahale edilmesini öngörmüştür¹³⁹.

C - Takdir Yetkisinin Hukuka Aykırı Kullanıldığı Durumlar: Takdir Sakatlıkları

Takdir yetkisi, idari işlemlerin sebep ve konu unsurlarında bulunduğuna göre, takdir yetkisinin hukuka uygunluğunun ve eğer varsa bir sorumluluğun bu unsurlarda aranması gerekir. İşte, idare, işlem ve eylemlerinde sahip olduğu takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanırsa "takdir sakatlığından" söz edilmektedir. Buna karşılık, takdir yetkisinin ihtiyaca aykırı şekilde kullanılması ise "takdir isabetsizliği" olarak adlandırılmaktadır¹⁴⁰. İdarî işlemlerin sadece hukuka uygunluklarının yargı yolu ile denetleneceğinden ve ihtiyaca uygunluk yargı denetimi dışında kalacağından, idarenin takdir yetkisini ihtiyaca aykırı kullanmasından bir hukuka aykırılık ve dolayısıyla takdir sakatlığı doğmayacaktır¹⁴¹.

İdarenin takdir yetkisini hukuka aykırı şekilde kullanıp kullanmadığının, diğer bir ifadeyle takdir sakatlığı yapıp yapılmadığının yargı yerlerince tespit edilebilmesi için, aşağıdaki hususların araştırılması gerekir.

1. Yetki ve Şekil Kurallarına Aykırılık: İdarî işlemin yetki ve şekil unsurlarında takdir yetkisi olmayacağına; yani idarenin bu unsurlardaki yetkisi bağlı olacağına göre, takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemin yetki ve şekil kurallarına aykırı olarak yapılması halinde hukuka aykırılık söz konusu olacaktır¹⁴². Danıştay bir kararında, "takdir yetkisine dayalı işlemlerde yetki unsuru öncelikle ele alınması gerekli olan mutlak bir iptal nedeni teşkil etmekte ise de, idarenin bağlı yetki içinde olduğu işlemlerde yetki yönünden sakatlık olsa dahi idarî yargı yerince sebep ve konu unsurundaki sakatlıkların da ortaya konulması ve iptal hükmünün bu gerekçeye dayandırılması gerektiği"ni belirtmektedir¹⁴³. Bir başka kararında ise, "atanması Adalet Bakanlığınca onaylanan davacının görevine son verilmesi işleminin de sözü edilen Bakanlıkça yapılması, Muğla Adalet Komisyonunca yapılan ve Bakan-

¹³⁹ D. 6. D., 22 Şubat 1984 gün, E: 84/22, K: 84/1054, Bilgen, Ders Notları, 339

¹⁴⁰ Balta, 88-89.

¹⁴¹ Karatepe, Takdir Yetkisi, 109.

¹⁴² Günday, İdare Hukuku Dersleri-I, 256; Alpar, 44; Özkan, 82.

¹⁴³ D. 5. D., 30.10.1985 gün, E: 1986/412, K: 1987/394, Danıştay Dergisi, Yıl:18, Sayı: 68-69, 1988, 368.

lıkça onanmamış olan dava konusu işlemin, idare hukukundaki usulde paralellik ilkesine aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği"ni hükme bağlamaktadır¹⁴⁴.

2. Yetki Veren Kanun Hükmüne Aykırılık: Hukuk devleti ilkesi gereği, kanun, idareye takdir yetkisi verdiği durumlarda onu belli ölçüde bağlamak zorunda olduğuna göre, idare takdir yetkisini kullanırken, yetkisinin bağlı olduğu noktalarda kanuna aykırı hareket etmesi halinde yetkisini hukuka aykırı olarak kullanmış olacaktır¹⁴⁵. İdarenin kendisine yetki veren kanun hükmüne aykırılık çeşitli şekillerde olabilir.

Bir defa, kanunun açıkça ihlal edilmesi hallerinde idarenin tesis ettiği işlem hukuka aykırı olacaktır. Çünkü bu gibi hallerde, idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin Danıştay bir davada, "öğrencilere disiplin cezası vermeye rektörün yetkili olmadığı ve yetkinin kanunla açıkça kime tanınmışsa ancak onun tarafından kullanılabilceği"ne karar vermiştir¹⁴⁶.

İkinci olarak, yetki veren kanunun yanlış yorumlanması hallerinde de, işlemin kanunî dayanaktan yoksun kalması suretiyle sakatlanmasına sebep olduğundan; kanunun yanlış yorumlanması ile yapılan işlemlerde işlemin sebebi olan hukuk kuralı ile sonucu olan maddi olay arasında uyumsuzluk görülmekte, bu ise işlemin hukuka aykırı hale gelmesine sebep olmaktadır¹⁴⁷. Belli bir konuda idarenin kanun anlayışı ve yorum şekli daha isabetli olsa bile, idare, mahkemenin o hükme verdiği anlamı kabul etmek zorundadır. Diğer bir ifadeyle, yargı organı hukuk kurallarını yorumlarken, bir anlamda iradesini idareye kabul ettirmiş olmakta ve böylece idarenin takdir alanını sınırlamaktadır¹⁴⁸. Örneğin, Danıştay bir kararında, "...hukuka aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığından bahisle, idarenin sorumlu sayılmaması yoluna gidilemeyeceğini" hükme bağlayarak, kendi anlayışının idare tarafından kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁹.

Üçüncüsü, uygulanma imkânı olmayan veya uygulanması gerekenden başka bir kanun hükmünün uygulanması hallerinde de idarenin işlemi hukukî dayanaktan yoksun kalmakta ve dolayısıyla işlem hukuka aykırı hale gelmektedir¹⁵⁰. Uygulanması gerekenden başka bir kanun hükmünün uygulanması, ya idarenin hukuk bilgisinin yetersizliğinden, ya mevzuat bolluğundan ya da mevzuatta yapılan değişiklikleri idarenin takip etme imkânının sınırlı olmasından ileri gelebilir¹⁵¹. Danıştay bir kararında, "genel kanun olan 28.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Kanundan daha sonra 17.7.1964 tarihinde yürürlüğe giren özel kanun 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda, sigorta emeklilerinin emekli maaşlarına haciz konulamayacağı öngörüldü-

¹⁴⁴ D. 5. D., 6.4.1987 gün, E: 1986/1688, K:1987/547. Danıştay Dergisi, Yıl:18, Sayı: 68-69, 1988, 385.

¹⁴⁵ Günday, İdare Hukuku Dersleri-I, 256; Gözübüyük-Diğer, 159.

¹⁴⁶ DİDDGK. 20.12.1985 gün, E: 1985/133, K: 1985/122. Özkan, 84.

¹⁴⁷ Karatepe, Takdir Yetkisi, 109.

¹⁴⁸ Özkan, 85.

¹⁴⁹ D. 10. D., 6.10.1993 gün ve E: 1992/1449, K: 1993/3681. Özkan, 85.

¹⁵⁰ Karatepe, Takdir Yetkisi, 109

¹⁵¹ Karatepe, Takdir Yetkisi, 109.

ğünden, davacının emekli maaşının haczine ilişkin işlemde yasal isabet görülmediği" gerekçesiyle 6183 sayılı Kanun gereğince konan haciz işlemi iptal etmiştir¹⁵².

Dördüncüsü, maddî olaya ilişkin takdir sakatlıkları ya da idarenin işlemine dayanak yaptığı olayın gerçek dışı olması ya da yanlış tavsif edilmesinden doğan hukuka aykırılıklardır¹⁵³. Daha önce açıklandığı gibi, idarî işlemin sebebi, ya kanunlarda açık-seçik bir şekilde veya kamu düzeni, kamu yararı, ihtiyaç, lüzum gibi belirsiz kavramlarla gösterilebilir ya da hiç gösterilmeyebilir. Buna karşılık, idarî işlemlerin gerçek olmayan bir olaya dayanılarak yapılması mümkün değildir. Diğer bir ifade ile, sebebi kanunda açıkça veya belirsiz kavramlarla belirtilmiş olsa veya hiç belirtilmiş olmasa bile, idare bu sebebin hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu ortaya koymak zorundadır. Ayrıca idarenin dayandığı maddî olayların hukukî tavsifini (=nitelendirmesini) doğru bir şekilde yapması gerekir. İdarenin hiç bir somut olaya dayanmamış olması, veya zikrettiği olaylar gerçekleşmemiş ise ya da bu olayların hukukî tavsifi yanlış yapılmış ise, yapılan işlem sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır¹⁵⁴. Danıştay, işlemin dayandığı maddî olayların gerçekten var olması gerektiği, hayalî olaylara dayanılarak işlem yapılamayacağını kararlarında açıkça belirtmiştir. Nitekim Adalet Bakanlığı'nın Erzincan İlinde ikinci bir noter kurulması yolundaki kararına karşı açılan davada; "yeni noter açma konusunda Adalet Bakanlığı'nın takdir yetkisi bulunmakla beraber, dayanılan sebeplerin gerçeğe uygun olup olmadığının yargı organlarındaca denetlenileceğine" karar verilmiştir¹⁵⁵. Aynı şekilde bir başka kararında Danıştay, "Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün davacının Ülkü Yolu üyesi olduğu, fakat adının siyasî bir amaçla herhangi bir olaya karışmadığı, ancak göreve atanmasının sakıncalı olduğunu bildiren yazısı üzerine atama işleminin yapılmadığı anlaşılmakta, ancak yine bu soruşturma sonucu elde edilen bilgilerin somut olmadığı, memuriyete engel bir hali bulunduğu kanıtlanmadığı" gerekçeleriyle davacının memur olarak atanmasının yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır¹⁵⁶.

Nihayet, idare kendisinin takdirine bırakılan durumların takdirinde açıkça hata yapmak suretiyle işlemi hukuka aykırı hale getirebilir. İdarenin teknik birtakım iddialar ileri sürerek yargı denetiminden kurtulmak istemesinin önlenmesi amacıyla geliştirilen bu denetim¹⁵⁷ ile idarî yargı yeri, idarenin takdir yetkisine dayanan işlemlerini iptal etmeden önce, idareyi kendisine tanınmış olan takdir yetkisinin kullanılmasında açık hata, maksat ve işin ge-

¹⁵² D. 3. D., 9.12.1993 gün ve E: 1993/786, K: 1993/3626, Özkan, 86

¹⁵³ Karatepe, Takdir Yetkisi, 111; Özkan, 86.

¹⁵⁴ Günday, İdare Hukuku, 115.

¹⁵⁵ D. 12. D. 2012.1968 gün ve K: 68/2445. Karatepe, Takdir Yetkisi, 111.

¹⁵⁶ D. 5. D., 13.10.1986 gün ve E: 1985/1207, K: 1986/1018. Danıştay Dergisi, Yıl:17, Sayı: 66-67, 1987, 219. İdarenin işlemine dayanak olan olayın somut olarak ortaya konulmasını gerektiren kararlar için bkz: D. 5. D. 24.2.1991 gün ve E: 1991/2111, K: 1993/794. Danıştay Dergisi, Yıl 24, Sayı: 88, 1994, 239.

¹⁵⁷ Başpınar, Recep, "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması", Danıştay Dergisi, Sayı 3, Ankara 1971, 76.

reklerine uygunluk alanından kanunilik denetimi kapsamına almaktadır¹⁵⁸. Danıştay, "görevini başarı ile sürdüren ve sicilleri olumlu olan personelin naklen atanmasında, yasayla tanınan takdir yetkisinin kullanımında açık hata yapıldığı" gerekçesiyle naklen atama işlemini iptal etmiştir¹⁵⁹. Bir başka kararında ise Danıştay, "işçi sayılmayan sözleşmeli personel statüsünde çalışan davacının 1990 yılı sözleşme ücretinin 1989 yılı sözleşme ücretine göre daha düşük düzeyde belirlenmesi işleminde, Anayasanın Sosyal Devlet ilkesine uyarlık bulunmadığı ve açık takdir hatası olduğu"na hükmetmiştir¹⁶⁰.

3. Genel Hukuk İlkelerine Aykırılık: İdarenin, takdir yetkisini genel hukuk ilkelerine aykırı olarak kullandığı takdirde, yine takdir yetkisinin hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığından söz edilir. Danıştay kararlarında, "kamu yararı" ve "hizmet gerekleri"¹⁶¹, "eşitlik", denge ve hakkaniyet"¹⁶², "haklı bir neden"¹⁶³, gibi genel hukuk ilkelerine¹⁶⁴ aykırılık nedeniyle işlem hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.

D - Takdir Sakatlıklarında İdarenin Sorumluluğu

Modern devletlerde, kendisine doğrudan doğruya isnad edilen zarar veren eylem ve işlemlerden olduğu kadar; kamu hizmetlerinin ifası için yetki ve görev verdiği, araç-gereçlerle ve resmi kimlikle donattığı kamu görevlilerinin yaptıkları işlem ve eylemlerden de devletin sorumluluğu kabul edilmiştir.

Türkiye'de Devletin kamusal alanda sorumsuzluğu esas, Cumhuriyetin ilk yıllarına kadar geçerliliğini korumuş ve 1925'te çıkarılan ve 1927 yılından sonra uygulanmaya başlanan 669 sayılı Şuray-ı Devlet Kanunu ile 1930'lu yıllarda ortadan kalkmıştır. Anayasanın 125. maddesi, idarenin "kendi işlem ve eylemlerinden sorumluluğu" ilkesini koyduktan sonra, 129/II inci maddesinde rücu müessesesi ile, devletin zararın tazmin etmesinden sonra işleyen ikincil bir kişisel sorumluluğu öngörümüştür.

İdarenin kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluğunun iki yönü vardır: Bu sorumluluğun "maddî" yanı, idarenin sorumluluğuna hakim olan ilke ve kuralları içermektedir. İdarî sorumluluğun "şekli" ve "usûlî" yanı ise daha çok idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan tam yargı davalarının yargılama usûlüne ilişkin ilke ve kuralları içermektedir¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Özkan, 87.

¹⁵⁹ D. 10. D. 8.5.1985 gün ve E: 1983/1025, K: 1985/970, Özkan, 87

¹⁶⁰ D. 5. D., 23.6.1992 gün ve E: 1991/3725, K: 1992/1960. Danıştay Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 87, 1993, 304.

¹⁶¹ D. 8. D., 2 Mayıs 1991 gün ve E: 90/2006, K: 91/849; D. 10. D., 9 Mart 1988 gün ve E: 86/670, K: 88/368; D. 5. D., 10 Ekim 1990 gün ve E: 89/232, K: 90/1734; D. 5. D., 25 Nisan 1989 gün ve E: 89/825, K: 89/718, Bilgen, Ders Notları, 346 vd.

¹⁶² D. 8.D., 18 Mart 1988 gün ve E: 88/668, K: 88/714, Bilgen, Ders Notları, 347; D. 5. D., 8.10.1987 gün ve E: 1987/2249, K: 1987/1231, Danıştay Dergisi, Yıl:18, Sayı:70-71, 1988, 247.

¹⁶³ D. 5. D., 11.5.1983 gün ve E: 1981/2387, K: 1983/3963, Özkan, 90.

¹⁶⁴ Genel hukuk ilkeleri için bkz: s. 3

¹⁶⁵ Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, Ankara 1974. 1.

İdarenin sorumluluğu, yürütülen kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki bir eksiklik ve aksaklıktan doğabileceği gibi, hizmeti yürüten kamu görevlisinin tutum ve davranışlarından da doğabilir. Bu nedenle, takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğu incelerken, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki eksiklik ve aksaklıktan doğan ve idareye bağlanan "hizmet kusuru" ve kamu görevlilerinin tutum ve davranışlarından doğan ve memura bağlanan "kişisel kusur" olmak üzere ikiye ayırmak gerekir.

1. Hizmet Kusuru ve İdarenin Sorumluluğu

Hizmet kusuru, "idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir âmme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi ilh... şeklinde tecellî eden birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir"¹⁶⁶.

Hizmet kusuruna dayanan kusurluluk aslî ve birincil bir sorumluluktur. Çünkü, zarara uğrayan kimse, evvela memur veya kamu görevlisi aleyhine dava açmaksızın doğrudan doğruya idare aleyhine açılabilir¹⁶⁷. Örneğin, Anayasanın 40/II ve 129/V. maddeleri ile, 657 sayılı DMK'nun 13. maddesine göre, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin, kamu hizmetlerini yerine getirirken idare edilenlere verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğu aslî ve birinci derecede bir sorumluluktur.

İdarenin hizmet kusuru, ya maddî fiil ve eylemlerinin kötülüğü nedeniyle hizmetin iyi işlememesinden, ya da kanuna ve hukuka aykırı işlemlerinden doğar. İdarenin hukukî kusuru, idari kararlarda yanlış ve dayanaksız birtakım kayıtların bulunması; kanun, tüzük ve yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemlerin yanlış yorumlanması; idare tarafından idare edilen ilgililere hatalı ve noksan bilgi verilmesi; ödemelerin yanlış yapılması vs. hallerde doğar. Danıştay bu gibi hallerde hizmetin kötü işlediğini kabul ederek, idarenin sorumluluğuna karar vermektedir. (168) Örneğin, "gümrük kapısındaki arama ve yoklama sırasında aranan kişiye karşı hizmet gerekleri dışında sosyal durumu ile bağdaşmayacak şekilde davranılmış olması"¹⁶⁹, "bir zabıta olayı sırasında görevinin gereği olarak fotoğraf çeken bir gazetecinin makinesinin polis tarafından zorla alınarak kaybedilmiş olması"¹⁷⁰, "silah bakım işinin bu konudaki emir ve talimatlara aykırı yürütülmesi", "hizmet aracının

¹⁶⁶ Sarıca, Ragıp "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İÜHFİM, C.XV, S. 4, 858.

¹⁶⁷ Duez, Paul, Mukavele Dışında Âmme Kudretinin Mes'uliyeti, (Çev: İbrahim SENİL), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1950,17; Özdemir, Nejdet, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, 35.

¹⁶⁸ Özdemir, 556-57.

¹⁶⁹ D. 12. D.,21.9.1971, E.1969/4304, K.1971/1943, Esin, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti. Ankara 1973, 33.

¹⁷⁰ D. 12. D.,13.12.1971, E.1970/3358, K.1971/2914, Esin, II, 33.

şoför ehliyeti olmayan bir kimseye kullandırılması"¹⁷¹, belde yolunun yapımı sırasında bir kişinin arsasına taş, toprak ve moloz yığılması ve bahçe duvarının hasara uğratılması"¹⁷² halleri Danıştay içtihatlarında hizmetin kötü işlediğini gösteren örneklerden bazılarıdır.

Hizmetin geç işlenmesinden doğan hizmet kusuru, hizmetin doğru, düzen ve mevzuata uygun bir şekilde görülmekle beraber, idarenin, hizmet gereklerine göre, kendisinden beklenen sür'at ve çabukluğu göstermeyerek ağır ve yavaş hareket etmesinden ibarettir¹⁷³. İdarenin bir mevzuat hükmü ile belli bir süre içinde hareket etmeğe mecbur tutulması halinde, idarenin bu hükümlerde tayin olunan sürelerle uygun hareket etmemesi, gecikme dolayısıyla hizmetin kusurlu yürüdüğünü ifade eder¹⁷⁴.

İdarenin harekete geçmemekle bir kusur işleyebileceğini kabul etmek, idarenin harekete geçmeğe mecbur olması ve hareketsizliğin sonuçlarını tazmin ile yükümlü bulunması demektir¹⁷⁵. İdarenin belirli bir faaliyette bulunması, belirli bir kamu hizmetini yerine getirmesi gerekirken, herhangi bir sebeple bu hizmeti yerine getirmemesi, bu hizmetin yerine getirilmesi idare için ister bir görev teşkil etsin, ister kanun bu hususta idareye bir takdir hakkı ve serbesti tanımış olsun, kamu hizmetinin yerine getirilmemesi idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna esas teşkil edebilir¹⁷⁶.

Bir kamu hizmetini yürütüp yürütmeme hususunda, idarenin takdir yetkisine sahip olması ve bu yetkiye dayanarak kamu hizmetini yerine getirmemesi, kaçınması, bu hareketsizliğin bir hizmet kusuru sayılması ve idarenin sorumluluğuna hükmedilmemesine engel teşkil etmemektedir¹⁷⁷. Bayındırlık eserlerinin hiç yapılmaması veya eksik yapılması; bayındırlık eserinin yapılmış olmakla birlikte eserin kendisinin ve müştemilatının bakımsızlığı; bayındırlık işlerinin yapılması veya bakımı sırasında vaki ihmallere atfedilebilen kazalardan doğan sorumluluk; halkın hayat, sağlık, emniyet ve selameti bakımından gerekli koruma tedbirlerinin hiç alınmaması veya alınan tedbirlerin elverişsiz olması; idarenin birtakım kişiler üzerinde sahip olduğu gözetim ve denetim görevini ihmal ederek gereken emniyet tedbirlerini almaması; idarenin eğitim ve öğretim faaliyetlerini yaparken, öğrencileri tehlikelere karşı koruyacak gerekli tedbirleri almamış olmaması ve kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerinin uygulanmamış olması halleri, hizmetin hiç işlenmemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurundan sorumluluğunu doğurabilir¹⁷⁸.

Takdir yetkisinin kullanılması hizmetin kötü işlenmesine, geç işlenmesine ya da hiç işlememesine sebep olmuşsa, "hizmet kusuru" nedeniyle idare sorumlu tutulacaktır. İdarenin, takdir yetkisinin bulunduğu öne sürerek

¹⁷¹ D. 12. D.4.7.1970, K.1970/1498, Esin, II, 37.

¹⁷² D. 6.D.,12.3.1970, K. 1970/622, Esin, II, 37.

¹⁷³ Özdemir, 69; Günday, İdare Hukuku, 242.

¹⁷⁴ Yenice-Esin, 89.

¹⁷⁵ Duez, 27

¹⁷⁶ Sarıca, Hizmet kusuru, 898

¹⁷⁷ Sarıca, Hizmet Kusuru, 890; Özdemir, 63; Esin, 38.

¹⁷⁸ Özdemir, 62-67.

mevzuat hükümlerini uygulamakta gecikmesi de hizmet kusuru sayılır. İdarenin, mevzuat hükümlerini uygulama zamanını tayin ve takdir yetkisi bulunmadığından, hizmeti düzenleyen anayasa ve kanun hükümlerini açık ve sürekli bir şekilde uygulamamaktan doğan zararları, "hizmet kusuru" nedeniyle ödemesi gerekmektedir¹⁷⁹.

2. Kişisel Kusur ve Kamu Görevlisinin Sorumluluğu

Kişisel kusur, kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışlarıdır¹⁸⁰. Kişisel kusura "hizmetten ayrılabilen kusur" da denilmektedir¹⁸¹.

Kamu görevlisinin hangi davranışlarının hizmet kusuru, hangi davranışlarının kişisel kusur olduğu konusunda uygulamada ve doktrinde tam bir açıklık yoktur. Bu nedenle bu iki kusurun birbirinden ayırt edilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Mahkeme içtihatlarında, "kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları"¹⁸², "memurun zarar verme kasıt ve niyetinin bulunması"¹⁸³, "kusurun çok ağır ve açık olması", "yargı kararlarına uyulmaması"¹⁸⁴ hallerinin, kişisel kusuru hizmet kusurundan ayıran ölçütler olarak kabul edildiği görülmektedir.

IV. TAKDİR YETKİSİNİN MUTLAK OLDUĞU HALLER

Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden birisi de idarenin işlem ve eylemlerinin yargı organları tarafından denetlenmesidir¹⁸⁵. Eğer idarenin bir kısım işlem ve eylemleri çeşitli yollarla yargı denetimi dışında bırakılırsa, hukuk devleti ilkesi zedelenir¹⁸⁶. Ancak, Anayasal ve kanunî hükümlerle birtakım idarî konuları yargı denetimi dışına çıkarılarak, idarenin mutlak takdir alanına sokulmaktadır. Bu tür işlemlerin, takdir yetkisinden en önemli farkları, takdir yetkisinin, yargısal denetime tabi tutulmasına karşın, bunların yargısal denetimin dışında kalmalarıdır.

Türkiye'de 1924 Anayasası döneminde idarî işlemler aleyhine yargı yolunu kapayan kanunlar çıkarılma yoluna gidilmiştir¹⁸⁷. Danıştay ise, ilgili

¹⁷⁹ Duran, Meseleler, 416 vd.

¹⁸⁰ Günday, İdare Hukuku, 245.

¹⁸¹ Gözübüyük-Akıllıoğlu, 277.

¹⁸² Uyuşmazlık Mahkemesinin 5.3.1966 gün ve E: 1965/64, K: 1966/1 sayılı kararı, Günday, İdare Hukuku, 245.

¹⁸³ Yargıtay 4. H.D., 15.5.1970 gün ve E: 69/5644, K: 70/4549, Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 225.

¹⁸⁴ YİBBGK., 24.9.1979 gün ve E: 1978, K: 1979/2, Günday, İdare Hukuku, 246.

¹⁸⁵ Günday, İdare Hukuku, 31; Özbudun, 91.

¹⁸⁶ Özbudun, 91.

¹⁸⁷ Bu dönemde çıkarılan ve yargı yolunu kapayan kanunlara örnek olarak, "5 Temmuz 1954 tarihli ve 6435 sayılı Bağılı Buldukları Teşkilat Emrine Almak Suretiyle Vazifeden Uzaklaştırılacaklar Hakkında Kanun" ile 2 Haziran 1945 tarihli ve 6422 sayılı re'sen emekliye ayrılanlarla ilgili kanun gösterilebilir. Bu kanunlarla, hakim, öğretim üyesi ve memur gibi ne sıfat ve

idarî işlemi takdir alanına hasretmek, buna karşılık, şekli ve maddî unsurlarını denetime tabi tutmak suretiyle, daraltıcı bir yorum yaparak, bu tür kanunların sakıncalarını .bir dereceye kadar azaltma yoluna gitmiştir¹⁸⁸. 1961 Anayasasının 114 üncü maddesi, "idarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiç bir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" hükmünü getirmek suretiyle, hukuk devleti ilkesini zedeleyen bu tür uygulamaları önlemiştir. Ancak, 1961 Anayasasının 114 üncü maddesinin ilk fıkrası, bu Anayasasının 1971'de geçirdiği değişiklikle, "idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır". haline getirilmiş ve bu ifade 1982 Anayasasının 125 inci maddesinde aynen korunmuştur. Ancak, bizzat Anayasanın kendisi, bu kurala bazı istisnalar getirerek, idarenin bazı işlemlerini yargı denetimi dışında tutmuştur. Gerçekten, 125 inci maddenin 2 inci fıkrası ile Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı idarî işlemler, aynı maddenin 3 üncü fıkrası ile Yüksek Askerî Şura kararlarına dayalı idarî işlemler, 129 uncu maddesinin 4 üncü fıkrası ile silahlı kuvvetler mensupları hakkındaki disiplin cezaları, 159 uncu maddesinin 5 inci fıkrası ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hakim ve savcılarının özlük işleri ile ilgili olarak aldıkları tüm kararlar yargı denetimi dışında tutulmuş, 129 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası ile uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulması hususunda kanun koyucuya yetki verilmiştir¹⁸⁹. Dolayısıyla, bazı idarî işlemler yargı denetimi dışına çıkarılmak suretiyle, idarenin mutlak takdir alanına sokulmuştur. Bunların takdir yetkisi ile benzer ve farklı yanları üzerinde kısaca durmak gerekir.

A - Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

Anayasanın "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" başlığını taşıyan 159 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında, "kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz" denilmektedir. Bu hükme göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun adli ve idarî yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemleri ile kanunlarla bu Kurula verilecek görevlerle ilgili diğer işlemler idarî yargı denetiminin dışında tutulmuş olmaktadır. Böylece, "İdarenin her türlü eylem ve

derecede olursa olsun kamu görevlilerinin idare aleyhine olduğu gibi hatta kişiler aleyhine haksız fiil dâvası şeklinde de olsa bile, hiç bir idarî ve adli muhakemeye başvuruda bulunamayacakları öngörülmüştür. Yargı yolunu kapatan kanunların yanında meclis yorumun şeklinde olanlar da vardır. Örneğin, TBMM'nin 1935 tarihli ve 921 sayılı bir yorumuna göre, Türk vatandaşlığı söz konusu olmaksızın yabancıların tabiiyeti hakkında tesis olunan işlemler aleyhine Danıştay'a başvurulamaz. Alpar, 119.

¹⁸⁸ Balta, 231.

¹⁸⁹ Ayrıca, 121 inci maddesinin 3 üncü ve 122 inci maddesinin 2 inci fıkraları gereğince, olağanüstü hal ve sıkıyönetim halinde, olağanüstü hal ve sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak Bakanlar Kurulu'nun çıkaracağı kanun hükmünde kararnamelemlerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bunların yanında, Anayasanın geçici 15. maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca 12 Eylül 1980 tarihinden TBMM Başkanlık Divanının oluşturulduğu tarihe kadar Millî Güvenlik Konseyince çıkarılmış bulunan kanun ve kanun hükmünde kararnamelemlerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez.

işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” diyen 125 inci maddesine, 159/4 üncü maddesi ile bir istisna getirilmiş olmaktadır. Buna paralel bir hüküm, 1961 Anayasasının 144 üncü maddesinde¹⁹⁰ 20.9.1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle getirilmiş, fakat bu Anayasa değişikliği, Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 tarih ve E: 1976/43, K: 1977/4 sayılı kararı ile iptal edilmişti¹⁹¹. 1982 Anayasası'ndan önce, Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan 13.05.1981 gün ve 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 3.6.1983 tarih ve 2335 sayılı Kanunla değişik 12 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında ise, Kurul “...karar(ları) hakkında başka bir idarî ya da kazaî mercie başvurulamaz” hükmü yer almaktadır. Aynı Kanununun 13. maddesine göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, disiplin cezalarının uygulanmasında ve itirazların incelenmesine ilişkin kararlarında geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. Anayasanın 159/4 maddesi hükmü karşısında, 2461 sayılı Kanunun, Anayasanın 125/1 madde hükmüne karşı aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Böyle bir hüküm olmamış olsaydı bile, Anayasanın geçici 15 inci maddesi hükmü gereği, Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarıldığından, 2461 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle de Anayasa Mahkemesine başvurulamayacaktı.

Özbudun'un¹⁹² ve Gözübüyük'ün¹⁹³ dediği gibi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, üyelerinin çoğunluğu hakimlerden oluşmakla birlikte, gördüğü fonksiyonun niteliği itibariyle idarî bir organdır. Bu nedenle, Kurulun yaptığı işlemler de açıkça idarî işlem niteliği taşımaktadır. Kurul üyelerinin yüksek mahkeme üyelerinden oluşması, bu kurulun kararlarına karşı yargı yolunu kapatmayı gerektirmez. İdarî bir Kurulun¹⁹⁴ kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması, hukuk devleti ilkesi ile ve Anayasanın 125/1 hükmü ile bağdaşmaz. Dolayısıyla bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurulabilmesi gerekirdi”. Nitekim, Fransa'da Yüksek Hakimler Konseyi'nin kararlarına karşı Devlet Şurasına başvurulabilmektedir¹⁹⁵. Ayrıca, *Günday*'ın da belirttiği gibi, idarî yargı denetimine getirilen bu kısıntı, hakim ve savcılar hukukî güvenceden de tamamen yoksun kılmaktadır¹⁹⁶.

Yaptığı iş nedeniyle idarî bir organ ve aldığı kararlar da idarî bir karar olduğunda şüphe bulunmayan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması, Kurulun, Anayasa ve kanunla verilen görevlerini ifada mutlak bir takdir hakkına sahip olduğunun bir gösterge-

¹⁹⁰ Bilindiği gibi, 1961 Anayasası'nın 144. maddesinin ilk metninde, Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu tamamen hakimlerden oluşuyordu ve bu Kurulun kararlarına karşı yargı yolu açıktı.

¹⁹¹ Bu kararın tam metni için bkz: RG: 21.4.1977, Sayı: 15916.

¹⁹² Özbudun, 377.

¹⁹³ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Üçüncü Bası, “S” Yayınları, Ankara 1991, 249

¹⁹⁴ Özay, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapıları gereği hükümetle bir bağlarının bulunmadığını, üstelik, tüm disiplin cezası olarak uyarma ve kınama verebilecek makamların tümünün teknik anlamda idare içinde olup idarî işlemler yaptıklarını ifade etmektedir. Özay, *Gün Işığında Yönetim*, 368.

¹⁹⁵ Özbudun, 337; Özkan, 131.

¹⁹⁶ *Günday, Metin*, “1982 Anayasasına Göre, İdarî Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *İdarî Yargı, Birinci Kitap*, (I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi1-4 Mayıs 1990 Ankara), Danıştay Matbaası, Ankara 1991, 142.

sidir. Diğer bir ifadeyle Kurul, kararlarında sınırsız bir takdir yetkisinden yararlanmaktadır.

B - Cumhurbaşkanının Tek Başına Yapacağı İşlemler

Anayasanın "Sorumluluk ve sorumsuzluk hali" başlığını taşıyan 105 inci maddesinin 2 inci fıkrasında, Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine, Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz " denilmekte, 125/2 inci maddesinde ise, "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ... yargı denetimi dışındadır " hükmüyle paralel bir düzenleme getirilmektedir. Ayrıca, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce, Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı "İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/3 üncü maddesinde ise, "Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idarî yargı denetimi dışındadır" denilmektedir¹⁹⁷. Bu hükümlerin dışında, 4.7.1972 tarihli ve 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, "Cumhurbaşkanının ... tasarrufları... yargı denetimi dışındadır" hükmü ile de, yukarıdaki hükümlere benzer bir düzenleme ile karşılaşılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler Anayasada (md.104/b, c) sayılanlarla sınırlı değildir. Gerçekten, Anayasanın 104. maddesinin son fıkrasında kanunlarla Cumhurbaşkanına tek başına seçme ve atama işlemleri yapma yetkisi verilebileceği belirttikten başka, 105. maddenin 1. inci fıkrasında da Cumhurbaşkanının "diğer kanunlarda ... tek başına yapabileceği belirtilen işlemlerinden söz edilmek suretiyle, kanun koyucuya da Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisi verme imkânı tanınmaktadır. Nitekim pek çok kanunla Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisi verilmektedir.¹⁹⁸ Bu nedenle, yargı denetimi dışında bırakılmış bulunan Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler belirli ve sınırlı olmayıp, kanun koyucu da Cumhurbaşkanı'na tek başına işlem yapma yetkisi vererek pek çok idarî işlemi yargı denetimi dışına çıkarabilecektir.¹⁹⁹

Dikkat edilirse, cumhurbaşkanının hangi işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmış olduğu Anayasanın ilgili maddelerinde ve adı geçen kanun-

¹⁹⁷ Anayasanın 105/2. ve 125/2. maddelerinde, Cumhurbaşkanının tek başına (doğrudan) (re'sen) yapmış olduğu işlemler yargı denetimi dışında bırakılmış olmasaydı bile, 2577 sayılı Kanunun 2/3. maddesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemezdi. Çünkü, Anayasanın geçici 15. maddesinin 1. ve 2. fıkrası hükümleri gereğince, 12 Eylül 1980'den, ilk genel seçimler sonucu TBMM'nin Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçen sürede Millî Güvenlik Konseyince yapılan tasarruflara ve bunları uygulanmasından dolayı, karar alanlar ve uygulayanlar hakkında hiç bir yargı merciine başvurulamaz.

¹⁹⁸ Örneğin, 2954 sayılı Kanuna göre (md 6) Cumhurbaşkanı Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Yüksek Kuruluna doğrudan doğruya üç üye, bazı kuruluşlarca gösterilecek adaylar arasından beş üye; yine 2876 sayılı Kanunu'nun 5. maddesine göre, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu'nun Yüksek Kuruluna dört üye ; 2863 sayılı Kanunun 53 üncü maddesine göre ise, Cumhurbaşkanı, Taşınmazlar Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kuruluna üç üye seçmektedir.

¹⁹⁹ Günday, Kapsam ve Sınırlar, 140.

larda kesin olarak belirlenmemiştir. Anayasanın 105/2. maddesinde "re'sen imzaladığı kararlar", 125/2. maddesinde ise, "tek başına yapacağı işlemler" deyimleri geçmektedir. Aynı şekilde, 2577 sayılı Kanunun 2/3. maddesinde, "doğrudan doğruya yaptığı işlemler", 1602 sayılı Kanunun 21/3. maddesinde "Cumhurbaşkanı'nın tasarrufları" deyimleri yer almaktadır. Acaba bu deyimler aynı şeyleri mi ifade etmektedir? Kanaatimizce bu kavramların hemen hepsi de, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapabileceği işlemleri ifade etmektedir

Anayasanın 105/1. maddesinde, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler dışındaki kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlıkça imzalanacağı hükme bağlanmaktadır. Bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden şöyle bir sonuca varılabilir: Başbakan ve ilgili bakanın imzalamasına gerek olmaksızın Cumhurbaşkanının yapabileceği işlemler, onun tek başına yapabileceği işlemlerdir. O zaman şu soru sorulabilir: Hangi işlemlerde, Başbakan ve ilgili bakanın imzalamasına gerek yoktur? *Özbudun*'un bu soruya cevabı, "bu konuda ilkin Anayasanın ilgili hükmünde bu konuda bir açıklık olup olmadığına, eğer açıklık yoksa, yetkinin mahiyetine bakılmalıdır" şeklindedir²⁰⁰. Örneğin, 104. maddede sözü edilen "Genelkurmay Başkanını atamak" yetkisi Anayasanın 117/4. maddesine göre ancak Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanılabilir. *Soysal* ise, Cumhurbaşkanının, hangi işlemleri tek başına yapabileceğinin yargı organı tarafından belirlenmesini önermektedir. *Yazara* göre, "Cumhurbaşkanının bir işleminden dolayı yargı kuruluşuna, örneğin bir idare mahkemesine başvurulduğu zaman, bunun tek başına yapılabilir işlemlerden olup olmadığını davayı kabul aşamasında kararlaştıracak olan, başvurunun yapıldığı mahkemedir"²⁰¹.

Buna karşılık, *Özbudun*, Cumhurbaşkanının yasama ve yargı ile ilgili yetkilerinin, kendisine tarafsız Devlet Başkanı sıfatıyla tanınmış yetkiler olması nedeniyle, Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılmaları gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, Cumhurbaşkanının gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kurulunu toplantıya çağırabilmesi, bu kurula başkanlık edebilmesi gibi yetkiler icraî nitelik taşımayan, tamamen sembolik ve temsili nitelikte yetkiler olduğundan bunların Cumhurbaşkanınca tek başına yapılabilmesi gerekir²⁰².

Cumhurbaşkanı bazı durumlarda idare ile ilgili, hatta iç içedir. Örneğin, Cumhurbaşkanının, Başbakanın önerisi üzerine bakanların görevlerine son verebilmesi, Bakanlar Kurulu kararlamelerini imzalaması ve kimi idarî işlemleri tek başına yapabilmesi (AY md.104), Devlet Denetleme Kurulu aracılığı ile idareyi denetleyebilmesi (AY md. 108) gibi idarî iş ve işlemler, onun idareden tamamen ayrı ve bağımsız olmasını engellemektedir. Açıkça idare içinde yer alan ve icraî yetkiler kullanan kişi ve kuruluşlarına ilişkin atama yetkilerinin Başbakan ve ilgili bakanla birlikte kullanılması gerekir²⁰³.

²⁰⁰ *Özbudun*, 287.

²⁰¹ *Soysal*, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Dokuzuncu Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1992, 334.

²⁰² *Özbudun*, 287-288.

²⁰³ *Özbudun*, 288. Anayasanın dışında bazı kanunlar da Cumhurbaşkanına, tek başına kullanabileceği bir takım yetkiler vermiştir. Örneğin, 2954 sayılı Türkiye ve Radyo ve Televizyon

Anayasanın 105/2. madde hükmünün hukuk devleti ile bağdaşmadığı belirtilmektedir²⁰⁴. Bir defa, Anayasa Mahkemesi yasama işlemlerine karşı yargısal bir denetimde bulunduğundan, bir yürütme organı olduğunda kuşku bulunmayan Cumhurbaşkanının işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesine gidilmesi düşünülemez²⁰⁵. Cumhurbaşkanının işlemlerine karşı olsa olsa, idarî yargıya gitmek mümkündür. O halde bu işlemlerin "idarî" olup olmadıklarının araştırılması gerekir. Burada da *Özbudun* tarafından yapılan ve daha önce açıklanan tefrikin uygulanması gerekir. O halde, Cumhurbaşkanının "idarî nitelik" taşıyan işlemlerinin, örneğin, Yüksek Öğretim Kurulu Başkanını atamak gibi, icrafî karar yetkisi olan makamlara yaptığı atamaların ancak Başbakan ve ilgili bakanca yapılabilmesi gerekir. Anayasa böyle yorumlanırsa, bu tür işlemlere karşı da idarî yargı yolunun açılması sağlanabilir²⁰⁶.

Anayasa ve çeşitli kanunlarla Cumhurbaşkanı'na görev olarak verilen görevlerden, idarî görevlere yaptığı atamalar gibi, "idarî nitelik" taşıyanlarının en azından yargı denetimine tabi tutulması gerekirken, tek başına yaptığı tüm işlemlerin yargı denetimine tabi olmaktan çıkarılması, yürütme organının bir parçası olduğunda şüphe bulunmayan Cumhurbaşkanını mutlak takdir yetkisine sahip bir idare konumuna getirmektedir.

Danıştay, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden bazıları "ayrılabilir işlem teorisi"²⁰⁷ veya "tek başına yaptığı işlemlerin yorumu" suretiyle denetlemeye başlamıştır. Gerçekten, Danıştay'ın 5. Dairesi İstanbul Üniversitesi'ne rektör atanması ile ilgili Cumhurbaşkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada, ayrılabilir işlem teorisini uygulamıştır. Danıştay'a göre, "2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 1.7.1982 günlü ve 3826 sayılı Yasa ile değişik 13. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendi ..rektör seçimi için üç evreli bir süreç öngörmekte, bunlardan birinci evreyi üniversite öğretim üyelerince 6 aday adayının seçilmesi; ikinci evreyi aday adayı arasından üç kişinin Cumhurbaşkanına sunulmak üzere, Yükseköğretim Kurulunca seçilmesi; üçüncü evreyi ise, Cumhurbaşkanının isimleri kendisine sunulan üç aday arasından birini rektör olarak ataması oluşturmaktadır... Cumhurbaşkanının atama işlemiyle sonuçlanan sürecin ilk iki evresindeki işlemlerin birbirleriyle sıkı bir hukukî bağıllık içinde bulunmasına karşın bu işlemlerin aynı zamanda birbirlerinden ayrılabilir nitelik taşıdıkları ve her birinin bağımsız birer idarî işlem oluşturdukları öncelikle belirtilmesi gereken bir husustur. Bu işlemler-

Kanununun 6. maddesine göre, Radyo ve Televizyon Yüksek Kuruluna; 2876 sayılı Kanun gereğince Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kuruluna; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kuruluna üye seçme yetkileri vardır. Bunlar da tek başına yapacağı işlemlerden olmasa gerektir.

²⁰⁴ Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 214; Özbudun, 288; Günday, İdare Hukuku, 31; Soysal, 334.

²⁰⁵ Dolayısıyla, Gözübüyük'ün dediği gibi, 105/2. maddesinde yer alan. "...Anayasa mahkemesi dahil..." ifadelerinin gereksiz ve yersiz olduğu söylenebilir. Bkz: Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 214

²⁰⁶ Özbudun, 289

²⁰⁷ Ayrılabilir işlem " terimi, birden çok işlemin yapılması ile gerçekleşen aşamalı idarî işlemler, yani karar alma sürecinde yer alan işlemlerden birinin, ondan ayrılarak başlı başına "yürütülebilirlik" niteliği kazanıp, genellikle idarî bir yargı yeri önünde çözümlenecek türden bir uyuşmazlığa konu olabilmesini anlatmak için kullanılır. Özay, Gün Işığında Yönetim, 479.

den ilk ikisinin gerek birbirlerinden gerek nihai işlemi oluşturan atama işleminden bağımsız olarak da, tek başlarına yeni hukukî durumlar ve hukukî sonuçlar yaratmaları, bir sonraki işlemle belirlenen yetkinin kullanılmasını sınırlamaları ve böylece "kesin" ve "icrai" nitelik taşımaları nedeniyle idarî kararların alınmasından önceki evrede yerini alan tavsiye, öneri, mütalâa ve rapor gibi yetkili makamı yöneltici ve aydınlatıcı olmaktan öte bir hukukî değeri bulunmayan hazırlık işlemleri olarak kabul edilemeyecekleri açıktır. Dolayısıyla bu işlemlerin nihai işlem beklenilmeksizin tek başlarına veya süresinde olmak koşuluyla, nihai işlemden sonra da idarî davaya konu edilebilmeleri mümkün bulunmaktadır²⁰⁸.

C - Yüksek Askerî Şura Kararları

Anayasanın 125 inci maddesinin 2 inci fıkrası ile ve 4.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ile Yüksek Askerî Şura'nın tasarruflarının yargı denetimi dışında olduğu hükme bağlanmaktadır.

Hukukî nitelikleri itibarıyla tam anlamıyla idarî işlem niteliğinde olan Yüksek Askerî Şura kararlarının yargı denetiminin dışında bırakılması, hukuk devletini zedelemiştir²⁰⁹. Danışma Meclisince kabul edilen metinde yer almayan bu istisna, "Yüksek Askerî Şuranın Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararlarının özellik ve önemi dikkate alınarak bunların idarî yargı denetimi dışında kalması" isteğiyle Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından eklenmiştir. Ayrıca 17 Temmuz 1972 tarihli ve 1612 sayılı Yüksek Askerî Şura Kanununun, Şuranın görevlerini sayan 3 üncü maddesinde de böyle bir görevin yer almadığı görülmektedir. Bununla birlikte, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 94. maddesinde "...disiplinsizlik ve ahlâkî durumu nedeniyle Silahlı Kuvvetlerden ayrılacak subaylardan, durumlarının Yüksek Askerî Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin, Silahlı Kuvvetlerden ayırma işleminin Yüksek Askerî Şura Kararı ile yapılacağı" öngörülmektedir. Özbudun'un belirttiği gibi, Konsey, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararların yargı organı önünde tartışma konusu yapılmasının, askerî disiplini zayıflatabileceğini düşünmüş olabilir. Ancak, hatırlatmak gerekir ki, yargı organının denetimi yerindelik ve takdir yetkisini kapsamamakta, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olarak gerçekleşmektedir. Yüksek Askerî Şura kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu dönemlerde Şura kararlarına karşı Danıştay ya da Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde açılan bazı davaların kabul edildiği dikkate alınırsa, Şuranın da hatalı karar alabileceği açıkça ortaya çıkar²¹⁰. Hangi gerekçeye dayanırsa dayanırsın, hukuka uygun olmayan bir işlemin yargı denetimi dışında bırakılması hukuk devleti ilkesini çok büyük oranda zedeler²¹¹.

²⁰⁸ D. 5. D., 16 Eylül 1993 tarih ve E: 1992/4035, K: 1993/3177 (yayımlanmamıştır). bu kararın tam metni için bkz: Özay, Gün Işığında Yönetim, 486-488; Bilgen, ders Notları, 320-324.

²⁰⁹ Özbudun, 92.

²¹⁰ Günay, Kapsam ve Sınırlar, 141.

²¹¹ Özbudun, 92; Günay, Kapsam ve Sınırlar, 141.

D - Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal İlanına İlişkin İşlemler

Olağanüstü hal ve sıkıyönetimin ilanından sonra, olağanüstü hal ve sıkıyönetim makamlarınca yapılan işlemlerin, Anayasanın 125 inci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca yargı denetimine açık olması gerekir. Zira, olağanüstü hal valisi ve sıkıyönetim komutanlarının işlemlerinin, yargı denetiminin dışındaki tutulacağına dair Anayasada herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Anayasada sadece, 125 inci maddesinin 6'ncı fıkrasında, sıkıyönetim halinde, idarî yargı yerlerinin yürütmenin durdurulması kararlarının kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir. *Günday*'ın da ifade ettiği gibi, Anayasa koyucu, sıkıyönetim döneminde yargı yolunun tümüyle kapatılamayacağı yolundaki iradesini açıkça ortaya koymuştur²¹². 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 27 inci maddesinin 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı kanunla değiştirildikten sonra, sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde görevli veya sonradan görevlendirilen kamu personeli hakkında yapılan idarî işlemlere karşı açılacak iptal dâvaları ile grev ve lokavt ile toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetten men edilmesi kararlarına karşı açılan iptal dâvalarında da yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi mümkün kılınmıştır²¹³.

Buna karşılık, 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, "...sıkıyönetim komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları...yargı denetimi dışındadır" hükmünü ihtiva etmektedir. Buna ilave olarak, 13.5.1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda 14.11.1980' tarih ve 2342 sayılı kanun ile eklenen ek 3'üncü maddeye göre, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile "sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idarî işlemler hakkında iptal dâvası açılmaz. Şahsî kusurları nedeniyle hukukî sorumlulukları ileri sürülemez". Aynı şekilde, Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9.5.1990 tarih ve 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 7 inci maddesinde de, bu Kanun Hükmünde Kararname ile olağanüstü hal bölge valisine tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idarî işlemler yargı denetiminin dışında tutulmuştur²¹⁴. Bu hüküm-

²¹² *Günday*, İdare Hukuku, 216.

²¹³ 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 27 inci maddesinin 10 uncu ve 11 inci fıkraları, sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde görevli veya sonradan görevlendirilen kamu personeli hakkında yapılan idarî işlemlere karşı açılacak iptal dâvaları ile grev ve lokavt ile toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetten men edilmesi kararlarına karşı açılan iptal dâvalarında yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğini hükme bağlamıştı. Benzer bir hükme 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 9.5.1990 tarih ve 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 35. maddesinde de yer verilmişti. Bu kısıtlamalar, Anayasa Mahkemesinin 10.1.1991 tarih ve E: 1990/25, K: 1991/1 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

²¹⁴ Anayasanın 121. ve 2935 sayılı Kanununun 4. maddesinin verdiği yetkiyle dayanılarak çıkarılan KHK/430 sayılı "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin (RG: 16 Aralık 1990, Sayı:20727) 8 inci maddesinde şöyle bir hüküm yer almaktadır: "Bu kanun hükmünde kararname ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı bunlar hakkında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk, iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla

lerin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması imkansızdır. Zira, olağanüstü hal ve sıkıyönetim bir keyfilik ve denetimsizlik rejimi değil, idarenin yetkilerinin normal zamanlara göre genişlemesine ve kişi haklarının normal zamanlara göre daha büyük ölçülerde sınırlandırılmasına rağmen yine de bir "hukuk rejimi"dir²¹⁵. Bu hükümler Anayasanın 2 inci ve 125 inci maddelerine açıkça aykırı olmakla beraber, Sıkıyönetim Kanununda yapılan değişikliğin, 12 Eylül 1980'den sonra, Millî Güvenlik Konseyi döneminde gerçekleşmesi nedeniyle, Anayasanın geçici 15. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmamaktadır.

E - Uyarma ve Kınama Disiplin Cezaları

Anayasanın 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakkında verilen "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz" kuralına yer verilmektedir. Anayasanın bu kuralına dayanarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135 inci maddesinde, 12.5.1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve "disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin âmirine yoksâ disiplin kurullarına yapılabilir" hükmü getirilerek, anayasa ile bir paralellik sağlanmıştır. Bu hükümlerle, uyarma ve kınama şeklindeki disiplin türü idarî işlemlere karşı yargı yolu kapatılmış, dolayısıyla, bu cezalar bir nevi idarenin mutlak takdir alanına dahil edilmiştir.

Bunların dışında, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesinin (b) bendi ve 9602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince "...disiplin suç tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışında" tutulmuştur.

Ayrıca, Anayasanın 135 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluş kanunlarında da, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışına çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin, 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları... Birliği Kanununun "disiplin cezaları başlığını taşıyan 74. maddesinin sondan bir önceki fıkrasında, "yetkili kurulların verdiği uyarma cezası kesindir" denilmektedir²¹⁶.

Ancak Danıştay uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasının kanunla yapılmasını istemektedir. Gerçekten bir kararında Yüksek Mahkeme, "Anayasanın... (129. maddesine) göre, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili disiplin kararlarının yasayla yargı denetimi dışında tutulması

herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Kişilerin sebepsiz uğradıkları zararlardan dolayı Devletten talep etme hakları saklıdır".

²¹⁵ Özbudun, 323.

²¹⁶ 507 Sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanununun 30 uncu maddesinin (a7 ve (b) bentlerindeki ihtar ve tenbih disiplin cezalarının kesin olduğu; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 157 inci maddesinin 7 inci fıkrasında, uyarma, kınama ve para cezasına ilişkin kararların kesin olduğu ve Bakanlığın onayına tabi olmadığı belirtilmektedir

mümkündür... Personel Yönetmeliği dayanak alınarak davacıya kınama cezası verilmesinde hukuka uyarlık görülmemektedir” demektedir²¹⁷.

SONUÇ

Bütün yetkilerin bir sınırı olduğu gibi, idarenin takdir yetkisinin de bir sınırı bulunmaktadır. Takdir yetkisinin sınırları, bu yetkinin hangi sınırlar içerisinde ve hangi ilke ve kurallara göre kullanılacağını gösterir. Takdir yetkisinin genel ve idarî işlemin unsurları bakımından sınırları söz konusudur.

1. Genel sınırların başında Anayasal ilke ve kurallar gelmektedir. İdare sahip olduğu takdir yetkisini Anayasanın koyduğu ilke ve kurallar içerisinde kullanması gerekir. Bu ilkeler, Anayasanın başlangıç kısmında belirtilen ilkeler yanında 2 inci maddesinde hükme bağlanan ilkelere dir.

Ayrıca, idare kendisine takdir yetkisi veren kanun ve diğer mevzuattaki esas ve usullere uygun olarak takdir yetkisini kullanacaktır. Aksi halde, bir takdir sakatlığı ortaya çıkacaktır. Zira, hukuk devletinde, ne kadar takdir yetkisi verirse versin, yine de, kanunilik ilkesi gereği, onu belli ölçüde bağlamak durumunda olduğundan; idarenin, yetkisinin bağlı olduğu durumlarda kanuna uygun hareket etmesi gerekecektir.

İdarenin takdir yetkisini kullanırken yargı içtihatlarıyla ortaya çıkan hukukun genel ilkelerine de riayet etmesi gerekir.

2. İdarî işlemlerin daha çok “sebep” ve “konu” unsurlarında idareye takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, idarî işlemlerin “yetki”, “şekil” ve “maksat” unsurlarında takdir yetkisi verilmemekte; idarenin yetkisi bağlı yetki olmaktadır.

3. Hukuk devleti ilkesi gereği, idarenin her türlü işlem ve eylemleri gibi, takdir yetkisinin kullanılması sonucu yapmış olduğu işlemleri ve eylemlerinin de yargı denetimine tabi tutulması gerekir. Ancak, yargı denetiminin sınırı, Anayasanın 125 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında belirtildiği gibi, “hukuka uygunluk denetimi”dir. Mahkemeler, takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde karar veremezler.

4. Mahkemeler, idarenin takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığını denetleyemezler. Zira, yargısal denetim, idarî işlemlerin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır. İYUK'un 2 inci maddesinin 2 inci bendinde, idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacakları açıkça belirtilmiştir. Ancak, takdir yetkisinin yerinde kullanılıp kullanılmadığının yargı dışı yollarla denetlenebileceği ilkesi bizzat Danıştay tarafından ihlal edilmektedir. Çünkü, idarî yargıyı düzenleyen hukuk kurallarında yerindelik denetiminin nasıl ve ne şekilde yapı-

²¹⁷ D. 10. D., 4 Mayıs 1988 gün ve E: 86/1113, K: 88/806, Bilgen, Ders Notları, 328. YÖK Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 33. maddesinde yer alan “...re'sen verilen uyarma ve kınama cezaları kesin olup bunlara karşı idari yargı yoluna gidilemez” şeklindeki hüküm de, D. 8. D., 13.11.1992 gün ve E: 1992/609, K: 1992/2809 sayılı kararı ile, yargı denetimine kısıntı getirdiği gerekçesi ile iptal edilmiştir, Özkan, 146.

lacağına dair bir açıklık bulunmadığından, bu ilkeler Danıştay tarafından konulmaktadır. Bu ilkeler geniş yorumlamaya elverişli olduğundan, Danıştay muhtelif kararlarında hukuka uygunluk denetimi yaparken, yerindelik alanına da müdahale etmektedir.

5. İdare, işlem ve eylemlerinde sahip olduğu takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanırsa "takdir sakatlığı"ndan, yerinde kullanmaz ise, "takdir isabetsizliğinden" söz edilmektedir. Takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanmasından dolayı, idarenin sorumluluğu söz konusudur. Takdir yetkisinin kullanılması hizmetin kötü işlemesine, geç işlemesine ya da hiç işlememesine sebep olmuşsa, "hizmet kusuru" nedeniyle idare sorumlu tutulacaktır.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin**, "Kamu Yararı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y:9, S:1-3, 1988.
- Alan, Nuri**, "Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", (İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu Ankara, 10-11-12 Haziran 1982), Danıştay Başkanlığı, Ankara 1982, 31-61.
- Alpar, Erol**, Yönetimin Hareket Serbestisinin Alanınının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Ankara 1990.
- Aral, Vecdi**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992,
- Atar, Yavuz - Ayan, Mehmet - Arslan, İbrahim - Karahan, Sami - Sümer, Halûk Hadi - Ulukapı, Ömer**, Hukuk Bilimine Giriş, Mimoza, Konya 1996.
- Aykonu, Mustafa S. - Özkul, E. Aydın (Haz.)** Anayasa Yargısı, Cilt: 2, Atatürk'ün Yüzüncü Doğum Yılı Armağanı, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 2, Ankara 1981.
- Azrak, Ali Ülkü**, "İdarî Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sayı:1-3, İstanbul 1985.
- Balta, T. B.**, İdare Hukuku I, Genel Konular, AÜSBF Yayını, Ankara 1970)72.
- Balta, T. Bekir**, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayını, Ankara 1968/1970.
- Başpınar, Recep**, "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması", Danıştay Dergisi, Sayı 3, Ankara 1971, 76.
- Bayraktar, Erman**, Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi, İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler 1, Ankara 1976.
- Bereket, Zuhâl**, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1996.
- Bilgen, Pertev**, İdare Hukuku Ders Notları İdarî Yargıya Giriş, İÜSBF Yayınları, İstanbul 1995.
- Black's Law Dictionary**, Sixth Edition, ST. Paul. Minn. West Publishing Co. 1990.
- Cooper, Philip J.**, Public Law and Public Administration, Second Edition, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Cersey 1988.

- Coşkun, Sabri**, İptal Dâvası, Danıştay Yayınları, Ankara 1993,
Danıştay Beşinci Daire Kararları (1970-1981) Birinci Kitap Cilt:II, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1983.
- Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları Birinci Kitap (1965 - 1078) Danıştay Başkanlığı, Ankara 1981.
- Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları Birinci Kitap (1965-1978), Danıştay Başkanlığı, Ankara 1981.
- Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları III 1973-1984, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1085.
- Danıştay On birinci Daire Kararları (1971 - 1981) Danıştay Başkanlığı Ankara 1984.
- Daver, Bülent**, Fevkalâde Hal Rejimleri, Ankara 1961.
- Daver, Bülent**, "Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları" Kamu Yönetimi, İkinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara.
- Duez, Paul**, Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti, (Çev: İbrahim SENİL), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1950.
- Duran, Lütfi**, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- Esin, Yüksel**, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., Ankara 1973.
- Fesler, James W. -Kettl, Donald F.**, The Politics of Administrative Process, Chatham House Publishers, Inc. Chatham, New Jersey 1991.
- Freud, Ernest**, Administrative Powers over Persons and Property: A Comparative Survey, University of Chicago Press, Chicago 1928.
- Giritli, İsmet** Hükümet Tasarrufları, İÜHF Yayını, İstanbul 1958
- Giritli, İsmet-Bilgen, Pertev**, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1979.
- Gözübüyük, A. Şeref-Akıllıoğlu, Tekin**, Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1992.
- Gözübüyük, A. Şeref**, Anayasa Hukuku, Üçüncü Bası, "S" Yayınları, Ankara 1991.
- Gözübüyük, Şeref - Dinçer, Güven**, İdarî Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, 160.
- Gözübüyük, Şeref**, Yönetimsel Yargı, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1993.
- Günday, Metin**, İdare Hukuku Ders Notları I, AÜHF Döner Sermaye İşletmesi, (Tek-sir), Ankara 1984, (Ders Notları).
- Günday, Metin**, "1982 Anayasasına Göre, İdarî Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", İdarî Yargı, Birinci Kitap, (I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1-4 Mayıs 1990 Ankara), Danıştay Matbaası, Ankara 199, 139-148, (Kapsam ve sınırlar).
- Günday, Metin**, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yeni Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1990, (İdare Hukuku).

İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi

- Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.
- Hazır, Hayati, *Türkiyelerde ve Yabancı Ülkelerde Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması*, S.Ü.H.F. Yayınları, Konya 1991
- Karatepe, Şükrü, "İdarenin Takdir Yetkisi", Türk İdare Dergisi, Yıl:63, Eylül 1991, Sayı 392, 63-120.
- Okandan, Recai Galip, *Umumî Amme Hukuku*, İstanbul 1976.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esaslar*, Cilt III, İstanbul 1966.
- Oytan, Muammer, "Yargılamanın Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması", İdarî Yargı, Birinci Kitap, (1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara), Danıştay Matbaası Ankara 1991, 149-158.
- Özay, İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, Alfa, İstanbul 1994.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1995
- Özdemir, Nejdet, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Özkan, Gürsel, *Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi*, Ankara 1995.
- Sarıca, Ragıp "Hizmet Kusuru ve Karakterleri ", İÜHFM, C.XV, S. 4.
- Sarıca, Ragıp, *İdare Hukuku (Methal)*, İÜHF Yayını, İstanbul 1950-51.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Dokuzuncu Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1992.
- Tekinay, S.S., *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Tuncay, Aydın H., *İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları*, Danıştay Yayını, Ankara 1972.
- Üskül, Zafer, *Sıkıyönetimin Yargısal Denetimi*, İkinci Kitap: Kamu Yönetimi, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara.
- Vedel, George, *Droit Administratif*, Prensers Universitaire de France, Paris 1973.
- Wade, H.W.R., *Administrative Law*, Sixth Edition, ELBS/Oxford University Press, 1988.
- Yenice, Kâzım - Esin, Yüksel, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdarî Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 1983.
- Yenice, Kazım, "Not Takdiri ve Denetim", Danıştay Dergisi, S: 52-53.
- Zanobini, Guido, *İdare Hukuku*, Çev. Atif Akgüç - Sahir Erman, İÜHF Yayını, İstanbul 1945.

DIYARBAKIR'DAKİ İLÇESİZ İLÇE BELEDİYELERİ YA DA ALT KADEME BELEDİYELERİ*

Yrd. Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM**

GİRİŞ

Türk belediyeciliğinde ya da pozitif belediye hukukunda, 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra yaşanan gelişmelerde, belediye kavramının yanında büyükşehir belediyesi ve ilçe belediyeleri kavramlarına da şahit olduk. Ancak 1993 yılına gelindiğinde bu alanda yeni bir kavramla daha tanıştık: bu kavram da "alt kademe belediyeleri"dir. Aslında gerek büyükşehir belediyesi ve ilçe belediyesi, gerek alt kademe belediyeleri terimleriyle ifade edilen kavramlar; belediye kavramının türevleridir. Fakat hukuki statüleri ve bu statülerin doğurduğu sonuçlar açısından bazı farklar vardır.

Bu bildiriye, belediye kavramıyla birlikte bu üç yeni kavramın 1984 yılından bu yana İdare Hukuku açısından olması gereken farkları ve bu farkların İdare ve Anayasa Hukukuna yansımaları irdelenecektir.

I. BELEDİYE, BÜYÜKŞEHİR VE İLÇE BELEDİYELERİ KAVRAMLARI

A. KAVRAMLARIN TANIMI

1. Belediye

Anayasa'nın 127. maddesi tarafından Anayasal güvence altına alınan belediyelerin organları, o beldede oturan insanlar tarafından oluşturulurlar. Ayrıca, kamu tüzel kişiliğine, malvarlığına ve personele sahip birer yerel yönetim birimleridir¹. Bu bakımdan belediyeler arasında gerek hukuki açıdan, gerek kullandıkları idari yetkiler ve yüklendikleri kamu görevleri açısından bir farklılık yoktur.

Belediyelerin tanımını pozitif hukukumuzda 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun birinci maddesi yapmaktadır. Buna göre, "belediye beldenin ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye eden hükmi şahsiyettir". Tanımdan da anlaşılacağına göre beledi-

* Bu makale, 5-6 Mayıs 1997 Tarihli Diyarbakır'ın Kentsel Sorunları Sempozyumu'nda bildiriler olarak sunulmuştur.

** Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Brown, L. Neville-Garner, L. L. D. *French Administrative Law*, Third Edition, London, 1983, s. 20-24; Clarke, John J. *Outlines of Central Government Including the Judicial System of England*, Fourteenth Edition, London, 1965, s. 81.

yeler, yerel kamu hizmetlerinin görülmesinde mevcut veya muhtemel problemlerin çözümlenmesinde etkin yetki ve sorumluluk içindedirler². Bundan dolayı da ortak yerel ihtiyaçların karşılanması noktasında kamu oyu ve diğer idari birimlerle yüz yüze gelirler.

2. Büyükşehir Belediyesi

İngilizce karşılığı metropol³ olan kavram, dilimizde büyükşehir ve anakent terimleriyle ifade edilmektedir. Ancak, Türk Pozitif Hukuku, anakent yerine büyükşehir terimini kullandığı için, bu çalışmada biz de büyükşehir terimini kullanacağız. Büyükşehir terimini, pozitif hukukumuz sıfat tamlaması ve ayrı sözcük olarak yazmaktadır. Fakat terimle anlatılmak istenen şehrin büyüklüğü değil, yeni bir idari teşkilat birimi olduğu için, bileşik isim olarak ve bitişik yazılması Türkçe imla kuralları açısından daha doğru olur.

Büyükşehir kavramının tanımı üzerinde, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Çünkü, bu kavramın ekonomik, sosyal, idari ve hatta siyasi boyutları vardır. Bundan dolayı, bu kavramı tanımlamak için tek bir ölçüt kabul edip ona göre bir tanım yapmak büyük yanılgılara neden olabilir. Tanımı üzerinde fikir birliği olmamasına rağmen, büyükşehir uygulamasının mukayeseli hukuk boyutuna baktığımızda, Londra⁴, Tokyo⁵, Paris⁶ ve Toronto⁷ gibi büyük kentlerde bir yerel yönetim birimi olarak büyükşehir belediyeleriyle karşılaşırız.

Ancak, 3030 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "Belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan şehirleri" büyükşehir olarak tanımlanmış, 4. maddesinde de büyük şehirlerde büyükşehir adı ile büyükşehir belediyesi kurulacağını hüküm altına alınmıştır. Aynı kanunun uygulanmasına yönelik Yönetmelik⁸ ise tanımları biraz daha açmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesine göre; belediye sınırları içinde merkez ilçe dahil olmak üzere birden fazla ilçe bulunan şehirler büyükşehir, büyükşehirlerde kurulan belediyeler ise büyükşehir belediyesi olarak tanımlanmıştır.

3. İlçe Belediyesi

İlçe belediyesi, teknik terim olarak bütün ilçelerde kurulan belediyeleri tanımlamaz. Sadece, büyükşehir belediyesi sınırları içinde yer alan ilçelerde kurulan ve üzerinde büyükşehir belediyesinin bir çeşit idari vesayet yetkisi bulunan belediyeleri tanımlar.

² Doğan, M. Emin, "Belediyelerin Denetimi", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 5, S. 5, s. 28.

³ Leemans, A. F., *Changing Patterns of Local Government*, 1970 International Union of Local Authorities, The Hague, Netherlands, s. 154.; Clarke, a.g.e., s. 73.

⁴ Wade, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford Press, London, 1961, s. 20-21.

⁵ Keleş, Ruşen, "Japonya'da Yerel Yönetimler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 3, Eylül 1984, s. 117.

⁶ Keleş, Ruşen, *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, Genişletilmiş İkinci Bası, Cem Yayınları, İstanbul, 1994, s. 242.

⁷ Leemans, a.g.e., s. 205.

⁸ R.G., T. 12-12-1984, S. 18603, s. 17.

İlçe belediyelerinin yasal tanımı, 3030 sayılı Kanun'un 3. maddesinde; "büyükşehir belediye sınırları içinde kalan ilçelerde kurulan belediyeler" olarak yapılmıştır. Aynı kanunun uygulanmasını gösteren yönetmelik de kanundaki tanımı tekrarlamıştır.

4. Alt Kademe Belediyeleri

Alt kademe belediyeleri, kavram olarak, Türk Pozitif Hukukuna, 504 sayılı K.H.K.'nin bir hediyesidir. Bu kavramla, büyükşehir belediyeleri sınırları içinde yer alan ve merkezi idarenin taşra teşkilatı olan ilçelerin bulunmadığı belediyeler kastedilmektedir.

Aslında alt kademe belediyeleri terimiyle ifade edilmek istenen kavram, ilçe belediyeleridir. Fakat, zamanın Yürütme Organı, büyükşehir belediyelerini K.H.K. ile kurarken, merkezi idarenin taşra teşkilatının ikinci basamağı olan ilçeyi kurma külfetinden kurtulmak için, ilçe belediyelerinin çok kötü bir tanımını yapmıştır. Bu tanıma dayanarak da kurulması gereken ilçe teşkilatları kurulmamıştır.

Ayrıca, alt kademe belediyeleri terimi, hukuk literatürümüzde olmayan "üst kademe belediyeleri" terimini de çağrıştırmakta, sanki belediyeler arasında hiyerarşik bir ilişki varmış gibi bir durum ortaya çıkarmaktadır. Başka bir deyişle, "alt kademe belediyeleri" terimi; "amir belediyeler" ve "memur belediyeler" gibi idari teşkilat sistemimize tamamen ters ve yabancı kavramları gündeme getireceğe benzemektedir.

B. KAVRAMLARI DÜZENLEYEN YASAL DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. 1580 Sayılı Kanunun Hükümleri

1580 Sayılı Kanun, genel olarak belediyelerin kuruluşunu, işleyişini, görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Bu Kanun, belediyeler arasında büyüklük küçüklük ayırımı yapmadan, hepsini eş düzeyde düzenlemektedir⁹. Bir başka deyişle, İstanbul Büyükşehir Belediyesi ile Şırnak il sınırları içinde yer alan Görümlü Belediyesi, 1580 sayılı Kanun açısından eşittir. İkisi de kuruldukları beldede yaşayan insanların mahalli müşterek kamusal ihtiyaçlarını karşılamak için kamu hizmeti yürütürler.

Elbette her belediyenin hizmet sunduğu coğrafi alan ve insan sayısı, yaptığı ve kullandığı bütçe miktarı, gereksinim duyduğu araç-gereç ve malvarlığıyla, personel sayısı; diğerlerinden farklıdır. Bu farklılıktan kaynaklanan çeşitli zorluklar kentsel ya da yerel kamu hizmetlerinin yürütülmesini olumsuz yönde etkilemiş, çeşitli idari, hukuki ve hatta sosyal sıkıntılara neden olmuştur. Bunları gören Anayasa koyucu, Anayasa'nın 127. maddesinin II. fıkrasının son cümlesinde, "büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim birimlerinin

⁹ Çevikbaş, Rafet, "Yerel Yönetimler, İşlevi ve Türkiye'deki Durumu", T.İ.D., Y. 67, Haziran 1995, S. 407, s. 89.

*Dişarbakur'daki İlçemiz İlçe Belediyeleri ya da Alt Kademe Belediyeleri**

kanunla getirilebileceği"ni hüküm altına almıştır. Çünkü bizim büyük yerleşim merkezlerimizdeki belediyelerimizin hizmet sunduğu nüfus sayısı ve coğrafi alan, birçok devletten daha büyüktür. Fakat bu büyüklük veya küçüklüklerin 1580 sayılı Kanun açısından bir önemi yoktur.

2. 3030 Sayılı Kanun'daki Düzenleme

1580 sayılı Kanun, genel olarak bütün belediyeleri düzenlemesine rağmen, 3030 sayılı Kanun, sadece büyükşehir belediyeleri ile bu belediyelerin sınırları içinde yer alan veya yeni oluşturulan ilçelerde zorunlu olarak kurulan ve adına ilçe belediyesi denen belediyeleri düzenlemektedir. Bu yönüyle, 1580 sayılı Kanun, belediyeler hakkında genel, 3030 sayılı Kanun ise özel nitelikte bir Kanundur.

3030. sayılı Kanun, büyükşehir belediyeleriyle ilçe belediyelerini eş statüde görmüyor. Söz konusu Kanun, büyükşehir belediyelerine, ilçe belediyeleri üzerinde Sayın Prof. Dr. İlhan Özyay'ın "diş idari denetim¹⁰", Sayın Prof. Dr. Sait Güran'ın ise "iç idari vesayet¹¹" dediği bir tür idari vesayet yetkisi tanımaktadır.

3. 504 Sayılı K.H.K.'deki Düzenleme

504 sayılı K.H.K., her ne kadar organik açıdan bir K.H.K. ise de maddi açıdan bir koşul işlemdir. Çünkü 1. maddesinde saydığı il merkezlerindeki belediyeleri klasik belediye statüsünden çıkarıp büyükşehir statüsüne sokmuştur. Bu yönüyle daha önce Adana, Bursa, Gaziantep ve Konya il merkezlerindeki belediyeleri büyükşehir belediyesi konumuna getiren 3306 sayılı Kanun¹², 3391, 3398 ve 3399 sayılı Kanunlara¹³ benzemektedir. Ancak, bu kanunlardan bir farkı vardır: Bu fark, K.H.K.'nin 1. maddesinin II. fıkrasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu fıkraya göre, K.H.K. kapsamında kurulan büyükşehir belediyeleri içinde ilçe teşkilatı kurulmayacaktır. Bunun yerine, sadece "alt kademe belediyeleri" denen ilçe belediyeleri kurulacaktır. 504 sayılı K.H.K. bu yönüyle 3030 sayılı kanuna göre özel, 1580 sayılı kanuna göre ise özeline de özeli hükümler içermektedir.

II. BÜYÜKŞEHİR BELEDİYELERİ KURULMASI

A. KULLANILAN ÖLÇÜTLER

Herhangi bir yerleşim merkezinde büyükşehir belediyesi kurulması için üç önemli ölçüt kullanılmaktadır:

¹⁰ Özyay, İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 169.

¹¹ Güran, Sait, "Büyük Şehir Yönetimi Üzerine", İ.H.İ.D, Y. 4, S. 1-3, 1983, s. 53.

¹² R.G. T. 19-5-1986, S. 19139.

¹³ R.G. T. 27-5-1986, S. 19147.

1. Nüfus Ölçütü

Bu ölçüte göre belli bir nüfus miktarına ulaşan yerlerde büyükşehir belediyesi kurulmalıdır. Ancak, nüfus ölçütünün rakamsal boyutunun ne olması gerektiği konusunda fikir birliği yoktur. Amerika Birleşik Devletleri'nde, standart büyükşehir alanı olarak kabul edilen bölgeler için yapılan istatistiklerde, nüfus 50000 olarak belirlenmiştir¹⁴. Bu rakamların belirlenmesi İngiltere'de¹⁵ olduğu gibi, kanunla da olabilir, uygulamaya da bırakılmış olabilir.

Ancak nüfus ölçütü tek başına yeterli bir ölçüt olmadığı için, miktarı yasalarla belirlemek yerine uygulamaya bırakmak daha yerinde olur. Bu bir anlamda nüfus ölçütünden vazgeçmek anlamına da gelmektedir.

2. Büyükşehir Karakteri Ölçütü

Bir kentte büyükşehir belediyesi veya yönetiminin kurulabilmesi için, belli bir nüfusa erişmiş olması tek başına yeterli olmaz. Bunun yanında bir takım özelliklere de sahip olması gerekmektedir. Bu özellikler o kentin "büyükşehir karakterini" ortaya koyar. Büyükşehir karakteri taşıyan kentlerde, büyük ölçüde ticari, mali, ekonomik, endüstriyel, teknik, sosyal, kültürel ve idari açıdan bir gelişmişlik gözlenir. Büyükşehirler hem ekonomik, hem de kültürel ve siyasal güç merkezi olma özelliklerine sahiptirler¹⁶.

Ancak, bu ölçüt de bir kentin büyükşehir belediyesi statüsüne kavuşması için siyasal iradeyi harekete geçirememektedir. Nitekim yukarıdaki iki ölçüte de uyan birçok kent, bugün büyükşehir statüsünde değildir.

3. Merkezde Birden Fazla İlçe Bulunması Ölçütü

Gerçekten yukarıdaki iki ölçüt de uygulamada yetersiz kalmıştır. Bunun yerine, yukarıdaki ölçütlere uymakla birlikte, birden fazla ilçe bulunan veya birden fazla ilçe kurulması mümkün olan il merkezlerine de gerek vardır. Nitekim, 3030 Sayılı Kanun¹⁷, bu ölçütü benimsemiştir. Kanun'un tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde büyükşehir; "belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan şehirler" olarak tanımlanmıştır. Aynı kanunun uygulanması ile ilgili İçişleri Bakanlığı'nın yapmış olduğu yönetmelik¹⁸ ise, bu tanıma "merkez ilçe" sözcük öbeğini de ekleyerek, kanun koyucunun bu son ölçütü benimsediğini ortaya koymuştur.

¹⁴ Bollens, John C.-Schmand, Henry J. "Amerika Birleşik Devletleri'nde Metropolitan Alanlardaki Mahalli İdareler" Çev. Zaim, Orhan, T.İ.D., S. 324, 1970, s. 103.

¹⁵ Akyılmaz, Bahtiyar. "Büyükşehir Belediyelerinin Kurulması" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, Ocak- Haziran 1988, S. 1, s. 129.

¹⁶ ibid., s. 130.

¹⁷ Resmi Gazete, T. 9-7-1984, S. 18453.

¹⁸ Resmi Gazete, T. 12-12-1984, S. 18603.

B. ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mukayeseli hukuk için olmasa bile, Türk İdare Hukuku açısından bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür: Buna göre yukarıdaki ölçütlerden sadece birini veya ikisini dikkate alarak belirli bir sonuca ulaşamaz. Bunun yerine bütün ölçütlerin bir bileşkesini bulup ona göre bir büyükşehir tanımı yaptıktan sonra büyükşehir teşkilatları kurulmalıdır. Buna göre; nüfus, ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan belirli bir büyüklüğe ulaşmış, merkezinde birden fazla ilçe örgütü ve belediyesi bulunan ya da merkezinde birden fazla ilçe örgütü ve belediyesi kurulması mümkün olan il merkezlerinde, coğrafi sınırı il merkeziyle aynı olan ve ilçe belediyeleri üzerinde bir takım idari yetkileri olan büyükşehir belediyeleri kurulabilir.

C. BÜYÜKŞEHİR BELEDİYELERİNİN KURULUŞ NEDENLERİ

Büyükşehir belediyelerinin kuruluş nedenlerini üç ana grupta toplamak mümkündür:

1- Hızlı nüfus artışı ve ekonomik faaliyetlerin belirli merkezlerde toplanması, şehirleşmenin temel özelliklerinden birisidir. Şehirleşmenin bu özelliği, büyük yerleşim birimlerinin çevresinde merkez şehrin uzantısı durumunda daha küçük yerleşim birimleri oluşmaya başlamasına neden olmuştur¹⁹. Ancak bu küçük yerleşim birimleri ne merkez konumundaki şehirlerin sundukları hizmetlerden yeterince yararlanabilmiştir, ne yararlandıkları hizmetlerin karşılığını ödemeye zorlanabilmişlerdir. Bunun sonucu olarak, kentsel kamu hizmetlerinin eksik sunulmasından dolayı, çeşitli toplumsal sıkıntılar yaşanmıştır. Çünkü kentsel kamu hizmetlerinin birden çok belediye tarafından sunulması, merkezdeki belediye ile ekonomik ve fiziksel yönlerden adeta bütünleşmiş olan bu çevre belediyelerde kaynak savurganlığına yol açmış ve Anayasa'nın 123. maddesine "kuruluş ve görevleriyle" bir bütün olarak ortaya konan idarenin bütünlüğü ilkesine ters sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur²⁰.

2- Öte yandan büyük yerleşim birimlerinde, bütün kentsel kamu hizmetlerinin yürütülmesinde de büyük güçlüklerle karşı karşıya gelinmiştir. Halbuki kamu hizmetleri, ister ulusal seviyede, ister bölgesel seviyede, ister kentsel veya yerel seviyede olsun; sürekli ve kesintisiz olmalıdır. Söz konusu hizmetlerin görülmesini aksatan ve geciktiren bu güçlüklerin giderek artması, büyükşehir ölçeğindeki hizmetlerin bir bütün olarak yerel olanlardan ayrılmasını ve büyükşehirle ilişkin olanların büyükşehir belediyelerince yürütülmesini zorunlu kılmıştır²¹.

3- Üçüncü olarak, büyükşehirler büyükşehir olma karakterini ya da niteliklerini kendi tüzel kişiliklerinin veya hemşehrilerinin iradeleriyle elde etmemişlerdir. Devletin siyasi organlarının uyguladığı ekonomik ve sosyal poli-

¹⁹ Akyılmaz, a.g.m. s. 130

²⁰ Keleş, Ruşen, "Türkiye'de Anakent Yönetimi", A.İ.D., C. 18, S. 2, s. 70.

²¹ Sencer, Muzaffer, "Son Düzenlemelere Göre Türkiye'de Taşra Yönetimi ve Yerel Yönetimler", A.İ.D., C. 18, S. 1, s. 37.

tikalar onları bu konuma getirmiştir. Dengesiz bölgesel kalkınma politikaları²² ile çok büyük kentlerin varlığı bu tür politikalarla yakından ilgilidir. Çünkü bu tür politikalar, büyük kentlerin daha da büyümesine yol açmaktadırlar²³.

D. BÜYÜKŞEHİR UYGULAMASININ GETİRDİĞİ KAMUSAL FAYDALAR

Büyükşehir belediyelerinin, gerek doğal olarak büyümüş olan, gerek uygulanan çeşitli sosyal ve ekonomik politikalarla şişirilmiş ve adeta koskoca köyler durumuna getirilmiş bulunan büyük kentlerin; bütün dertlerine çare olacağını düşünmek elbette yanlıştır. Ancak bü-yükşehir uygulaması içinde, ilgili kente ait belediye hizmetlerinin ikili düzeyde (büyükşehir ve ilçe belediyeleri düzeyinde) bölüştürmek yönetimde etkinliği artırabilir²⁴.

Diğer yandan yurttaşların yönetime katılmasını özendirmesi ve artırması da söz konusu olabilir. Büyükşehirle ilişkin yasal düzenlemeler, geniş çaptaki vatandaş kitlesine yaşadığı beldenin belediye başkanını seçmek, belediye meclisine üye olarak katılmak, birçok küçük çaptaki yerel hizmetin görülmesini, büyükşehir belediyesine ya da merkezi idareye başvurmadan gerçekleştirme imkanı vermektedir.

III. 504 SAYILI K.H.K.'NİN ANAYASAL KONUMU

A. YETKİ KANUNU'NUN DURUMU

Diyarbakır'da Büyükşehir belediyesinin kurulmasının yasal dayanağını, 504 sayılı K.H.K. oluşturmaktadır. Bu K.H.K.'nin çıkmasını sağlayan yetki kanunu ise, 3911 sayılı Kanun'dur²⁵. Bu kanunun gerek amaç başlığını taşıyan 1. maddesi, gerek kapsam başlığını taşıyan 2. maddesi, büyükşehir belediyelerinin kurulması için yetki verildiğinden hiç söz etmemektedir. Bunun yerine 1. maddede; "... Yürütme Organı bünyesindeki kamu kurum ve kuruluşlarının kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin konularda düzenlemede bulunmak, ..." amaç olarak belirlenmiş; "kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin olarak, kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasında bölüşümüne, bağlı ve ilgili kuruluşlar kurulmasına, mevcut kurum ve kuruluşların birleştirilmesine veya kaldırılmasına ... ilişkin kanunlarda yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeler ..." yapmak için, Bakanlar Kurulu'na K.H.K. çıkarma yetkisi vermiştir. 3911 sayılı Kanun'un adı, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Ka-

²² Regional Development Modeling: Teory and Practice, Editors: Albegov, Murat / Anderson, Ake, F./Snickers, Folke, Nort Holland Publishing Cumpnay, Amsterdam, New - York, Oxford, 1982, s. 3; Webb, Richard, "Public Policy and Regional Incomes in Peru" Urbanization and Inequality, The Political Economy of Urban and Rural Development in Latin America, Editors, Wayne, A. Cornelius and Felicity, M. Trueblood, Volume: 5, Latin American Urban Research Sage Publications, Beverly Hills / London, 1975, s.236-237; Polatkan, Tanju, Bölgesel Gelişme ve Politikası, D.P.T. Yayınları, Ankara, 1968, s. 59.

²³ Keleş, "Türkiye'de Anakent Yönetimi", s. 71.

²⁴ Keleş, "Türkiye'de Anakent Yönetimi", s. 82.

²⁵ Resmi Gazete, T. 27-6-1993, S. 21620.

nunlar ile Teşkilat Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu"dur. Bu kanunun, yetki süresi başlığını taşıyan 4. maddesine göre Bakanlar Kurulu bu kanuna dayanarak bir yıl süre ile K.H.K. çıkarabilir.

Kanun için açılan iptal davasında verilen Anayasa Mahkemesi kararı şu şekilde özetlenebilir: "K.H.K. uygulamasının yaygınlaştırılması, kullanma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması, hemen her konuda K.H.K.'lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik koşuluna uyulmaması, yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece, üç kamu erki arasında denge bozulur; Yürütme Organı Yasama Organının yetkilerine el atmış olur ve ona karşı üstün bir konuma gelir....²⁶ Ayrıca, 3911 sayılı Kanun'un kendisine dayanılarak çıkarılacak K.H.K.'lerin kapsamını bu denli geniş tutması aslında bir yetki verme değil, yetki devretmedir. Halbuki, ... Anayasa'nın 87. ve 91. maddelerinde ... yetkinin devrinden değil verilmesinden söz edilmektedir. Yetkinin verilmesi ile (yetki) devri(nin), hukuksal sonuçları farklıdır. Devir durumunda yetki devredilene geçer; devredenin o yetkiyi kullanması söz konusu olamaz. Oysa K.H.K. çıkarma yetkisinin verilmesinde yetkiyi veren Yasama Organı yetkiyi kaldırabilir, kapsamına giren konularda kendisi (de) düzenleme yapabilir. ...²⁷ Yüksek Mahkeme, bu gerekçelerle iptal etmiştir²⁸.

Bakanlar Kurulu'nun, 504 sayılı K.H.K.'yi çıkarmak için kendini muhtemelen yetkili saydığı hüküm; 3911 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (b) bendidir. Halbuki yukarıda sayışı ve tarihi verilen karara göre; bu bent ile verilen yetkinin kapsamına "... özel hukuk hükümlerine göre yönetilen kamu kurum ve kuruluşları ..." girmektedir²⁹. Pozitif hukukta kamu kurum ve kuruluşu terimleri sık sık birbirlerinin yerlerine kullanılsa da, İdare Hukuku doktrininde kurum terimiyle tüzel kişiliğe sahip idari teşkilat birimleri, kuruluş terimiyle de tüzel kişiliğe sahip olmayan idari teşkilat birimleri kastedilmektedir³⁰. Bu anlamda bütün yerel yönetimler³¹ gibi, büyükşehir belediyeleri de kurumdur. Ancak, yine İdare Hukuku doktrininde belediyelerin hepsi kamu idareleri kategorisinde ele alınır ve kamu kurumları tamamen farklı bir idari teşkilat kategorisini ifade eder. Fakat, gerek kanun tasarısının genel gerekçesinde, gerek ilgili maddelerinin gerekçelerinde; "...bağlı kuruluşlar kurulması ...", "...kamu kurum ve kuruluşlarının kurulması ..." gibi muğlak ya da bulanık ifadeler kullanılmıştır³². Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği metinden ise, söz konusu yetki kanunun kapsamına K.İ.T.'lerin gireceği anlaşılmaktadır³³. Bunun yanında Parlamentodaki kanunun tümü ve maddeleri üzerinde yapılan görüşmelerde de, bu yetki kanunuyla büyükşehir belediyelerinin kurulmasına

²⁶ T. 16-9-1993, E. 1993/26, K. 1993/28; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 331.

²⁷ ibid., s. 330.

²⁸ ibid., s. 320.

²⁹ ibid., s. 334.

³⁰ Özay, a.g.e.s. 151.

³¹ Clarke, a.g.e., s. 81.

³² T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Y. 1993. C. 37, 15. Dönem, B. 116, O.3, s. 201'den sonra başlayan seri sayfalardan 1. ve 2. sayfa).

³³ T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Y. 1993. C. 37, 15. Dönem, B. 116, O.3, s. 201'den sonra başlayan seri sayfalardan 9. sayfa).

dair yetki verileceğine ilişkin en ufak bir işaret yoktur³⁴. Ayrıca, konu pozitif hukuk açısından -özellikle Anayasa'mızın 127. maddesi açısından- ele alındığında, belediyeler ne kamu kurumudur ne de kamu kuruluşudur; doğrudan doğruya mahalli idarelerdir.

B. 504 SAYILI K.H.K.'NİN ANAYASAL DURUMU

3911 sayılı Kanun'da ne genel olarak yerel yönetimlere ilişkin kanunlarda, ne belediyelere ilişkin kanunlarda, ne de özellikle 3030 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması ya da yeni düzenlemelere gidilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu'na yetki verildiğine dair bir hüküm vardır. Aksine bu konularda hiçbir hüküm sevk etmemiştir. Bu durum karşısında 504 sayılı K.H.K.'nin yasal dayanağı 3911 sayılı Kanun olamaz. Başka bir deyişle, 504 sayılı K.H.K., 3911 sayılı Kanunun kapsamı dışındadır.

504 sayılı K.H.K., Anayasa'nın 122. maddesi kapsamında çıkarılan bir K.H.K. olmadığına göre, mutlaka bir yetki kanununa ihtiyaç vardı. Böyle bir yetki kanunu olmadığı için, -başka bir deyişle yetki kanunu olarak gösterilen 3911 sayılı Kanun'da yeni büyükşehir belediyelerinin kurulması için Bakanlar Kurulu'na K.H.K. çıkarma yetkisi verilmediği için- 504 sayılı K.H.K. idare hukuku açısından işlev gasbıyla sakattır. K.H.K.'ler Meclis tarafından onaylanıncaya kadar, gerek organik gerek işlevsel açıdan idari bir işlemdir. Ancak, tüzük ve benzeri idari işlemlerden oldukça farklı, sui generis bir idari işlemdir³⁵. Bundan dolayı da yargısal denetimi, Danıştay tarafından değil, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Eğer 504 sayılı K.H.K., Bakanlar Kurulu'nun yaptığı başka bir idari işlem (örneğin tüzük) olsaydı ve aynı hükümleri içerseydi; bunun yargısal denetimini Anayasa Mahkemesi değil de bir idari yargı yeri olan Danıştay yapacaktı ve söz konusu idari işlemin, -işlev gasbıyla sakat olduğu için- yok hükmünde olduğuna karar verecekti. Çünkü Bakanlar Kurulu, Yasama Organının işlevini gasp etmiştir³⁶. Anayasa'nın 127. maddesinin II. fıkrasının son cümlesine göre, büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimlerinin kurulması için kanun gerekmektedir. Başka bir deyişle, büyükşehir belediyelerinin kurulması, Yasama Organının işlevleri arasındadır ve bu konunun kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Kanunla düzenlenmesi gereken konuların -herhangi bir yetki kanununa dayanmayan veya yetki kanununun kapsamı dışında kalan- K.H.K.'lerle düzenlenmesi, onları iptale mahkum etmekte ve bunları yoklukla sakat kılmaktadır³⁷. Ancak, Anayasa'nın 153. maddesinin III. fıkrası gereğince, Anayasa Mahkemesi'nin kararları açıklayıcı değil kurucu niteliktedir, kural olarak Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra hüküm ifade eder ve bu kararlar

³⁴ T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Y. 1993. C. 37, 15. Dönem, B. 116, O.3, s. 129-201.

³⁵ Kuzu, Burhan, "Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Niteliği, Tabi Olacakları Rejim ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri", İ.H.İ.D., Y. 4, S. 1-3, 1983, s. 87.

³⁶ Güran, a.g.m., s. 55.

³⁷ Üskül, Zafer, "Türkiye'de Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi", Tarık Zafer Tuna'ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1992, s. 315.

geriye de yürümez. Bunun için, 504 sayılı K.H.K.'nin yoklukla sakat olmasının pek fazla önemi yoktur. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'ne göre "... bir yetki yasasına dayanmadan çıkarılan, yetki yasasının kapsamı dışında kalan, dayandığı yetki yasasının Anayasaya aykırılığı saptanan ya da Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen K.H.K.'lerin Anayasal konumları birbirinden farksızdır"³⁸.

Herhangi bir K.H.K. çıkarıldıktan sonra, yetki kanunu Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse ne olur? Bir başka deyişle, K.H.K. sırf yetki kanunu Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi diye kendiliğinden Anayasa'ya aykırı mı olur? Bu sorunun sorulmasının nedeni, 504 sayılı K.H.K. çıkarılıp Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra, görünürdeki yasal dayanağını oluşturan 3911 sayılı Yetki Kanunu'nun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesidir. Anayasa'nın 148. maddesinde K.H.K.'lerin, yalnızca şekil ve esas bakımlarından Anayasa'ya uygunluğunun denetleneceğinden söz ediliyor; ayrıca yetki kanununa uygunluğunun denetleneceğinden söz edilmiyor³⁹. Özbudun'a göre, Anayasa, Bakanlar Kurulu'na ancak yetki kanunu çerçevesinde K.H.K. çıkarma yetkisi vermiştir. Bu yetkinin dışına çıkılması K.H.K.'yi sakatlar ve Anayasa Mahkemesi'nce iptalini mümkün kılar⁴⁰. Ayrıca, Anayasa'ya aykırı bir yetki kanununa dayanılarak çıkarılan bir K.H.K.'nin kendisi içerik yönünden Anayasa'ya uygun olsa bile Anayasa'ya aykırı sayılması gerekir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi, 388 sayılı K.H.K.'nin iptali için açılan davada⁴² "...yetki kanununun iptalinin buna dayanan K.H.K.'lerin de mutlaka iptalini gerektirmediğini" benimsemişti. Fakat daha sonraki kararlarında bu içtihadını değiştirmiştir. Bu içtihat değişikliğine, 418 sayılı K.H.K.'yi iptal eden kararla gitmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında, "... 418 sayılı K.H.K.'nin dayandığı 3479 sayılı ...(yetki) Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi'nin 1-2-1990 günlü, Esas:1988/64, Karar:1990/2 sayılı kararıyla iptal edilmiş olması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline ... oyçokluğuyla" karar vererek gitmiştir⁴³. Aynı şekilde ve aynı gerekçeyle, 3911 sayılı yetki kanununa dayanılarak çıkarılan 36 tane K.H.K.'nin 18 tanesi iptal edilmiş⁴⁴, yine aynı yetki kanununa

³⁸ T. 8-7-1994, E. 1994/53, K. 1994/48; R.G., T. 28-7-1994, S. 22004, s. 24-26

³⁹ Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 1996, s. 32.

⁴⁰ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1990, s. 213.

⁴¹ Özbudun, Ergun, "Anayasal Açından Kanun Hükmünde Kararnameler", *Anayasa Yargısı*, C. 2, Ankara, 1986, s. 231.

⁴² T. 16-7-1990, E. 1990/1, K. 1990/21; R.G., T. 16-7-1991, S. 20931, s. 14

⁴³ T. 5-2-1992, E. 1990/22, K. 1992/6; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 96.

⁴⁴ İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları: 520 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/35, K. 1993/34; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 411. 524 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/36, K. 1993/35; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 440. 501 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/32, K. 1993/32; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 360. 493 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/38, K. 1993/36; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 459. 502 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/39, K. 1993/37; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 490. 508 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/40, K. 1993/38; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 527. 514 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/41, K. 1993/39; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 560. 509 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/33, K. 1993/40-2;

dayanılarak çıkarılan 513 sayılı K.H.K. için açılan iptal davası da süreden reddedilmiştir⁴⁵. Yüksek Mahkeme, içtihadındaki bu kararlı tutumunu, 433 sayılı K.H.K.'nin (A) bölümündeki hükümlerini,⁴⁶ 529 sayılı K.H.K.'yi⁴⁷, 530 sayılı K.H.K.'yi⁴⁸, 531 sayılı K.H.K.'yi⁴⁹, 532 sayılı K.H.K.'yi⁵⁰, 533 sayılı K.H.K.'yi⁵¹, 534 sayılı K.H.K.'yi⁵², 535 sayılı K.H.K.'yi⁵³, 536 sayılı K.H.K.'yi⁵⁴ ve 546 sayılı K.H.K.'yi⁵⁵ iptal ederken de göstermiştir.

Yüksek Mahkeme'nin içtihadını bu yönde değiştirmesi ve bu değişiklikte karar kılması, hukuk devleti ilkesinin yerleşmesi açısından son derece önemlidir. Çünkü aksi halde hiç ilgisi olmayan yetki kanunlarına dayanılarak çıkarılan K.H.K.'lerle, Parlatentonun yasama işlevi Yürütme Organı tarafından sürekli bir biçimde gasp edilebilirdi.

C. 504 SAYILI K.H.K.'DEKİ ANAYASAYA AYKIRILIĞIN GİDERİLMESİ

Anayasamıza ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Kanunu'na göre, Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmaya yetkili makamlar ve dava açma süresi açık bir biçimde belirtilmiştir. İptal davası Anayasamızın 150. maddesine⁵⁶ göre, ancak Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ve TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tarafından açılabilir ve

A.Y.M.K.D., S 29, C. 1. s. 589. 503 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 6-10-1993, E. 1993/34, K. 1993/33; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 386. 517 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 26-11-1993, E. 1993/52, K. 1993/54; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 882. 519 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/51, K. 1993/53; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 858. 512 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/46, K. 1993/48; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 716. 511 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/50, K. 1993/52; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 836. 521 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/48, K. 1993/46; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 777. 516 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/47, K. 1993/49; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 755. 510 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/45, K. 1993/47; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 685. 518 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/49, K. 1993/51; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 806. 515 sayılı K.H.K.'yi iptal eden T. 25-11-1993, E. 1993/43, K. 1993/46; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 644.

⁴⁵ T. 25-11-1993, E. 1993/44, K. 1993/45; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 2. s. 627.

⁴⁶ T. 5-5-1992, E. 1992/33, K. 1992/32; A.Y.M.K.D., S. 29, C. 1. s. 110.

⁴⁷ T. 8-7-1994, E. 1994/55, K. 1994/50; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 1. s. 411.

⁴⁸ T. 21-7-1994, E. 1994/63, K. 1994/60-2; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 1. s. 619.

⁴⁹ T. 21-7-1994, E. 1994/64, K. 1994/61-2; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 2. s. 650.

⁵⁰ T. 21-7-1994, E. 1994/65, K. 1994/62; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 2. s. 670.

⁵¹ T. 8-7-1994, E. 1994/54, K. 1994/49; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 2. s. 346.

⁵² T. 8-7-1994, E. 1994/56, K. 1994/57; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 1. s. 466.

⁵³ T. 8-7-1994, E. 1994/57, K. 1994/52; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 1. s. 526.

⁵⁴ T. 8-7-1994, E. 1994/58, K. 1994/58; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 1. s. 574.

⁵⁵ T. 21-7-1994, E. 1994/67, K. 1994/64-2; A.Y.M.K.D., S. 30, C. 2. s. 719.

⁵⁶ Madde 150. - Kanunların kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanı'na, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan kullanır.

*Diyarbakır'daki İlçesiz İlçe Belediyeleri ya da Altı Kademe Belediyeleri**

dava açma süresi altmış gündür⁵⁷. Anayasa Mahkemesi'nin kendiliğinden yargısal denetim yapma yetkisi yoktur. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma yetkisi siyasi niteliği olan makamlara ya da mercilere tanınmıştır. Bu durum karşısında, Anayasa yargısında herhangi bir kanun ya da K.H.K.'nin Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren altmış gün içinde iptal davasına konu olabilmesi için, sadece Anayasa'ya aykırı olması yetmez. Yetkili mercilerce bir iptal davasının açılmasına da gerek vardır. Ancak iptal davası açmak, bu yetkinin verildiği makam ya da mercilerde bulunan kişilerin siyasal çıkarlarına da en azından aykırı olmaması gerekmektedir. Eğer onların siyasal çıkarlarına aykırı olursa iptal davası açmazlar. Bunun sonucu olarak da Anayasa'ya aykırı kanun ya da K.H.K. hukuk sahnesinde yürürlükte kalır.

504 sayılı K.H.K., 1994 genel yerel seçimlerinin arifesinde çıkarılmış ve yürürlüğe konmuştur. Hükümeti oluşturan iktidar partilerinin böyle bir dava açması düşünülemez. Çünkü 504 sayılı KHK, kendilerinin iradesiyle hukuk dünyasına çıkmıştır. Başka bir deyişle kendilerinin eseridir. Cumhurbaşkanı'nın hangi saikle hareket ederek bu davayı açmadığı hiç belli değildir. Ancak, dönemin ana muhalefet partisi ve en azından TBMM üyelerinin beşte biri, söz konusu iptal davasını açmayı siyasal çıkarıyla bağdaşmaz bulmuşlardır. Bunun en başta gelen nedeni, seçmeni küstürme endişesidir. Çünkü, başta Diyarbakır olmak üzere, K.H.K.'nin kapsamına giren diğer illerin hemşehrileri ya da seçmenleri, şehirlerini büyükşehir statüsünde görme arzusundaydılar. Eğer 504 sayılı K.H.K.'nin iptali için dava açarlarsa, zamanın iktidar partilerinin, "muhalefetin söz konusu şehirlerde büyükşehir belediyelerinin kurulmasına karşı olduğu ..." tarzında seçim propagandası yapması kuvvetle muhtemeldi. Bu da muhalefetin yerel seçimleri kaybetmesine davetiye çıkarmaktı. Bundan dolayı da 3911 sayılı yetki kanununa dayanılarak çıkarılan diğer 19 K.H.K. hakkında iptal davası açan ve 18 tanesini iptal ettiren ana muhalefet partisi veya TBMM'nin en az beşte bir üyesi, 504 sayılı K.H.K.'nin iptali için dava açmamışlardır.

Herkesin bildiği gibi, iptal davası açma süresi geçirilmiştir. Dava açma süresi geçirilince 504 sayılı K.H.K. kendiliğinden Anayasa'ya uygun hale mi geldi? Bu soruya verilecek cevap "hayır"dır. Fakat, 504 sayılı K.H.K.'ni Anayasa'ya aykırılığı artık iki yolla giderilebilir: Bu yollar, itiraz ve yasama organının devreye girmesidir.

1. İtiraz

Anayasa'mız her ne kadar iptal davası açma yetkisini ve dava açma süresini kısıtlamışsa da görülmekte olan her hangi bir davada davaya uygulanacak kanun ya da K.H.K.'nin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin itirazı, 152.

⁵⁷ Madde 151.- Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname veya içtüzüğün Resmi Gazete'de yayınlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.

maddesiyle davanın taraflarına ve davaya bakan mahkemeye tanımıştır. İtiraza, doktrinde "somut norm denetimi"⁵⁸ de denmektedir. Anayasamıza göre bu yola başvurulabilmesi için gerekli şartlar şunlardır: Bakılmakta olan bir davanın varlığı; bu davaya bakılmakta olan merciin bir mahkeme niteliğinde olması; itiraza konu olacak kanun ya da K.H.K. hükmünün o davada uygulanacak norm olması; dava mahkemesinin söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığı kanısına kendiliğinden varması ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının "ciddi" olduğu kanısına varması.

Bu duruma göre, şayet herhangi bir mahkemede dava açılırsa, bu davada 504 sayılı K.H.K.'nin hükümlerine göre karar verilmesi gerekecek ise ve taraflardan birisi 504. sayılı K.H.K.'nin hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasında bulunursa, ya da mahkeme kendiliğinden bu kanıya varırsa ve konuyu Anayasa Mahkemesi'ne gönderirse; 504. sayılı K.H.K.'yi Anayasa Mahkemesi iptal edebilecektir.

2. 504 Sayılı K.H.K.'nin Yerine Yeni Bir Kanun

Aslında, büyük yerleşim merkezlerinde büyükşehir ve ilçe belediyeleri kurma görevi, TBMM'nin görevidir ve kanunla kurulur. Ancak, büyükşehir belediyeleri ve ilçe belediyelerinin nasıl kurulacağı, organlarının ve görevlerinin neler olacağı, büyükşehir ile ilçe belediyeleri arasındaki hukuki ve idari ilişkilerin nasıl olması gerektiği ... vs.; Yasama Organının daha önce yapmış olduğu ve genel düzenleyici işlem niteliğindeki 3030 sayılı Kanun'a tabidir. Bu kanun çıktıktan sonra, yeni büyükşehir ve ilçe belediyeleri kurulurken yapılması gereken, organik açıdan yasama işlemi, fakat işlevsel açıdan koşul işlem niteliğinde kanunlar çıkarmaktır. Nitekim 3030 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra Adana⁵⁹, Bursa⁶⁰, Gaziantep⁶¹ ve Konya'da⁶² kurulan büyükşehir ve ilçe belediyeleri bu tür kanunlarla kurulmuştur. Ayrıca, söz konusu kanunlar, adı geçen il merkezlerinde merkezi idarenin taşra teşkilatının ikinci basamağı olan ilçe teşkilatları da kurmuşlardır.

504 sayılı K.H.K.'nin kapsamına giren il merkezlerinde büyükşehir belediyesi kurmak için K.H.K. çıkarmaya hiç gerek yoktu. Çünkü K.H.K. için mutlaka bir yetki kanununa gereksinim vardır. İşlevsel açıdan koşul işlem niteliğinde kuruluş kanunu çıkarmak, Yasama Organı için yetki kanunu çıkarmaya göre hem daha pratikti, hem de daha az zaman alırdı. Yetki kanunu çıkarmak daha zordur.

Yasama Organı, onaylanmak için önüne gelen K.H.K.'leri olduğu gibi onaylama yetkisine sahip olduğu gibi; değiştirerek onaylama yetkisine de sahiptir. Şayet 504 sayılı K.H.K. itiraz yoluyla iptal edilmeden önce onaylanmak için TBMM'nin genel kuruluna gelirse, Yasama Organı, söz konusu

⁵⁸ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 386.

⁵⁹ 3306 Sayılı Kanun; R.G. T. 19-5-1986, S. 19139.

⁶⁰ 3391 Sayılı Kanun; R.G. T. 27-5-1986, S. 19147.

⁶¹ 3398 Sayılı Kanun; ibid.

⁶² 3399 Sayılı Kanun; ibid.

K.H.K.'nin bir yandan öncelikle Anayasa'ya aykırılıklarını gidermeli, sonra da bu il merkezlerinde kurulan ilçe belediye örgütlerine paralel ve bu ilçe belediyeleriyle aynı adı taşıyan ilçeleri kurmalıdır. Çünkü küçük illerde vâlilerin merkez ilçenin idâresinden sorumlu olması, kamu hizmetlerinin ekonomik sunulması açısından yerindedir. Ancak büyükşehirlerde durum tersinedir. Buralarda, vâlilerin sadece ilin genel idâresinden sorumlu olması, 504 sayılı K.H.K.'nin "alt kademe belediyeleri" dediği il merkezindeki idare örgütlerinin kurulduğu yerlerde ilçe genel idaresi diyebileceğimiz kaymakamlık ve buna bağlı mülkî idare birimleri ve adli teşkilatın kurulması, kamu yararının bir gereğidir. Bundan dolayı, 3030 sayılı kanun, bu yönde bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeden ayrılmayı gerektirecek her hangi bir sebep de yoktur.

IV. DİYARBAKIR'DAKİ UYGULAMA

A. İLÇESİZ İLÇE BELEDİYELERİ

Türk pozitif hukukunda büyükşehir belediyelerinin nerelerde kurulabileceği, 3030 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "Belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan şehirler (il merkezleri)" olarak belirlenmiştir. 504 Sayılı K.H.K.'den önceki uygulamalarda ise, büyükşehir belediyeleri kurulan il merkezlerinde, büyükşehir belediyesi ve ilçe belediyeleri birlikte ilçe örgütleri de kurulmuştur. 504 sayılı K.H.K., ilçe belediyelerini "alt kademe belediyeleri" olarak idare hukukumuzda ve idari teşkilat sistemimize aykırı bir biçimde yeniden tanımlamış ve 3030 sayılı Kanun'un getirdiği sistemden ayrılarak ve ilçe teşkilatlarını kurmamıştır. Bunun yerine, söz konusu K.H.K.'nin birinci maddesinin ikinci fıkrası, ilçesiz ilçe belediyeleri kurma yetkisini Bakanlar Kurulu'na vermiştir. Bakanlar Kurulu da 93/5130 sayılı kararıyla⁶³ Diyarbakır il merkezinde; Bağlar, Sur ve Yenişehir Belediyelerini kurmuştur.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 504 sayılı K.H.K. işlevsel açıdan bir koşul işlem olmalı ve 3030 sayılı Kanun'un sistemini değiştirmemeliydi. Şayet 3030 sayılı Kanun'un öngördüğü sistemden ayrılmak gerekiyorsa, bunun mutlaka idare hukukunun kozalist niteliğine uygun bir sebebi olmalı ve amaç kamu yararı olmalıydı.

3030 sayılı Kanun'un sisteminden ayrılmanın iki muhtemel sebebi olabilir. Bu iki sebebin hangisinden yola çıkılırsa çıkılsın; varılmak istenen amaç kamu yararı değil politik amaçlardır.

Bunlardan birincisi; 504 sayılı K.H.K.'nin kapsamına giren il merkezlerinde büyükşehir belediyeleri kurulmasının maddi şartları oluşmaması ihtimalidir. Bu ihtimalde, sadece il adını taşıyan büyükşehir belediyesi ile il merkezindeki ilçe belediyeleri kurulmuş ve merkezi idarenin ilçe teşkilatı kurulmuştur. Eğer bir il merkezinde büyükşehir belediyesinin kurulmasını gerektiren maddi şartlar oluşmamışsa, orada büyükşehir belediyesinin kurulmasının

⁶³ R.G., T. 28-12-1993, S. 21802. s. 9

da amaçlanan; kamu yararı değil, iktidardaki siyasal parti ya da partilerin politik çıkarlarıdır. Söz konusu politik çıkar; populist düşüncelerle hemşehricilik duygusunun sömürülerek seçmenlerin oylarının alınmasından başka bir şey değildir. Bu durumda, yerel kamu hizmetlerinin tek bir belediye örgütüyle yürütülmesi kamu yararı için gerekli ve zorunlu iken yeni belediye örgütleri kurularak kamunun kıt kaynakları israf edilmiş olur.

İkinci ihtimalde ise 504 sayılı K.H.K.'nin kapsamına giren il merkezlerinde büyükşehir belediyeleri kurulmasının maddi şartları oluşmuş olmasıdır. Buna rağmen yeni kurulacak yerel yönetim örgütlenmesine paralel merkezi idarenin taşra teşkilatlanmasına gidilmemiştir. Birinci ihtimalde büyükşehir ve ilçe belediyelerinin kurulması amaç yönünden hukuka aykırı olmasına rağmen bu ihtimalde ilçe teşkilatları kurulmaksızın büyükşehir ve ilçe belediyelerinin kurulması sebep yönünden hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü 504 sayılı K.H.K.'nin alt kademe belediyeleri olarak nitelediği yerel yönetim örgütlerinin kurulduğu beldeler hem nüfus açısından, hem de ekonomik sosyal ve kültürel açıdan birçok ilimizden daha gelişmiş ve daha büyüktür. Bundan dolayı, buralarda kaymakamlık ve merkezi idarenin diğer örgütlerinin kurulmaması, merkezi idarenin üzerine aldığı kamu hizmetlerinin yürütülmesinde aksamalara, hizmetlerin geç işlemesine ve giderek hiç işlememesine neden olmaktadır.

Konuyu Diyarbakır açısından değerlendirdiğimizde, durumu daha net bir biçimde görmek mümkündür. En azından Maliye Bakanlığı'nın taşra teşkilatı olan Diyarbakır il merkezindeki vergi dairelerindeki yığılma, ilçe teşkilatlarının da yeni kurulan belediye örgütlerine paralel olarak kurulması gerektiğini göstermektedir.

B. KAYAPINAR BELDESİ'NİN GARİP DURUMU

Bakanlar Kurulu'nun 93/5130 sayılı kararı, Diyarbakır'daki büyükşehir uygulama alanına, Kayapınar'ı almamıştır. Bunun hukuki ve idari nedenlerini anlamak oldukça güçtür. Çünkü, Kayapınar Belediyesi'yle Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi arasındaki coğrafi sınır, sadece Şanlıurfa yoludur. Ayrıca, Diyarbakır Belediyesi'nin birçok tesisi, Kayapınar Beldesi'nin coğrafi sınırları içinde yer almaktadır. Bundan başka, Kayapınar Beldesi, Diyarbakır İli'nin merkez ilçesi sınırları içindedir. Bundan dolayı da, Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi'ne ait toplu taşıma araçları, bu beldeye kamu hizmeti sunmaktadırlar.

Kayapınar Beldesi, Diyarbakır merkezine gelen göçün büyük bir bölümünü kendisine toplayarak, nüfusunu yüz binin üzerine çıkarmıştır⁶⁴. Zaman zaman, Belediye Başkanının gerek sözlü gerekse yazılı basına verdiği demeçlerden anlaşıldığına göre; belediye para, personel ve ekipman sıkıntısı çekmektedir. Burada ikamet edenlerin büyük bir bölümü, çalışmak için Di-

⁶⁴ "Başkan Kılıç'ın Da Derdi Para", Zaman 2, 10-3-1997, s. 1

Yarbakır Büyükşehir Belediyesi içinde yer alan işyerlerine veya devlet dairelerine gelmektedir. Bir bakıma, burası Diyarbakır'ın banliyösü konumundadır. Bütün bu açıklanan nedenlerden dolayı, Kayapınar Beldesi'nin de, büyükşehir belediyesi uygulama alanına alınarak, ilçe belediyesi konumuna getirilmesi gerekli ve zorunludur.

Tıpkı Diyarbakır merkezinde yer alan Sur, Yenişehir ve Bağlar beldelelerinde gerekli ve zorunlu olduğu gibi; Merkezi idarenin Taşra teşkilatının ikinci kademesini oluşturan ilçenin burada da kurulması gerekli ve zorunludur. Çünkü, Kayapınar Beldesi, ilçe kurmak için başta nüfus olmak üzere bütün ölçütlere sahiptir. Hatta, Diyarbakır'ın diğer ilçelerinden daha kalabalık bir nüfusu vardır. Ayrıca Diyarbakır Organize Sanayi Sitesi de Kayapınar Beldesi sınırları içindedir. Ancak, ilçe kurulması kanunla olduğu için, Yasama Organına görev düşmektedir. Bu, Anayasa'nın emridir.

SONUÇ

504 sayılı K.H.K., Anayasa'ya aykırıdır. Bu aykırılık iki yönlüdür. Bu aykırılığın birinci yönü, yasal dayanak olarak belirtilen 3911 sayılı yetki Kanunu, Bakanlar Kurulu'na Büyükşehir belediyesi kurma yetkisi vermemiştir. İkinci yönü ise, 504 sayılı K.H.K.'nin görünürdeki yasal dayanağı olan 3911 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bundan dolayı, yetkili merciler tarafından süresi içinde Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıydı.

Fakat iptal davası açma süresi geçirilmiştir. Bundan sonra 504 sayılı K.H.K.'nin Anayasa'ya aykırılığının giderilmesinin iki yolu vardır. Bunlardan birincisi; tıpkı iptal davası gibi Anayasa'nın öngörmüş olduğu itiraz yoludur. Bu da bir yargısal denetim yoludur. Bu yol, 504 sayılı K.H.K.'nin hükümlerinin uygulanacağı davanın taraflarının Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunması ve iddiayı mahkemenin ciddi bulması ya da mahkemenin kendiliğinden bu yola başvurması suretiyle işletilebilir.

İkincisi; Yasama Organının vakit geçirmeden 504 sayılı K.H.K.'yi gündemine alıp, Anayasa'ya uygun hale getirecek değişiklikleri yaparak onaylayıp kanun haline getirmesidir. Ancak Parlamento bunu yaparken, 504 sayılı K.H.K.'nin "altı kademe belediyeleri" dediği yerlerde ilçe teşkilatlarını da kurmalıdır. Böylece yerel yönetimlerin üstlendiği kamu hizmetlerine paralel olarak devlet genel idaresinin üstlendiği kamu hizmetleri de aksamadan ve kolaylıkla sunulabilir. Ayrıca, 504 sayılı K.H.K.'nin kapsamına giren büyükşehir belediyelerine bitişik belde belediyeleri de ilçe belediyesi statüsüne kavuşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar. "Büyükşehir Belediyelerinin Kurulması" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Ocak-Haziran 1988.
- "Başkan Kılıç'ın Da Derdi Para", **Zaman** 2, 10.3.1997.
- Bollens, John C. -Schmand, Henry J. "Amerika Birleşik Devletleri'nde Metropolitan Alanlardaki Mahalli İdareler" Çev. Zaim, Orhan, **Türk İdare Dergisi**, S. 324, 1970.
- Brown, L. Neville-Garner, L. L. D. **French Administrative Law**, Third Edition, London, 1983.
- Clarke, John J. **Outlines of Central Government Including the Judicial System of England**, Fourteenth Edition, London, 1965.
- Çevikbaş, Rafet, "Yerel Yönetimler, İşlevi ve Türkiye'deki Durumu", **Türk İdare Dergisi**, Y. 67, Haziran 1995, S. 407.
- Doğan, M. Emin, "Belediyelerin Denetimi", **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C. 5, S. 5.
- Güran, Sait, "Büyükşehir Yönetimi Üzerine", **İ.H.İ.D.**, Y. 4, S. 1-3, 1983.
- Keleş, Ruşen, "Türkiye'de Anakent Yönetimi", **A.İ.D.**, C. 18, S. 2.
- _____, **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, Genişletilmiş İkinci Bası, Cem Yayınları, İstanbul, 1994.
- Kuzu, Burhan, "Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Niteliği Tabi Olacakları Rejim ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri", **İ.H.İ.D.**, Y. 4, S. 1-3, 1983.
- Leemans, A. F., **Changing Patterns of Local Government**, 1970 International Union of Local Authorities, The Hague, Netherlands.
- Polatkan,Tanju, **Bölgesel Gelişme ve Politikası**, D.P.T. Yayınları, Ankara, 1968.
- Regional Development Modeling: Teory and Practice**, Editors: Albegov, Murat / Anderson, Ake, F. / Snickers, Folke, Nort Holland Publishing Cumpany, Amsterdam, New -York, Oxford, 1982.
- Sencer, Muzaffer, "Son Düzenlemelere Göre Türkiye'de Taşra Yönetimi ve Yerel Yönetimler", **A.İ.D.**, C. 18, S. 1.
- Özay, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.
- Özbudun, Ergun, "Anayasal Açıdan Kanun Hükmünde Kararnemeler", **Anayasa Yargısı**, C. 2, Ankara, 1986.
- _____, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1990.
- Üskül, Zafer, "Türkiye'de Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi", **Tarık Zafer Tuna'ya Armağan**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1992.
- Wade, H. W. R., **Administrative Law**, Oxford Press, London, 1961.
- Webb, Richard, "Public Policy and Regional Incames in Peru" **Urbanization and Inequality, The Political Economy of Urban and Rural Development in Latin America**, Editors, Wayne, A. Cornelius and Felicity, M. Trueblood, Volume: 5, Latin American Urban Research Sage Publications, Beverly Hills / London, 1975.

İSLÂM-OSMANLI HUKUKUNDA VASIYETİN ŞEKLİ

Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ*

Giriş

Yukarıdaki başlık, vasiyet işleminin geçerliliğinin bir takım formalitelere bağlı bulunduğu kanaatini vermemelidir. Zira İslam-Osmanlı hukukunda hiç-bir tasarruf, diğer eski ve kökeni bunlara dayanan çağdaş hukuklarda olduğu gibi şekil şartına bağlanmamıştır. Eski hukukun hükümleri insanı başkasının haklarına saygı duyan ve kötü fiillerden kaçınması gereken bir varlık olarak kabul ve uhrevî cezalarla tehdit etmiş olduğundan, beşerî ilişkileri bir takım formalitelere bağlamayı prensip itibarıyla gereksiz görmüştür¹. Vasiyetin şekil şartları denilince kastedilen, akitlerin inikadı, yani geçerli olarak kurulması için gereken ve vasiyet akdinin dört unsurundan biri olan sığa, yani îcap ve kabul beyanlarıdır. Diğerleri mûsî (vasiyet eden), mûsâleh (lehine vasiyette bulunulan) ve mûsâbihtir (vasiyet konusu).

Eski hukukta akdin inikadını, yani geçerli olarak kurulmasını sağlayan irade beyanlarına rûkn denir. Vasiyetin rûknlerinin ne olduğu hususunda iki görüş vardır: Hanefiler sadece sığayı rûkn olarak görürken, diğer üç sünî mezhep mûsî, mûsâleh ve mûsâbihi de birer rûkn olarak buna ilâve ederler. Ancak bu ihtilaf sadece terminolojidedir, pratik bir sonucu yoktur². Akdi meydana getiren tarafların, akit konusu üzerindeki karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarını gösteren araçlar sığadır. Sığa, tarafların iradesini aynen veya mecazen o tasarrufa delâlet ettirecek her söz, işâret veya yazı ile olur. Vasiyet, mûsînin îcabı ve hukukçuların çoğunluğuna göre mûsâlehin kabulü veya reddetmesi ile kurulur³.

A.İcap

1. Açık (Sarahaten) İcap

İcap, genellikle "*malımı felan cihete veya fûlan kimseye vasiyet ettim*" şeklinde bir lafz kullanılarak yapılır. Buna açık (sarahaten) îcap denilmiştir. İcap, lafz ile olabileceği gibi yazı ile, sözgelisi vasiyetnâme, hatta mektup ile de olabilir⁴. Diğer üç sünî mezhepte de, mûsî konuşmaya muktedir bile olsa,

* Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Akil Önder: Vasiyet Hukuku, Ank. 1944, 28.

² Muhammed Mustafa Şelebî: Ahkâmü'l-Vesâyâ ve'l-Evkaf; 4.b, Beynât 1402/1982, 26; Zekiyyüddin Şa'ban/ Ahmed İandur: Ahkâmü't-Vasiyye ve'l-Miras ve'l-Vakf Küveyt 1410/1989, 25-27.

³ Alâüddin Ebu Bekr b. Mes'ud el-Kâsânî: Kitabu Bedâyi'us-Sanâi' fı Tertibî's-Şerâyi', Beyrut 1394/1974, 331.

⁴ Ömer Nasuhi Bilmen: Hukuk-u İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kâmusu, İst.1985, V/138.

vasiyetin kitâbet, yani yazıyla yapılabileceği kabul edilmiştir⁵. Nitekim Abdullah b. Ömer'in rivâyet ettiği ve vasiyetin meşruiyetine delil oluşturan hadîste vasiyetin yazılmasından bahs olunmaktadır⁶. Ayrıca Mecelle'nin 69. maddesine göre, mükâtebe, yani yazı, muhâtaba, yani söz gibidir. Klasik kaynaklarda geçen, vasiyetin şâhîtsiz in'ikad etmeyeceği veya sahih olmayacağı gibi ifadeler, sıhhat değil ispat şartı bakımındandır, yoksa şâhit olmaksızın yapılan sözlü veya yazılı vasiyet her zaman geçerlidir.

1946 tarihli Mısır Vasiyet Kanunu'nun 2. maddesi de vasiyetin ibâre (söz) veya kitâbet (yazı) ve mûsînin bunlardan aczi halinde anlaşılır (müfhem) işâreti ile in'ikad edeceğini hükme bağlamıştır. 1953 tarihli Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'nun 208. ve 1984 tarihinde çıkarılan Kûveyt Ahvâl-i Şahsiye Kanunu'nun 214. maddeleri de aynı şekilde sevk olunmuştur.

2. Delâlet Yoluyla İcâp

İcâbın mutlaka açık bir vasiyet lafzı kullanılarak yapılması şart değildir. Çünkü Mecelle'nin 3. maddesine göre "*akidlerde i'tibar mak-sad ve manâyadır, elfâz ve mebâniye değil*", yani akitlerde söz ve şekle değil, maksat ve ma'nâyâ itibar edilir. Ancak beyanın vasiyet kasdıyla yapılmış olması tabiatıyla şarttır. Örneğin, "*ölümünden sonra malımın üçte birini veya terekemden şu kadar nakit parayı veya eşyayı filan kimseye verin*" veya "*malımdan filan şeyi felan kimseye başısladım*" ya da "*sadaka ettim*" yahut da "*temlik ettim*" gibi sözler delâleten icâp niteliğindedir⁷. Çünkü "*malımın üçte biri*", "*terekem*" gibi tabirlerle ölüme izâfet göze çarpmaktadır. Dolayısıyla mûsînin ölümünden sonra mûsâleh mûsâbihi almak istediği zaman, vasî veya vârisler "*mûsî vasiyet lafzını kullanmamıştır, bu teberru belki bir hibe sayılabilir, ancak teslimden önce ölüm gerçekleştiği için hibe de bâtil, yani geçersiz duruma gelmiştir*" diyerek mûsâbihi temlikten kaçınmazlar.

⁵ Halîl b. İshak el-Cündî: Muhtasarı Halîl fı Fikhi'l-İmam Mâlik, Kâhire 1964, 290; Ebu Abdunahman Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman el-Mağribî el-Hattâb: Me-vâhibü'l-Celîl Şerhi Muhtasan Halîl, Beyrut 1416/1995, VIII/517; Ebu Abdullah Muhammed b. Yûsuf el-Mewâk: et-Tâc ve'l-İklîl Şerhi Muhtasan Halîl, Beyrut 1416/1995, VIII/517; Muhammed eş-Şirbîni el-Hatîb: Muğni'l-Muhtâc, Kâhire 1377/1958, III/53; Mahmud Ali Ahmed İbrâhim: el-Vasiyye ve Ahkâmüha, Kâhire 1410/1990, 57.

⁶ Bu hadîste, malı olup da vasiyetini yazmadan iki gece dahi geçirilmesinin uygun olmadığı bildirilmektedir. Buhârî: Vesâyâ, 1; Müslim: Vesâyâ, 1; Nese'i, Vesâyâ, 5; Tirmizî, Vasiyye, 3; İbn Mâce, Vesâyâ, 2; Malik, Ferâiz, Faslı'1-Vesâyâ, no:734.

⁷ Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali: Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Ğüru'u'l-Ahkâm, Trc: Ahmed b. Ali Ankaravî, Bulak 1258, II/894, Ahmed Tahtâvî: Hâşiye ale'd-Dürri'l-Muhtar, Terceme-i Tahtâvî adıyla trc: Seyyid Abdülhamîd Ayntâbî, İst. 1287, VIII/216; Muhammed Emin İbn Abidin: Reddü'l-Muhtar alâ Dürri'l-Muhtar Şerhu Tenvirü'l-Ebsar, Matbaatü'l-Meymeniyye-Kâhire ty, V/570; Hattâb, VIII/517; İbn Hacer el-Heytemî: Tuhfetü'l-Muhtâc, Kâhire 1315, VII/35.*

3. İşâret Yoluyla İcâp

Dilsiz veya felç gibi bir sebeple dili tutulan kimselerin yazıyla veya ma'hud , yani bilinen işâretleriyle icapta bulunmaları mümkündür. Mecelle'nin 70. maddesine göre "*Dilsizin işâret-i ma'hûdesi lisân ile beyan gibidir*", yani dilsizin bilinen işareti varsa, bu konuşmak yerine geçer. Dili ölmeden açılırsa tekrar vasiyette bulunmadıkça işâretle yaptığı vasiyet hüküm ifade etmez⁸. Çünkü yine Mecelle'nin 24. maddesine göre "*Mâni' zâil oldukda memnu' avdet eder*", yani bir hükmün yerine getirilmesine engel olan özür ortadan kalkınca, yasak geri döner. Dili tutulan veya felçli (meflûc) ya da konuşması ağırlaşan kimse (müteakkilü'l- lisân), dilsiz gibi değildir, vasiyet, nikâh, talâk, bey' ve kısasta işâreti dilsizin hilâfına makbul değildir. Kaldı ki dilsizin bir işâret-i ma'hudesi (bilinen bir işâreti) var ise de dili ağırlaşanın yoktur. Eğer dili ağırlaşanın da dilinin ağırlığı uzamış, işâreti de bilinen (ma'hud) duruma gelmişse, bu şekilde işâreti de İmam-ı A'zam Ebu Hanife'ye göre geçerli bir icap sayılır, fetvâ, yani Hanefî mezhebinin esas görüşü de böyledir. İmam-ı A'zam'a göre bu dil ağırlığı mûsînin ölümüne dek sürmüştü, yapılan icap sahihtir. Bu dil tutukluğunun süresinin genellikle bir yıl olduğunu söyleyen Hanefî hukukçular da vardır. Bir görüşe göre ise, dili ağırlaşan kimsenin vasiyeti, mûsînin dili tutuk olarak ölümüne kadar mevkuf, yani askıdadır, bu tarihten itibaren nâfiz olur, yani yerine getirilebilir⁹. Ancak konuşmaya kudreti varken işâretle vasiyette bulursa, meselâ, vasiyet meâlinde söylenen söze başını sallamak suretiyle "evet" dese sahih olmaz¹⁰.

Dilsiz ile dili ağırlaşan kimsede olduğu gibi târî, yani sonradan ortaya çıkan bir sebeple konuşamayan kimse arasında da fark gözetilen Hanefîlerin dışında kalan hukukçular bu ikisini bir arada ele alırlar¹¹. Nitekim Şâfiî'lere göre, dili ağırlaşan kimseye "*filana şöyle vasiyet ettin mi?*" diye sorsalar o da "evet" ma'nâsında işâret etse veya yazıyla vasiyette bulursa sahihtir¹². Hanbelîlerde, Şâfiîlerden Mervezî'nin de görüşüne paralel olarak, konuşmaya kudreti olanın işâreti sahih olmamakla beraber kitâbetle, yani yazıyla vâsiyeti, bir görüşte, şâhit olmasa da geçerlidir. Dili ağırlaşan kimsenin işâretle vasiyetinin geçerli olduğuna dört mezhep kurucusu ile beraber Sevrî, Evzâ'ı, İbn Ukayl ve İbn Münzir'in de içinde bulunduğu hukukçuların büyük çoğunluğu katılmaktadır. Bunun hilâfına düşünenler ise, dili ağırlaşanın ahras (dilsiz) gibi olmadığını, ölümüne kadar konuşması ihtimalinin bulunduğunu söylerler¹³.

⁸ İbn Abidin, V/577; Bilmen, V/138; Ali Himmet Berki: Vasiyet ve Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Ank. 1961, 8.

⁹ Molla Hüsrev, 11/897-898; İbn Nüceym Zeynelâbidin b. İbrâhim: el-Eşbah ve'n-Nezâir, Kâhire 1387/1968, 295; Tahtâvî, VIII/221,285; İbn Abidin, V/577,645. "Zeyd mariz olup müteakkilü'l-lisan iken işâret ile sülûs malını bir cihet-i birre vasiyet idüb ba'de müteakkilü'l-lisan iken musirren fevt olsa verese vasiyet-i mezbûreyi tutmamağa kâdir olurlar mı? el-cevâb: olamazlar." Fetâvâ-yı Ali Efendi: İst.1311, 323.

¹⁰ Fahrüddin Hasen b. Mensur b. Mahmud el-Üzcendî el-Ferğânî Kâdihân: Fetâvâ-yı Hâniyye, 2.b, Bulak 1310, (el-Fetâvâ'l-Hindiyye hâmişinde), III/494.

¹¹ Şa'ban/Ğandur, 33-34.

¹² Şirbini, III/53.

¹³ İbrâhim, 60-61.

Hanefilerden İmam Muhammed'in *el-Asl* adlı eserinde yer alan bir görüşe göre, mûsî yazmayı biliyorsa işâretle vasiyette bulunamaz. Yazı (kitâbet) delâlet kuvvetinde, işâret ise ondan daha zayıftır. Hanefilerin yine İmam Muhammed'in *el-Câmi'us-Sağir*'inde geçen diğer bir görüşüne göre ise işâret akdin kurulması için yeterlidir, gerçi ibâre. asıldır, ama bu mümkün olmazsa akit yerine geçen her şeye ruhsat vardır¹⁴.

Mâlikî mezhebinde konuşmaya ve yazmaya gücü yeten kimsenin işâretle vasiyette bulunması geçerlidir, ancak buna katılmayan Mâlikî hukukçuları da vardır¹⁵. Mısır Vasiyet Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan ibâre ve kitâbete (yani konuşma ve yazmaya) gücü yetmeyen işâret ile vasiyet edebilmesi hükmü hukukçuların çoğunluğuna, ibâre ile kitâbetin eşit tutulması hükmü ise Hanbelîlere âittir.

Tarih boyunca genellikle Hanefî mezhebinin hâkim olduğu Mısır'ın Vasiyet Kanunu'nda bu hususu düzenleyen madde, iki yönden Hanefilerin görüşüne karşıdır. Buna göre akdin in'ikadında konuşmaktan acz olmadıkça sarahaten, yani açık îcap aranır, vasiyette söz ile yazı birbirine eşit güçtedir. İşâret, yazıdan dahi acz varsa câiz görülmüştür. Bu, Hanefideki ikinci görüşe aykırı olup Mâlikîlerin bir görüşüne uygundur. Bu yazı sonra şâhitlere okunur, ki Hanbelîlerin bir görüşüyle Hanefîlere mutâbıktır. Kûveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'nun 214. maddesi de böyledir, yani söz ve yazıdan acz varsa işâretle vasiyet edilebilir. Ayrıca yine adı geçen kanun gereğince, insanın vasiyeti bizzat yazması aranmaz, birisi mûsî için yazabilir, sonra onu mûsî okur veya başkası mûsîye okur, mûsî tarafından imzalanır, bu geçerlidir¹⁶.

4. İkrar Yoluyla İcap

İcap bir soruya cevap veya ikrarda bulunma şeklinde de olabilir. Me-selâ, bir kimse "*filan malını felan kimseye vasiyet ettin mi?*" veya "*eder misin?*" sorusunu tasdik etse, soruda yer alan kimse veya cihet, lehine yapılan bu vasiyete hak kazandığı gibi, zikredilen şey de mû-sâbih kabul edilir. Mecelle'nin 66. maddesindeki "*Sual cevâbda îade olunmuş addolunur*", yani tasdik edilen bir soruda ne denilmiş ise cevap veren onu söylemiştir, hükmü burada uygulanabilir. Bir kimse "*filan kişi için malımdan bin lira veya evimde altıda bir hisse vardır*" dese, bu, ikrar niteliğinde olup, eğer vasiyette bulunurken söylemişse istihsanen îcap olarak kabul edilir¹⁷.

5. İcabın Geçerlilik Zamanı

İcap, eğer "*filan malımı felan kimseye vasiyet ettim*" şeklinde olduğu gibi mûsâlehi açıkça belirleme yoluyla yapılmışsa, mûsîden çıktığı anda,

¹⁴ Muhammed Ebu Zehre: Şerhu Kanuni'1-Vasiyye, Kâhire 1398/1978, 11; Şaban/ Ğandur, 33.

¹⁵ Hattâb, VIII/517; İbrâhim, 58.

¹⁶ İbrâhim, 61.

¹⁷ İbn Abidin, V/570; İbn Hacer, VII/35; Bilmen, VI/140.

'felan kimsenin oğullarına malımın üçte biri vasiyetimdir" şeklinde olduğu gibi mûsâleh belirli ve bilinir değilse mûsinin ölüm anında geçerli olur. İkinci meselede ölüm zamanında o kimsenin hayatta bulunan her bir oğlu vasiyete hak kazanırlar¹⁸.

6. İcabin Şarta Bağlanması

Vasiyetin geleceğe izâfe edilerek şarta bağlanması mümkündür. Meselâ, bir kimse "Şu evimi filana ölümünden bir sene sonra vasiyet ettim" veya "bu evimi jelana gelecek ayın başında vasiyet ettim" dese, geçerlidir¹⁹.

Vasiyetin bir şarta ta'liki mümkün, böyle bir vasiyet geçerlidir. Meselâ, bir hasta "Şu hastalıktan ölürsem" veya sefere giden bir kimse "gittiğim yerde ölürsem" şeklinde şarta bağlayarak vasiyette bulunur ve ölüm gerçekleşirse vasiyet yerine getirilir. Burada icabın geçerlilik zamanı şartın hulûlüdür, şart gerçekleşmezse icap hükümsüz duruma gelir²⁰. Bunun gibi bir kimse bir borçlusuna "ben ölürsem sendeki alacağımdan berfisin" dese bu sözü vasiyete delâlet eden sahih bir icap olarak kabul edilir. Buradaki ölüm vâkiasına ta'likte bulunmak, bu ibrâya vasiyet niteliği kazandırmakta ve onu diğer ibrâlardan ayırmaktadır, ölüm dışında bir şarta bağlanan ibrâlar geçerli değildir²¹.

Vasiyetin şarta iktiranı, bir başka deyişle infisahî, yani bozucu bir şartla takyid edilmiş olması halinde bu şart fâsid, yani geçersiz ise, vasiyet hükümsüz olmaz, geçerli bir şekilde sürer; şart fâsid değilse, meselâ "ev sahibi oluncaya kadar evimi filana vasiyet ettim" şeklindeki vasiyet geçerlidir²². Meselâ, evlenmemesi şartıyla bir kadına vasiyette bulunulması durumunda bu kadın ileride evlenmiş olsa bile vasiyet hükümsüz olmaz²³. Aynı şekilde kendisine belirli bir zaman hizmet etmek kaydıyla birisine vasiyette bulunulsa, bu şart fâsid, ancak vasiyet sahihtir. Burada fâsid olarak vasıflandırılan şart, taraflardan birine faydası olmayan şarttır, vasiyetin geçerliliğine hâlel getirmez, ancak kendisi fâsid olur. İhtilaf, şartlı vasiyetin geçerli olup olmamasında de-ğil, hangi şartın geçerli sayılıp sayılmayacağı konusundadır²⁴. Mısır Vasiyet Kanunu'nun 4. ve Kûveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'nun 210/ 1. maddeleri şartlı vasiyetin cevazını hükme bağlamışlardır.

¹⁸ İbn Abidin, V/569; Manastırlı İsmâ'il Hakkı: Vesâyâ ve Ferâiz Mecmu'ası, İst.1326,14.

¹⁹ Vehbe Zuhaylî: el-Vesâyâ ve'l-Vakf fî Fıkhî'l-İslâmî, Dımaşk 1407/1987, 24; Şa'ban/Ğandur, 50-51.

²⁰ Manastırlı 28; A. H. Berki, 9; Zuhaylî, 24-25; Şa'ban/Ğandur, 51-52.

²¹ Bilmen, V/139.

²² Manastırlı, 27, Şakir Berki: "Kur'an'da Miras Hukuku", AÜHFD, C:38, S:1-4, Y:1981, s:65; Şa'ban/Ğandur, 52-53.

²³ Hayreddin Karaman: Mukayeseli İslam Hukuku, Ank.1984, II/580.

²⁴ Bkz. Zuhaylî, 24-25; Şa'ban/Ğandur, 54-56.

B. Kabul

1.Kabulün Gerekli Olup Olmadığı Hakkında Görüşler

Daha önce de belirtildiği üzere vasiyetin kurulması için diğer akıtlarda olduğu gibi icap ve buna uygun kabul beyanlarına gerek vardır. Vasiyet teberruat, yani bağış türünden bir tasarruf olduğu için her halde icabın varlığı zorunludur. Ancak kabulün gerekli olup olmadığı ve mahiyeti hukukçular arasında ihtilaf konusudur.

İmam-ı A'zam ile İmameyn, yani İmam Ebu Yûsuf ile İmam Muhammed, vasiyetin in'ikadı için diğer akıtlarda olduğu gibi kabul beyanının varlığını gerekli görmüşlerdir. Bunlar, bir kimsenin, bir başkasının kendisini istihlafını kabul edip etmeme hakkını hâiz bulunduğunu, eğer kabul etmezse o istihlafın da (yani vasiyetin) geçerli olamayacağı düşüncesindedirler²⁵. Mâlikî ve Hanbelî mezhepleriyle Şâfi'î'nin bir görüşünde de böyledir²⁶. Bununla birlikte Hanefilerin dışında kalan ve kabulü rûkn kabul eden mezheplerin bu husustaki sözleri incelendiğinde, sanki kabulü gerçek anlamıyla bir rûkn olarak görmedikleri de söylenebilir. Nitekim kabulün Mâlikîlere göre tenfiz, Şâfi'îlerin bir görüşünde lüzum, Hanbelîlere göre ise mülkiyetin sübut şartı olarak ele alındığı görülmektedir²⁷.

İmam-ı A'zam'ın öğrencilerinden İmam Züfer'in iki rivâyetinden birine göre, vasiyetin in'ikadı için, kabul beyanına ihtiyaç yoktur, mülkiyet mûsinin ölümü ile geçer. İmam Şâfi'î'nin bir görüşü de bu yöndedir. Buna göre, vasiyetin rûknü icaptan ibârettir²⁸. Çünkü vasiyette de mülkiyet mirasta olduğu gibi ölümle geçmektedir, dolayısıyla mûsâleh vâ-ris mesâbesindedir, nasıl vârisin kabul beyanında bulunması şart olmadığı gibi, mûsâlehin de kabul beyanında bulunması vasiyetin in'ikadı için şart değildir. Hatta vasiyette de mülkiyet, mirasta olduğu gibi hemen sâbit olmaktadır, dolayısıyla kabul bir lüzum şartı bile değildir. Kaldı ki vasiyet, hibe gibi teberriat kısmıtıya giren bir tasarıftır, burada da kabule gerek yoktur. İmam Züfer'in ictihadına getirilen eleştiriler ve bunların dayanakları şöyledir: İnsan için emeğinden başka bir şey bulunmadığını bildiren âyet²⁹ göz önüne alındığında, kabul de bir emektir, kabulde bulunmamak emeğin yokluğunu gösterir. Ayrıca vârislerin kabul beyanında bulunmaksızın terikeye hak kazanmaları başka bir hukukî delil ile

²⁵ Kâsânî, VII/331: Ebu Bekr b. Ali el-Abbâdî el-Haddâd: el-Cevheretü n-Neyyire, İst. 1316, 369; Hey'et: el-Fetâvâ'l-Hindiyye, Bulak 1310, VI/90; Tahtâvî, VIII/216; İbn Abidin, V/570

²⁶ Hattâb, VIII/517; İbn Hacer, VII/3B; Şirbîni, III/53; İbn Kudâme el-Makdisî: el-Muşâii, Alemü'l-Kütüb Beyrut, ty, VI/22-23; Bilmen, V/118-119.

²⁷ Abdurrahman Ceârî: Kitâbu'l-Fıkh ale'l-Merâhib'l-Erbe'a, 5.b, Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kübrâ-Kâhire ty, III/320-326.

²⁸ İmam Züfer ile İmam Şâfi'î'nin bu görüşleri esas alındığında vasiyet, vakif gibi İslam hukukundaki tek taraflı hukukî tasarruflardan sayılır. Kaldı ki kabulün aranmadığı fakirlere, cenîne ve hukukullahın yerine getirilmesine dâir vasiyetlerde de böyledir. M. Akif Aydın: "İslam Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlem", Hukuk Araştırmaları-MÜHF, C:B, S:1-3, 1994, s:62-63. Her ne kadar böyle bir ayrıma gidiliyorsa da, İslâm hukukunda hukukî tasarrufların hepsine birden akit denilmekte, tek taraflı ve iki taraflı hukukî tasarruf ayrımı pek yapılmamaktadır.

²⁹ Necm sûresi 39. âyet.

sâbittir. Ayrıca kabulün gerekli bir şart olarak görülmemesi mûsâlehin zararına olabilir. Zira mûsâleh minnet altına girmek istemeyebilir ve mûsâbih mûsâleh için işe yaramayan bir şey olabilir³⁰.

Vasiyette kabulü bir rûkn olarak görmeyenlerin bir kısmı da bunun bir lüzum şartı veya mülkiyetin mûsâlehte sübutunun şartı olduğu düşüncesindedir³¹. İmam Züfer'in görüşünden farkı da buradadır. Sözgelisi, Redd'ü'l-Muhtar adlı kitabın musannifi (yani Timurtâşi) ile Hidâye'nin yazarı ile şârihleri (yani Merğînânî ile İbnü'l-Hümâm ve Bâberî) kabulü, mûsâlehin mûsâbihte mülkiyetinin bir sübut şartı olarak görmüştür. Nitekim Hanefilerde mûsâlehin reddetmemesi veya ölüm gibi reddinden ümit kesilmesi durumları kabul olarak nitelendirilmekte, mûsâbih mûsâlehin vârislerinin mülkü olmaktadır, halbuki kabul bir rûkn sayılsa bu mümkün olmamak gerekirdi³². Serahsî de kabulün lüzum şartı olduğunu bildirmektedir³³. Hanefi mezhebinin en kuvvetli görüşlerini nakletmesiyle ünlü olduğu için Osmanlı Devleti'nde çok yaygın olarak okutulan ve mahkemelerde yarı resmî hukuk metni işlemi gören Dürer adlı kitabında Molla Hüsrev de vasiyetin rûknünün icaptan ibâret olduğunu bildirmekte, dolayısıyla kabulü bir rûkn olarak görmemektedir³⁴.

İslam hukuku alanında eser veren çağdaş yazarlar da kabulü vasiyetin rûknü, yani in'ikad şartı olarak görmemek eğilimindedirler. Bunlardan bazılarına göre kabul lüzum şartı da olmayıp, mûsâlehin mûsâbihte mülkiyetinin sübutunu temin eden bir şarttır³⁵. Diğerlerine göre vasiyet teberruat cinsindedir, burada ise kabul gerekmez. Ayrıca her ne kadar vasiyet diğer akitler gibi bir akit ise de, burada kabul vasiyetin tabiatı gereği rûkn sayılamaz, çünkü iki taraf da tasarruflarında muhtardır, mûsî her zaman rücu hakkını hâiz bulunduğu gibi mûsâleh de vasiyeti reddedebilir³⁶.

Her ne kadar hukukçuların çoğu kabulü bir rûkn olarak görmüşlerse de, açıklamalarından bunun rûkn den çok, akdin lüzum veya mülkiyetin sübut şartı mahiyeti taşıdığı görülmektedir. Nitekim mûsâlehin kabulüne kadar vasiyet askıdadır, mûsâbih mevkuf tutulur. Kabul ile mûsâlehin mûsâbihte mülkiyeti sâbit olur. Üstelik delâleten kabul sayılan dununlar oldukça geniş tutulmuştur. Hatta mûsâleh kabul etmeksizin ölürse vasiyet kabul edilmiş sayılarak vârislerine intikal etmektedir. Kaldı ki kabulü rûkn sayan hukukçular, burada vasiyetin rûknü olarak mûsâlehin icabı ve mûsâlehin reddetmemesini zikrederler. Buradan da anlaşıldığı üzere kabulü bir rûkn yani in'ikad şartı olarak görenlerle, lüzum veya sübut şartı olarak görenlerin görüşleri arasında sonuç itibarıyla hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu husus, Mısır Vasiyet Kanunu

³⁰ Kâsânî, VII/332; Burhanüddin Merğînânî: el-Hidâye Şerhu Bidâyetü't-Mübtedî, Kâhire 1384/1965, IV/233-234; Kâdîzâde Şemsüddin Ahmed: Netâicü'l-Ef'icâr fi Keşfi'l-Rûmûzî'l-Esrar (Tekmiletü Fethî'l-Kadîr), Kâhire 1390/1970, VIII/432; Ekmelüddin Bâberî: Şerhu İnâye ale'l-Hidâye, Kâhire 1390/1970, (Netâicü'l-Efkâr hâmişinde) VIII/432; İbn Abidin, VI/570.

³¹ Şelebî, 27.

³² İbn Abidin, VI/570; Merğînânî IV/233-234.

³³ Şemsü'l-eimme Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed es-Serahsî: el-Mebsût, Kâhire 1331, XXVIII/47.

³⁴ M. Hüsrev, II/B94.

³⁵ Ebu Zehre 15. Şelebî, 27, 38; Şa'ban/Ğandur, 30.

³⁶ İbrâhim, 63 67.

ndaki düzenlemeden de anlaşılmalıdır (madde 20). Nitekim bu kanun da vasiyette kabulü âdetâ bir lüzum şartı olarak görmüş, bir başka deyişle vasiyeti tek taraflı iradeyle yapılan bir tasarruf saymışsa da, kabulü rükn kabul eden görüşe göre hüküm doğuracağı esasını getirmiştir ki değişen bir şey yoktur. Suriye kanununun 207. maddesi ile Küveyt kanununun 214 ve 230. maddeleri de kabulü aramamaktadır.

2. Kabulün Şartları ve Geçerlilik Zamanı

Kabul beyanı açıkça "kabul ettim" şeklinde olabileceği gibi, mûsâbih üzerinde mâlik sıfatıyla tasarrufta bulunmaya başlamak suretiyle delâleten de olabilir. Hatta yüze karşı kabul edip sonra reddetse, kabul geçerlidir³⁷. Aşağıda geleceği gibi reddetmeksizin ölüm de Hanefilerde delâleten kabul sayılır³⁸. Halbuki reddetmeksizin ölüm, diğer üç mezhepte kabul sayılmaz. Bu husus, mülkiyetin mûsâlehin vârislere intikali bakımından önem taşımaktadır³⁹.

Hanefi mezhebine göre, mahcur sefih ve mümeyyiz çocuk kabul beyanında bulunabilir, ancak reddedemez. Diğer mezheplerde kabul ve red hususunda velînin onayı aranır. Mâlikîlere göre, me'zun, yani kendisine hukukî işlemlerde bulunabilme izni ve sermayesi verilmiş olan köle efendisinin izni olmaksızın lehine yapılan vasiyeti kabul edebilir, bir görüşe göre me'zun olmayan köle de bu hakka sahiptir. Hanbelîlerde velî kabul ve reddedebilir. Mecnun (akıl hastası), ma'tuh (bunamış) ve sabî (küçük çocuk) ise kabul ve red beyanında bulunamaz⁴⁰.

Mûsâlehin kabul beyanının, mûsî öldükten sonra sâdir olması gereklidir. Çünkü vasiyetin hükmü bu tarihten sonra sâbit olur. Bundan dolayı mûsînin sağlığında ortaya çıkan kabul veya red beyanlarına itibar olunmaz, sözgelışı mûsâleh mûsînin sağlığında vasiyeti reddetmiş olsa bile vefatından sonra bu beyanından dönüp kabul etmesi geçerlidir. Mâlikîlere göre, mûsînin sağlığında mûsâleh ölmüşse, mûsî de bundan haberdar olarak vefat etmişse, vasiyet geçersiz, aksi takdirde geçerlidir⁴¹. Şî'î-Ca'ferîler ise mûsînin hayatında mûsâlehin kabul beyanında bulunmasını câiz görürler, öte yandan mûsînin hayatında mûsâlehin reddetmesi de bunlara göre vasiyeti geçersiz kılar⁴².

³⁷ Haddâd, 3/70; Seyyid Abdülgani el-Çanimî el-Meydânî: el-Lübâb Şerhu Muhtasarı Kudürî, İst. 1316, (Cevheretü'n-Neyyire hâmişinde) 370; İbn Hacer, VIII/37.

³⁸ Kâsânî.VII/332; İbn Bezzâz el-Kerderî: Fetâvâ'l-Bezzâziyye, Bulak 1310, (el-Fetâvâ'l-Hindiyye hâmişinde) VI/433; M. Kadri Paşa: el-Ahkâmü's-Şer'iyye f Ahvalü's-Şahsiyye, madde 543. (Trc. ve Nşr: Ahmed Akgündüz, İslam-Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, 272.)

³⁹ Şelebî, 43-44; Zuhaylî, 18.

⁴⁰ Hattâb, VIII/518-519; İbn Kudâme, VI/24; Şelebî, 47; Zuhaylî, 21.

⁴¹ M. Hüsrev, II/898; İbrahim el-Halebi: Mültekâ'l Ebhur, Kitab-ı Mevkufat adıyla trc: Mevkufat Mehmed Efendi, Derseadet 1318, 273; Hindiyye, VI/90; Kerderî, VI/433; Hattâb, VIII/518ş İbn Hacer, VII/37; Şirbînî, III/53; İbn Kudâme, VI/22; Kadri Paşa, m.543; Şelebî, 40; Şa'ban/Ğandur, 37; İbrâhim, 77; Mısır Vasiyet Kanunu, m.22.

⁴² Şa'ban/Ğandur, 37.

Vasiyeti kabulün fevren (derhal) olması gerekmez, çünkü bu, ancak münecciz, yani şarta bağlı olmaksızın hemen yerine getirilebilen akitlerde aranır. Vasiyet, kabul ile tamamlanan akitlerden olduğu için mûsâlehin susması durumunda yerine getirilmeyip vasiyetin konusunu oluşturan şey terikeden ayrılarak ne mûsâlehin, ne de vârislerin mülküne girmeden mûsâlehin kabul veya red beyanında bulunmasına ve en nihâyet ölümüne kadar mevkuf tutulur. Mûsînin ölümünden sonra kabul veya red beyanında bulunmadan mûsâleh de ölürse burada delâleten kabul vardır. Vasiyet istihşanen geçerli sayılarak, mûsâbih mûsâlehin vârislerine verilir. Çünkü mûsâlehin artık reddetme ihtimali kalmadığı göz önüne alınır ve ölüm vasiyeti kabul makamında tutulur⁴³. Vasiyet mûsî tarafından yapılmıştır ve mûsînin ölümüyle de feshedilmiş olmaz. Halbuki kıyasen mûsâlehin kabul veya red beyanında bulunmadan ölmesi halinde vasiyetin geçersiz olması gerekirdi. Çünkü hiç kimse bir başkası için o kimsenin ihtiyarı olmaksızın mülkiyet kuramaz. Bu sebeple, mûsâlehin kabul etmeden ölmesi, kıyasen satıcının îcabından sonra fakat malı kabulden evvel müşterinin ölmesi gibi değerlendirildi. Nasıl ki satılan mal müşterinin vârislerinin mülkü olmuyorsa, mûsâlehin vârisleri de mûsâbihte hak sahibi sayılmamalıydı. Halbuki vasiyetin bey' (satım) ve hibeden farklı olduğu ortadadır⁴⁴.

Meşhur Hanefî hukukçulardan Serahsî'ye göre, mûsâleh şayet kendisine yapılan vasiyetten haberdar olmaksızın vefat etmişse hükmen kabul söz konusudur, yoksa reddedilmiş sayılır⁴⁵. Kâsânî ise mûsâlehin vefatını, hiçbir şartla kayıtlamaksızın, vasiyeti kabul olarak ele almıştır⁴⁶.

Şâfîiler ve Hanbelîlerden Hirakî'ye göre kabul hakkı, eğer mûsî mûsâbihin bizzat kendisine teslimini kasdetmemişse, mûsâlehin vârislerine geçer. Mûsâlehin vârisleri vasiyeti kabul ederlerse mûsâbihe mâlik olurlar. Mûsâlehin vârisleri yok ise halîfe, beytül-mal, yani devlet hazinesi adına vasiyeti kabul eder. Mâlikîlerde de kabulden önce ölüm durumunda kabulün mûsâlehin vârislerine geçeceğini, öte yandan mûsâbihin mûsînin vârislerine geri döneceğini bildiren iki görüş vardır. Kabulü arayanlara göre, daha önce mûsâlehin kabulünü aramaya sevk eden hususlar ne ise burada da aynen geçerlidir⁴⁷. Çünkü Hazret-i Peygamber'in bir sözünde dayanağını bulan ge-

⁴³ M. Hüsrev, II/898; Merğînânî, IV/234; Kâdîzâde, VIII/432; Bâbertî, VIII/432; Hindiyye, VI/90; Tahtâvî, VIII/221; İbn Abidin, VI/577; Hattâb, VIII/518; İbn Hacer, VII/38; İbn Kudâme, VI/25; Ebu Zehre, 15; Kadri Paşa, m.543; Şelebî, 40-41, 43; Zuhaylî, 18, 21; Şa'ban/Ğandur, 38; İbrâhim, 69; Mısır Vasiyet Kanunu, m.21. Nitekim bir fetvâda da bu husus zikredilmiştir: "Zeyd sülüs malını ecânibden Amr'a vasiyyet idüb ba'dehu musırren fevt oldukdan sonra Amr dahî terike-i Zeyd'in sülüsünü almadan fevt olsa Amr'ın veresei Zeyd'in sülüsünü almağa kâdir olurlar mı? elcevâ:olurlar." Yenişehirli Abdullah Rûmî Efendi: Behcetü'l Fetâvâ, İst. 1276, 611.

⁴⁴ M.Hüsrev, II/898; Haddâd, IV/170; İbn Hacer, VII/38; Receb Hilmî: Ahkâm-ı Vesâyâ, İst. 1310, 26; Şelebî, 44; Şa'ban/Ğandur, 38; İbrâhim, 69; Joseph Schacht: An Introduction to Islamic Law, Oxford 1966,174.

⁴⁵ Serahsî, XXVIII/48.

⁴⁶ Kâsânî, VIII/332.

⁴⁷ Hattâb, VIII/517-518; İbn Hacer, VII/38; Şirbînî, III/54; İbn Kudâme, VI/23-24; Kâdîzâde, VIII/430; Bilmen, VI/119; Şelebî, 44-45; Zuhaylî, 22; Şa'ban/Ğandur, 36; İbrâhim, 69-70; Küveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu m: 231.

nel prensibe göre, "her kim bir hakkı terk edecek olursa bu onun vârislerine âittir"⁴⁸. Ancak Hanbelîlerden Ebu Abdullah b. Hâmid, vasiyet kabulden ayırlamaz bir akıt olduğundan, mûsâlehin kabulde bulunmaksızın ölümüyle, hibede olduğu gibi, vasiyetin de geçersiz duruma geleceğini düşünmektedir⁴⁹.

Bir vasiyet eğer reddedilmemişse, kabul beyanının gecikmesi önemli değildir. Bir kimse malını başka bir kimseye vasiyet edip öldükten sonra vârisleri terikeyi aralarında taksim etseler, mûsâlehin orada bulunup taksimden haberdar olsa bile talepte bulunmayıp aradan birkaç yıl geçtikten sonra mûsâbihte hak iddia etse, vasiyete sonradan muttali olmuş olabileceğinden dolayı da'vâsı dinlenir⁵⁰. Mâlikî ve Şâfi'î mezhebinde de Hanefîlerde olduğu gibi kabulün mûsînin hemen vefatının akabinde (fevren) olması aranmaz, bir süre sonra beyanda bulunulması (kabulde terâhî) câizdir, çünkü fevr, yani kabul beyanının derhal gerçekleşmesi, müneccez, yani hemen yerine getirilen akidler için söz konusudur⁵¹. Ancak vârisler mûsâlehten vasiyete karşı ne dediğini sorabilirler, cevap verilmezse mûsâbih vârislere geçer⁵². Mûsînin vârislerinin mağduriyetlerine engel olmak için, Suriye kanununun 227/1 maddesinde ölümden veya mûsâlehin bundan haberi olduğu andan itibaren üç gün, Mısır kanununun 22. maddesine göre ise vasiyetin resmen ilanından itibaren otuz gün içinde cevap verilmesi esası getirilmiştir.

Mûsînin ölümünden bir süre sonra mûsâlehin vasiyeti kabul etmiş olsa, mûsâbihin semereleri de kendisine intikal eder. Mûsâbihin, varsa nafakasını vermek de mûsâlehe düşer. İmam Şâfi'î'nin de ezhar, yani en kuvvetli görüşü böyledir. Ancak Hanbelîlerde mûsînin ölümünden, mûsâlehin kabul beyanına kadar geçen süre zarfında mûsâbihten sâdır olan semereler mûsînin vârislerine âit olur⁵³.

3. Kabule Gerek Bulunmayan Durumlar

a. Cenîne Vasiyet

Vasiyet bir çeşit istihlaf olduğundan dolayı, cenîne yapılan vasiyet de mirastaki gibi kabule ihtiyaç bulunmaksızın istihsanen geçerlidir. Çünkü cenînin hakkında henüz velâyet sâbit olmadığından, onun adına vasiyeti kabul edebilecek kimse yoktur. Ayrıca vasiyet bir ölüme bağlı tasarruf olduğu için mûsâbihi derhal kabz ehliyeti de aranmaz. Şâfi'îlerde sağ olarak doğduktan sonra velîsinin kabulüne dek vasiyet askıdadır, bundan itibaren yerine getirilmesi câizdir⁵⁴. Mısır Vasiyet Kanunu'nun mütemmim bir maddesi, velîye,

⁴⁸ Buhârî, Ferâiz,4, Kefâlet, 5. Burada *hak* yerine *mal* lafzı geçmektedir.

⁴⁹ İbn Kudâme, VI/24.

⁵⁰ Bilmen, V/141.

⁵¹ Hattâb, VIII/518; İbn Hacer, VII/38; Şîrbînî, III/53.

⁵² Şelebî, 41; Zuhaylî, 18-19.

⁵³ İbn Hacer, VII/39; Şîrbînî, III/54; İbn Kudâme, VI/27; Bilmen, V/119; Ebu Zehre, 16; Şelebî, 50-52; Şa'ban/Ğandur 46-49; Mısır Vasiyet Kanunu m:25.

⁵⁴ Tahtâvî, VIII/221-222; Şîrbînî, III/41; Şelebî, 46; Şa'ban/Ğandur, 42-43; İbrâhim, 71; Mısır Vasiyet Kanunu, m:20.

Meclis-i Hasbî denilen ahvâl-i şahsiyye mahkemesinden (ki 1947'den itibaren bunun ismi Mahkeme-i Hasbiyye olarak değiştirilmiştir) izin alarak, doğumdan evvel vasiyeti kabul veya reddetme yetkisini vermiştir⁵⁵.

b. Hayır Cihetlerine Vasiyet

Fakirlere, Hâşimîlere, yani Hazret-i Peygamber'in ve amcalarının soyuna, savaşa hazırlanan mücâhitlere, mescid gibi hayır kurumlarına ve buna benzer yerlere yapılan vasiyetler de kabule gerek olmaksızın sahihtir. Bununla beraber, meselâ bir kimse "*malımın üçte birini Mekke fakirlerine verin*" demiş olsa, ölümünden sonra vasî veya vârisler mûsâbihi Mekke fakirlerine çötürse, onlar da "*istemiyoruz, ihtiyacımız yok*" diyerek reddetseler, Hanefî hukukçusu Ebu'l- Kâsım Se-merkandî'ye göre mûsâbih mûsînin vârislerine iâde olunur⁵⁶. Şâfîilerde de böyledir, ancak bunlar mescid gibi hayır kurumlarına yapılan vasiyetleri, vakıf nâzırının kabul edebileceğine hükmetmişlerdir. Buna göre itkdan, yani köle âzâdından başka her şeyde kabul gereklidir. Çünkü itk hukukullahıdan, yani bir bakımdan kamu haklarından, hukuk-u âdemîden, yani şahsî haklardan değildir⁵⁷. Hanbelîlere göre de, Benî Hâşim, Benî Temîm gibi çok geniş sayıda kimselere ve mescidlere vasiyette, ayrıca hac vasiyetinde, kabulün aranması zorluk doğuracağından, vasiyet, vakıfta olduğu gibi, kabule ihtiyaç bulunmaksızın yerine getirilir⁵⁸.

Osmanlı Devleti'nde de bu gibi hayır müesseselerine yapılan hibe ve vasiyet kabilinden teberruatta nâzır, mütevellî gibi idarecilerin kabulü aranmıştır. 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu'nun 17. maddesinde "cemiyetler lehine vasiyet ve hibe olunacak malların hükûmetin hususî ruhsatı bulunmaksızın kabul edilemeyeceği" hükmü yer almıştır⁵⁹. Mısır Vasiyet Kanunu'nun 20. maddesinde de hayır kurumlarına yapılan vasiyetlerde şer'an veya kanunen bu müesseseleri temsil edenlerin kabul beyanına ihtiyaç bulunduğu hükme bağlanmıştır. Suriye kanununun 225. maddesi ise bunun hilâfına burada kabulü aramamaktadır.

c. Hukukullahı Dâir Vasiyetler

Mûsînin, mükellef olup da çeşitli sebep ve engeller dolayısıyla hayatında yerine getiremediği hac, zekât, fidyе gibi malî ibâdetlerinin yerine getirilmesine dâir vasiyetleri de kabule gerek olmaksızın geçerlidir.

⁵⁵ Şelebî, 46-47.

⁵⁶ Tahtâvî, VIII/222; İbn Abidin, V/577.

⁵⁷ Şirbînî, III/53; Şelebî, 49; Zuhaylî, 21.

⁵⁸ İbn Kudâme, VI/25.

⁵⁹ Düstur II/1/604.

4. Kabulde Tecezzi

Vasiyeti kabulde tecezzinin, yani bölünmenin câiz olup olmaması meselesinde, eğer iki kişiye bir şey vasiyet edilmiş olsa, bu iki kişiden vasiyeti birisi kabul ve diğeri reddetse, vasiyet kabul beyanında bulunan hakkında da hükümsüz olur. Fakat münferiden iki kişiye yapılan bir vasiyet bahse konu olduğunda, kabul edenin beyanı lehine hüküm doğurur. Örnek olarak, bir kimse malını rücu söz konusu olmaksızın, ayrı ayrı iki kişiye vasiyet edip de birisi kabul diğeri de reddetse, kabul eden mûsâbihe mâlik olur. Çünkü burada ayrı ayrı iki vasiyet vardır ve kabul beyanında mûsâlehlere ittifak etmesi, yani birleşmesi ferahmemektedir. Yine meselâ, birisine ev ve arâzi vasiyet edilmiş olsa, mûsâleh de bunlardan birisini kabul etse sahihtir⁶⁰.

5. Kabulden Önce Mûsâlehin Mûsâbihte Tasarrufu

Mûsâleh, mûsâlinin ölümünden önce veya sonra ve fakat her halde kabul etmeden önce, mûsâbihe dâir tasarrufta bulunabilir, bu tasarrufu kabule delâlet eder. Hatta mûsâbihi, meselâ, bir evi, başkasına satabilir, kirâyâ verebilir, hatta hibe edebilir⁶¹.

Hanbelîlerde de mûsâleh kabulden sonra ve kabzdan önce mûsâbihte tasarruf edebilir, çünkü kabul ile mülkiyet istikrar bulunmuştur, halbuki bey', yani satım akdinde böyle bir şey bahis konusu olamaz, çünkü satımın feshedilme ihtimali vardır⁶².

6. Kabulden Rücu

Vasiyet kabul veya red beyanından rücu, yani geri dönmek mümkün değildir, ancak vârisler izin verirse câiz olur. Çünkü red veya kabul beyanı ile mûsâbih hakkında mülkiyet sâbit olduğu için vârislerin kabulü şarttır⁶³. Şâfi'î ve Hanbelîlerde ancak kabul ve kabzdan sonra rücu câiz değildir. Kabulden sonra ve kabzdan önce rücu meselesinde Şâfi'î mezhebindeki bir görüşte, vasiyet vakıf gibi bedelsiz bir temlik olduğu için kabzdan evvel rücu sahihtir, bu mezhepteki bir başka görüşe göre ise geçerli değildir. Hanbelîlerde mûsâbih mekîl (hacimle ölçülen) veya mevzun (tartı ile ölçülen) bir şey ise kabulden sonra ve kabzdan önce rücu geçerlidir⁶⁴.

⁶⁰ Ebu Zehre, 15; Şelebî, 42; Zuhaylî, 19; Şa'ban/Gandur, 39; Bilmen, V/119; Mısır Vasiyet Kanunu, m.23.

⁶¹ Manastırlı, 17; Önder, 30

⁶² Bilmen, V/119.

⁶³ Ebu Zehre, 17; Şelebî, 54; Zuhaylî, 20; Şaban/Gandur, 40; Mısır Vasiyet Kanunu m:24; Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu m:229.

⁶⁴ İbn Hacer, VII/37; Şirbini, III/53; İbn Kudâme, VI/22; Şelebî, 54; Zuhaylî, 20; Şaban/Gandur, 40- 41.

7. Kabulün Hükümü

Kabul ile mûsâleh mûsâbihe mâlik olur. Mülkiyetin başlangıcı için mûsî bir tarih belirlememişse, kabul de hemen gerçekleşmişse ölümden itibaren mülkiyet sâbit olur⁶⁵. Ölümle kabul arasında terâhî, yani bir gecikme varsa vasiyet askıda gibidir, Hanefî ve Şâfi'îlerin esah, yani en kuvvetli, Mâlikîlerin de meşhur görüşünde ölümden itibaren, Mâlikî ve Şâfi'îlerin zayıf görüşlerinde ve Hanbelîlere göre kabul ile mülkiyet sâbit olur. Bu husus yukarıda da geçtiği üzere semereler bakımından önem taşır⁶⁶. Diğer taraftan red, vasiyetin feshi sonucunu doğurur, red beyanından sonra kabul etmek bir hüküm doğurmaz⁶⁷.

SONUÇ

İslam hukukunda vasiyet bir akit olduğundan tarafların karşılıklı birbirine uygun îcâp ve kabul beyanıyla in'ikad eder, yani kurulur. Kabul beyanına gerek olmadığını, çünkü vasiyetin teberru (bağış) çeşidinden bir hukukî tasarruf ve mûsâlehin vâris mesabesinde olduğunu söyleyen hukukçular bulunduğu gibi, kabulü akdin lüzum veya mülkiyetin sübut şartı olarak görenler de vardır. Bu görüşe göre vasiyet bir akit olmaktan çıkıp, tek taraflı bir hukukî tasarruf durumunu alır.

İcâp, vasiyete delâlet eden her çeşit söz veya yazı ile, bu mümkün değilse, sözgelişi mûsî dilsiz veya felçli ise, mûsînin bilinen bir işâreti ile olur. Mûsâleh, açıkça red yahud açıkça veya delâleten kabul edebileceği gibi vefatına kadar hiçbir söz söylememesi halinde hükmen kabul bahis konusudur ve mûsâbih vârislerine geçer. Görüldüğü üzere İslam hukuku vasiyetin hem geçerli bir şekilde kurulması için ağır formaliteler aramamış, hem de mümkün merteye geçerli sayılması için gerekli hükümleri getirmiştir.

⁶⁵ Ebu Zehre, 16; Şelebî, 49; Zuhaylî, 22; Şaban/Ğandur, 45; Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu m:225/2.

⁶⁶ Şelebî, 50-51; Zuhaylî, 22-23; Şaban/Ğandur, 46.

⁶⁷ Serahsî, XXVIII/49; İbn Hacer, VII/37; İbn Kudâme, VI/23; Ebu Zehre, 17; Şelebî, 53.

AVRUPA BİRLİĞİ İLE İLİŞKİLERİN HAZIRLIK SORUŞTURMASINA ETKİSİ*

(The Influence of the relationship between Turkey and European Union on the Turkish Preliminary Criminal Investigation)

Dr. Vahit BIÇAK**

ÖZET

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma yönünde siyasi iradesini ortaya koyması, bir alanda olduğu gibi polis (veya jandarma) tarafından yürütülen hazırlık soruşturmasının da Birlik standartlarına uyumu ihtiyacını gündeme getirdi. Geride bırakılan yıllarda hazırlık soruşturmasını düzenleyen normlarda reform niteliğinde değişiklikler yapıldı. Bu yasal değişikliklerin yapılmasında Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma iradesinin etkisi söz konusu mudur? Bu sorunun yanıtı olumlu ise, anılan yasal değişikliklerle Avrupa Birliği normlarına uyum gerçekleşmiş midir, yoksa ek yasal değişikliklere ihtiyaç duyulmakta mıdır?

1- Giriş

Bu çalışmada, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne entegre olabilmek amacıyla hazırlık soruşturmasını düzenleyen normlarda yaptığı veya yapması gereken değişiklikler üzerinde durulacaktır. Önce, konunun daha iyi anlaşılabilmesine olanak sağlamak üzere, fazla ayrıntıya girmeden, bazı ön bilgiler verilecektir.

Avrupa Topluluğunun oluşturulmasına yönelik ilk adım 18 Nisan 1951 de imzalanan Kömür ve Çelik konusundaki Paris Antlaşması ile atıldı. Topluluğun bu ilk Antlaşmasının ilgi odağı "bireyler" den ziyade "halklar" olduğu için temel hakların korunmasına ilişkin özel bir hükme yer verilmedi, genel olarak insan haklarına deyinilmekle yetinildi. Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran, 25 Mart 1957 de imzalanan Roma Antlaşmasında da benzer bir yaklaşım sergilendi.

5 Nisan 1977 tarihli ortak Bildirge'de Avrupa Topluluğu'nun kurumları (Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon) yetkilerini kullanırken temel haklara saygı gösterecekleri hususunda kendilerini bağladılar. Böylece "temel haklara saygı" Avrupa Topluluğunu oluşturan unsurlar arasında yerini aldı. Sonraki yıllarda, Topluluğun dış politikasında da "temel haklara saygı"

* 16-18 Ekim 1996 tarihleri arasında Ankara'da gerçekleştirilen "Avrupa Birliği Sürecinde Türk Polisi" konulu uluslararası sempozyumda tebliğ olarak sunulmuştur.

** Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Görevlisi, Polis Akademisi, Anıttepe/Ankara

önemli bir faktör haline geldi. Topluluğa üye devletlerin dışişleri bakanları 21 Temmuz 1986 tarihinde Temel Haklar Deklarasyonunu yayınladılar¹. Bu Deklarasyonda temel haklara saygının Avrupa'daki iş birliğinin köşe taşlarından biri olduğu, üçüncü ülkelerle ilişkilerin geliştirilmesinde ve yardımların dağıtılmasında temel haklara saygının özellikle dikkate alınacağı belirtildi². Bu husus 29 Haziran 1991 de Avrupa Zirve'sinin yayınladığı bir bildiriyle de en yüksek düzeyde teyit edildi. 28 Kasım 1991 de Konsey, temel haklara saygı bakımından gösterdikleri performansla göre yardım alan ülkelere farklı uygulamalar yapılmasını karara bağlamıştır. Netice olarak, Avrupa Topluluğunun temel haklara verdiği önem her geçen gün artmaktadır. İlk Topluluk Antlaşmalarında vurgulanmayan "temel haklara saygı", günümüzde Avrupa Topluluğunu oluşturan önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye'nin Avrupa Birliği ile (o zamanki ismiyle Avrupa Ekonomik Topluluğu) ilişkileri 31 Mayıs 1959 tarihinde ortaklık başvurusunda bulunması ile başladı³. 12 Eylül 1963 tarihli Ankara Antlaşması, 1973 tarihli Katma Protokol ile devam etti. 12 Eylül askeri müdahalesi ile birlikte ilişkiler AB tarafından askıya alındı. Türk işçilerinin 1 Aralık 1986 tarihinden itibaren Avrupa Birliğinde serbest dolaşımını öngören Protokol hükmü Avrupa Birliği Bakanlar Komitesince yürürlüğe konulmadı. İlişkilere yeni bir ivme kazandırmak amacıyla Türkiye 14 Nisan 1987 tarihinde tam üyelik başvurusunda bulundu. 1988 yılında yayınlanan Walter Raporu Türkiye'nin temel haklar alanında bazı gelişmeler kaydettiğini tespit etmekle birlikte temel haklar açısından Türkiye'deki durumu tatmin edici bulmadı.

Birliğin gerek kendi iç işlerinde gerekse üçüncü ülkelerle ilişkilerinde temel haklara verdiği önemin gelişimini ve Türkiye'nin Birlikle ilişkilerine ana hatlarıyla değindikten sonra hazırlık soruşturmasının temel haklarla ilişkisine değinmek faydalı olacaktır.

Hazırlık soruşturması bir suçun işlenip-işlenmediği, işlenmişse suçun faillerinin kim veya kimler olduğunu tespitte yönelik bir faaliyetir. Hazırlık soruşturmasının yürütülmesini sağlamak ve kolaylaştırmak için kolluğa arama, yakalama, ifade alma gibi bir takım yetkiler verilmiştir. Bu yetkilerin sınırlarının belirlenmesinde ve her bir yetkinin kullanımı esnasında temel hakların ihlal edilip-edilmediği sorunu gündeme gelebilir. Dolayısıyla, Topluluğun üçüncü ülkelerle ilişkilerinde önemli bir unsur olan "temel haklara saygı" ilkesi

¹ 19 Bulletin of the EC 1986, No:7/8, paragraph 2.4.4.

² 1 Temmuz 1987 de benimsenen Avrupa Tek Senedi'nin başlangıç kısmında da Topluluğun insan hakları politikaları ile ilgili şu ifadelere yer verdi: "... DETERMINED to work together to promote democracy on the basis of the fundamental rights recognized in the constitutions and laws of member states, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and European Social Charter... AWARE of the responsibility incumbent upon Europe ... in particular to display the principles of democracy and compliance with the law and with human rights to which they are attached". OJL 169/2,1987.

³ Bu başvurunun yapılmasında Yunanistan'ın Topluluğa 1,5 ay önce yaptığı başvurunun önemli bir katkısı söz konusudur. Dönemin Dışişleri Bakanı "havuz boş dahi olsa eğer Yunanistan o havuza atlıyorsa mutlaka bizimde atlamamız lazımdır" ifadesini kullanmıştır. Bk. Haluk Günuğer,1995, "Türkiye AB İlişkilerinin Tarihiçesi", Avrupa Birliği E1 Kitabı, TC Merkez Bankası, Ankara

ile Türk hukukunun hazırlık soruşturmasını düzenleyen normları ve uygulamanın bu normlara uygun şekilde yapılması arasında çok yakın bir etkileşim söz konusudur. Bu etkileşimin sonucu olarak geride bırakılan yıllar içerisinde Türk mevzuatında birtakım yasal değişiklikler gerçekleşmiştir. 1992 yılında CMUK da yapılan kapsamlı değişiklikler bu etkileşimin en belirgin son örneğidir.

Kanunun gerekçesi ve parlamento tutanakları incelendiğinde Türkiye'nin batıdaki imajını geliştirme gayreti dikkati çekmektedir. Dönemin Koalisyon Hükümetini oluşturan siyasi partilerden birisinin grubu adına konuşan bir milletvekilinin ifadesi, "tasarı ülkemize (uluslararası düzeyde) yöneltilen suçlamalara set çekecek düzenlemeleri içermektedir"; "(bu tasarinın yasalaşması) Türkiye'yi uluslararası platformda itibara kavuşturacaktır"; "tasarı hukuk sistemimize yöneltilen eleştirileri durduracak yeni bir anlayış getirmektedir" şeklindedir⁴.

Yine, dönemin Adalet Bakanı, bu durumu, "Türkiye, iç hukukunu, tarafı bulunduğu Paris şartı ve ekleriyle ortaya konan çağdaş normlara ve diğer uluslararası sözleşmelere uygun hale getirmelidir"; "bu değişikliklerle, işkence ve işkence iddiaları ortadan kalkacak, hazırlıkta alınan ifadeler, geçerli ve inandırıcı olacaktır"; "işkence, bir insanlık suçudur; son yıllarda bu konuda ülkemize yöneltilen iddialar herkesi rahatsız etmiştir, bunun önlenmesi görevimizdir", şeklinde Meclis kürsüsünden ifade etmiştir.

Hazırlık soruşturmasının etkin ve verimli olarak yürütülebilmesi için polis birtakım yetkilerle donatılması kaçınılmaz olmakla birlikte, bu yetkilerin aşırı kullanılarak kişi hak ve hürriyetlerinin keyfi olarak ihlal edilmemesini sağlamak için bu yetkilerin sınırlarının belirlenmesi, kullanımlarının sıkı denetime tabi tutulması, ve en önemli olarak da polise verilen yetkilere denge oluşturacak şekilde sanığın bir takım haklarla donatılması gereği kendini göstermektedir.

Hazırlık soruşturması sürecinde sanığın karşılaşılabileceği birtakım riskler söz konusu olabilir. Örneğin, sanık kötü muameleye maruz kalabilir. Kötü muamele sanığın vücut bütünlüğüne karşı olabileceği gibi şeref ve haysiyetine yönelik olabilir. Benzer şekilde, sanığın ifadesi soruşturma konusu suçla sanığı irtibatlı yapacak şekilde tahrif edilebilir. Bu ve benzeri risklere karşı sanığın korunması ve hazırlık soruşturması süresince ne olup bittiğinin şüpheye mahal vermeksizin tam olarak mahkemelerce bilinebilmesini sağlamak için sanığa birtakım haklar verilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu hakların neler olabileceği veya olması gerektiği hususunda hukuk sistemleri ortak bir görüşe ulaşamamış olmakla birlikte Avrupa Topluluğuna üye ülkelerin hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsi birtakım temel haklar üzerinde fikir birliğine varmış bulunmaktadır. 1992 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikle bu fikir birliğinin bazı unsurları Türk hukukuna aktarılmıştır. Bunlar sırasıyla ele alınacaktır.

⁴ Adnan Keskin, SHP grubu adına, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:19, Cilt:11, Birleşim:21.5.1992.

2. Müdafii Katılımı

Yakalanan kişi veya sanığın⁵ soruşturmanın her hal ve derecesinde müdafii yardımından yararlanabileceği Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun değişik 136 maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

Müdafii hukuki yardımından yararlanmak otomatik olarak gerçekleşmemekte, sanığın bu yönde talepte bulunması gerekmektedir. Talep şartı, hakları hakkında yeterli bilgisi olmayan, ilk defa soruşturma ile yüz yüze gelen kişilerin kanunlarca kendilerine tanınan bu haktan gereği gibi istifade edememelerine yol açabilecek niteliktedir.

Sanığın müdafii yardımından yararlanma hakkını kullanabilmesi için bu hakkının varlığı hakkında bilgi sahibi olması gereğini kanun koyucu büsbütün dışlamış da değildir. Gerçekten, ifade ve sorgu öncesi sanığın müdafii hukuki yardımından yararlanma hakkının bulunduğu soruşturma ve kovuşturma organlarının kendisine bildirilmesi şartı getirilmiş, dolayısıyla sınırlı bir bildirim yükümlülüğü Türk hukukunca da tanınmıştır. Sanığın ifadesi alınmadan uzun süre karakolda tutulması durumunda sanık sahip olduğu hakların varlığı konusunda uzun süre bilgi sahibi olamayacaktır. Bu nedenle sanığın yakalandığı, veya en geç karakola getirildiği anda, hakları hakkında kendisine bilgi verilmesi sanık tarafından sahip olunan bu hakkı anlamlı kılacaktır. Bu bildirim ek olarak, karakollara sanıkların müdafii yardımından istifade edebilme haklarının olduğunu gösteren ilan ve afişler asılması yoluyla halkın bilgi sahibi olması sağlanabilir.

Müdafii yardımından yararlanma hakkının sadece ödeme gücü olanlara yönelik bir ayrıcalık olmasının önüne geçilmesi için ödeme gücü sınırlı olanlara da bu hakkın ücretsiz olarak sağlanması toplumsal adaletin gereklindedir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun değişik 135/3 maddesi müdafii tayin edilebilecek durumda olmayanlara baro tarafından müdafii tayin edilebileceğini düzenlemiştir. Ancak, bir önceki paragrafta bildirim yükümlülüğünün zamanı konusunda yapılan eleştiriler baro tarafından ücretsiz müdafii tayin edilebileceğinin bildirim yükümlülüğü içinde geçerlidir.

Müdafii talep oranı hakkında henüz kapsamlı bir veriye sahip bulunmamaktadır. Uzun yıllardır bu hakkın varlığını tanımış ülkelerden biri olan İngiltere'de yapılan istatistiksel çalışmalar toplam sanıklardan yüzde 20-25 arasında bir oranın hazırlık soruşturmasında müdafii yardımını talep ettiğini ortaya koymuştur⁶. Türkiye'de de bu oran % 10 civarındadır. Ortada olan gerçek şudur ki; sanıklardan büyük bölümü, ücretsiz olarak da temin edilebiliyor olmasına rağmen bu haklarından feragat etmektedirler. Düşük talep oranına birçok faktör yol açabilecek niteliktedir ve bu faktörlerin tespiti alan çalışmasını gerekli kılmaktadır.

⁵ Yakalama işlemi ile kişi zaten sanık durumuna gireceğinden iki kavramın birlikte kullanılması anlamsızdır. Bk. Bahri Öztürk, 1996, "CMCTK Reformu ve Uygulama" 10 Yeni Türkiye 588.

⁶ Sanders,1990. "Duty Solicitor: A Test of Quality" Legal Action, s.8; Bottomley,1991, "The Detention of Suspects in Police Custody", 31 The British Journal of Criminology 4.

Müdafinin yardımından yararlanma hakkının Türk hukuk sisteminde tanımlanmış olmasının polisin suç ve suçlulukla mücadelesini olumsuz yönde etkileyeceği yönünde görüşler ileri sürülmekte ise de, bilimsel araştırmalar bu iddiayı doğrulamamaktadır⁷. Bilakis, bu hakkın varlığı gerek kolluğa gerekse sanığa birtakım faydalar sağlayacak niteliktedir.

Sanık açısından bu hakkın sağlayacağı faydalardan bazıları şu şekilde sıralanabilir.

1) Hazırlık soruşturmasının yürütülmesi esnasında kolluğun geleneksel olarak sahip olduğu yetkiler karşısında kollukla sanık arasında bulunması gereken denge kolluk lehine bozuktur. Müdafinin yardımından yararlanma hakkı, diğer birtakım güvence ve haklarla birlikte bu dengenin kurulmasını sağlayabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, sanığın hali hazırda içinde bulunduğu durumu sanık lehine iyileştirdiği söylenebilir.

2) Polisin, hukukun tanıdığı sınırlar içerisinde de olsa, sahip olduğu kamu gücünü kullanarak ifade alıyor olmasının sanık üzerinde sosyal ve psikolojik baskı oluşturduğunu psikolojik araştırmalar ortaya koymuş bulunmaktadır⁸. Müdafinin hazırlık soruşturmasında hazır bulunması, sanığın dış dünya ile irtibatının kesilmesi neticesi maruz kalabileceği psikolojik baskıyı azaltabilecek niteliktedir.

3) Yukarıda belirtildiği gibi sanık gözaltında bulunduğu süre, içerisinde ve ifade alma süresince hukukun yasakladığı fakat hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde, pratikte, sıkça karşılaşılan risklerle karşı karşıya bulunmaktadır. Müdafinin sanıkla birlikte devamlı karakolda bulunmasının pratikte mümkün olmaması dolayısıyla sanığın vücut bütünlülüğüne yönelik kötü muameleye karşı bu hakkın mevcudiyetinin oynayacağı rol sınırlı kalacaktır. Fakat, sorgulamada müdafinin hazır bulunması, sanığın ifadesinin soruşturma konusu suçla sanığı irtibatlandırılacak şekilde tahrif edilmesi riskine karşı önemli bir güvence oluşturmaktadır.

Müdafinin hazırlık soruşturmasına katılması polis açısından da birtakım yararlar sağlayacaktır. Bunlardan bazıları şu şekilde ifade edilebilir.

1) Müdafinin gerek hukuki gerek fiili durumu polise ve sanığa şüpheye mahal vermeyecek şekilde açıklayarak sanıkla polis arasında sağlıklı bir iletişimin kurulmasına veya var olan iletişimin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesine katkıda bulunabilir. İngiltere'de yapılan deneysel araştırmalar polis memurlarının müdafinin hazır olduğu durumlarda sanıktan daha fazla bilgi aldıklarını ortaya koymuştur⁹.

⁷ Sanders and Others, 1989, Advice and Assistance at Police Station and the 24 Hour Duty Solicitor Scheme, A Report to the Lord Chancellor, England

⁸ Gudjonson, 1992, The Psychology of Interrogations, Confessions and Testimony, John Wiley & Sons, Chichester

⁹ Dixon, 1991, "Common Sense, Legal Advice and the Right of Silence", Public Law 240.

2) Polisin hazırlık soruşturmasında keyfi hareket ettiğine, hukuki normlara itibar etmediğine dair gerek yurtiçinde gerek yurtdışında sık sık yapılan eleştirilere, müdafinin varlığı açıklık getirecek, polisi yersiz ithamlara karşı koruyacaktır.

3) Müdafinin hazırlık soruşturmasına katılması, soruşturmanın gizli olması dolayısıyla bu aşamada elde edilen delillere karşı yargı organlarınınca duyulan güvensizliği izale ederek, polisin hazırlık soruşturmasında elde ettiği delillerin güvenilirliğini arttıracaktır.

Teorik açıdan sanığın müdafinin yardımından yararlanma hakkı yukarıda belirtilen faydaları sağlayabilecek nitelikte olmakla birlikte, 1992 değişikliği ile Türk hukukuna getirilen yapının bu amaçlara hizmet edip etmeyeceği veya ne ölçüde edeceği, tartışma konusu olmaya elverişlidir.

Müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının üç farklı ihlal tipi ortaya konulabilir; Aktif ihlal, pasif ihlal ve yetersiz hukuki yardım olmak üzere.

Aktif ihlal, sanığın müdafii talebinin kolluk tarafından yerine getirilmesidir. Bu hak mutlak bir hak değildir; bazı durumlarda kısıtlanabilmesi söz konusu olabilmektedir¹⁰. Kısıtlama sebeplerinin varlığı konusunda yanlış muhakemede bulunulması aktif ihlali oluşturacaktır. Aktif ihlal halinde sanık müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğunun bilincindedir. Bu bilinç koluğun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesinden kaynaklanabileceği gibi sanığın bu hakka sahip olduğu hususunda önceden bilgi sahibi olmasından da kaynaklanabilir.

Aktif ihlalin hukuka aykırı olarak nitelenebilmesi için müdafinin katılımına imkan verilmeme gerekçesi önem kazanabilir. Örneğin, kuryelik yaparak bu hakkı kötüye kullanmak isteyen müdafinin katılımına izin verilmeyebilir¹¹. Böyle bir iddianın, sanığın hali hazırda aleyhine bulunan deliller, talep edilen müdafinin kişiliği gibi somut verilerle haklı çıkarılması gerekir. Müdafinin kuryelik yapma ihtimali olduğu gibi, somut hiçbir delile dayanmayan genel gerekçelerle bu hak kısıtlanamaz. Müşahhas bir müdafinin kuryelik yapabileceği konusunda makul şüphe varsa katılımına izin verilmeyebilir. Ancak böyle bir durumda bile sanığın kuryelik yapma şüphesi taşımayan başka bir müdafinin hukuki yardımından yararlanmasına imkan tanınmalıdır.

Pasif ihlal, koluğun müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkına sahip olduğu hususunda sanığa bildirimde bulunmaması durumunda söz konusudur. CMLTK bildirimde bulunmakla koluğu yükümlü tutmuştur. Bildirim şartı umut verici olmakla birlikte pratikte bu düzenlemenin nasıl işlediği merak konusudur. Avrupa'lı akademisyenlerce yapılan alan çalışmaları koluğun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmek hususunda gönülsüz olduğunu ortaya koymuştur. Pasif ihlalde aktif ihlalin doğurduğu hukuki sonuçları doğurmalıdır. Örneğin, sanığa "ifade alma işleminin normal olarak yapıldığı gibi

¹⁰ Örneğin, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçların sanıkları bu hakkı kullanamayabilmektedirler. Bk. 4229 nolu Kanun, R.G.12 Mart 1997.

¹¹ R. v. Samuel (1988) All England Reports 135; R. v. Silkott, Braithwaite, Raghup, 1991, The Times, December 9.

müdafî olmaksızın yapılmasına itirazın var mı" şeklinde soru yöneltmesi durumunda bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiği söylenemez.

Yetersiz hukuki yardım ise müdafîin karakoldaki işlemlere katıldığı halde müdafîin hiçbir hukuki yardımda bulunmaması veya yetersiz hukuki yardımda bulunması durumunda söz konusu olabilir. Yetersiz hukuki yardımın söz konusu olduğu durumlarda müdafîin katılımı kolluğun yaptığı işlemleri meşrulaştırmaktan başka bir fonksiyon ifa etmeyecek, hatta kolluğun bazı usulsüz davranışları müdafîin katılımından dolayı görmezlikten gelinebilecektir. Böyle bir durumun ortaya çıkmasının önüne geçilebilmesi için müdafîin şeklen katılımı yeterli olmamalıdır. Müdafîi görevini mesleğinin gerektirdiği standartlarda yapmamış ise, müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir. Bu tip ihlalde ihlalin sorumlusu kolluk değil, müdafîdir. Ancak ihlalin kimden kaynaklandığının sanık açısından önemi olmaması gerekir.

Yetersiz hukuki yardımın tespitinde zorlukla karşılaşılabilir. Müdafîin ifade alma sürecinde sadece not almakla yetinmesi; kolluğun belirsiz, varsayımsal, mevcut olmayan delillere dayanan sorular sorması, sanığın anlaması güç olan hukuki kavramların kullanılması; zorba, küstah veya kabadayıcı bir tavır takınmasına müdafîin seyirci kalması durumunda yetersiz hukuki yardımdan söz edilebilir.

3. Yakınlara Haber Verebilme Hakkı

Yakalanan kişilerin karakolda olduklarını yakınlarına bildirmelerine olanak sağlanmıştır. Yakınlarına karakolda olduklarını haber vermeye hakları olduğu hususunda sanıklara bildirimde bulunmakla kolluk yükümlü kılınmıştır. Ancak bu bildirim kanunda öngörülen zamanlaması yerinde değildir. İfade alma işlemi öncesi değil, karakola ilk getirildikleri anda sanıklara bu durum bildirilmelidir.

Yakınlara karakolda olduğunun bildirilebilmesi hakkı iki açıdan faydalı olacaktır. Sanığın yakınlarında sanığın ortadan kaybolması sonucu doğal olarak oluşacak endişeyi giderecektir. İkinci olarak da, bu hak müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkının kullanılmasını kolaylaştıracaktır. Şöyle ki, yakınları sanığa müdafîi temin etme konusunda girişimde bulunabileceklerdir.

"Yakınları" kavramı kan ve sıhri hısımları ile sınırlı olarak yorumlanmamalı, arkadaşları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Sanığın karakolda bulunduğunu kendi imkanlarıyla yakınlarına bildirme imkanı (cep telefonu, telefon kartı, jeton vs) yoksa karakolun imkanlarından yararlanmasına izin verilmelidir. Ancak, uluslararası ve-ya şehirlerarası görüşme yapılarak bu imkanın kötüye kullanılmasına fırsat verilmemelidir.

4. Yardıma Muhtaçlara Zorunlu Müdafî

Sanığın kişisel bazı özelliklerinden dolayı yetersiz olması durumunda müdafîin hazırlık soruşturmasına zorunlu katılımı öngörülmüştür. 18 yaşını bitirmemişler, sağır, dilsizler ve kendisini savunamayacak derecede malul olanlar özel olarak korunulacak kişiler olarak sayılmıştır. Bu sayım sınırlayıcı olmaktan ziyade örnekleyici niteliktedir. Dolayısıyla listede yer almayan akıl hastaları, zeka özürlüler, amalar, okuma yazma bilmeyenlerde aynı kapsamda düşünülmelidir. Zaten, bu kişiler CMUK m. 138 de ifade edilen "kendini savunamayacak derecede malul olanlar" kategorisi içerisinde de düşünülebilir.

Anılan kişilerin sanık olduğu durumlarda müdafîin mecburi katılımını öngörmek yerine, bu kişilerle bir şekilde bağı bulunan veya bu tür kişilerle iletişim kurma, ilgilenme hususunda tecrübesi olan kişilerin mecburi katılımının öngörülmesi kanaatimizce daha yerinde olurdu. Müdafîin yasal konularda anılan kişilere yardımcı olabilmesi üçüncü kişiler hazır olmaksızın güçlük arz edecektir. Yardıma muhtaç kişilerin hukuk sistemince korunabilmeleri için sadece ve tek başına yasal yardım yeterli değildir.

Bu kişilerin özel olarak korunmaya çalışılmasının nedeni, baskıya, yönlendirilmeye, sindirilmeye, yıldırılmaya, gözdağına karşı normal insanlara oranla daha hassas olmalarıdır. Yardıma muhtaçların ifade alınması işlemine katılan kişi sadece gözlemcilikle yetinmemeli, gerekli yerlerde gerekli uyarıları yapmalı, ifade almanın hakkaniyete uygun olarak yapılmasını sağlamalı, sanıkla kolluk arasındaki iletişimi kolaylaştırmalıdır.

5. Doktor

Sanıkların, kötü muameleyle tabi tutuldukları yönünde ileride ortaya atabilecekleri iddiaların önüne geçebilmek amacıyla, gözaltına alındıklarında ve serbest bırakıldığında doktor kontrolünden geçirilmesi uygulaması görülmektedir. Her yıl 1,5 milyon civarında sanık hakkında hazırlık soruşturması yapıldığı ve ülkemizdeki mevcut doktor sayısının vatandaşlarımıza sağlık hizmeti vermekte yetersiz kaldığı gerçeği göz önüne alınacak olursa bu uygulama büyük bir kaynak israfıdır.

Esas olarak kolluk tarafından yapılan hazırlık soruşturmasına cumhuriyet savcısı, sulh ceza hakimi, müdafî, sanığın yakınları ve son olarak da doktor katılımı güvence oluşturacağı düşüncesi ile öngörülmüştür. Sanığın durumu hakkında birbirinden farklı doktor raporlarından hangisine itibar edileceği halihazırda mahkemelerin vaktini almaya başlamıştır. Bu gelişim istikameti, hazırlık soruşturmasının katılımcıları arasına gelecekte noterlerin de alınacağı izlenimini vermektedir.

Kanaatimizce çok sayıda kişinin katılımı, hazırlık soruşturmasını kalabalıklaştırmakta, güvence olmaktan ziyade kötü muamele olması durumunda sorumlunun kim olduğunun tespitini güçleştirmektedir. Yapılması gereken, Avrupa'da olduğu gibi karakollarda gözaltı memurluğu müessesesini ihdas

etmektir. Kolluk mensuplarından veya kolluk dışında bazı kişiler gözaltı me-
muru olarak görevlendirilmelidir. Bu kişilerin soruşturma yapmak gibi bir gö-
revi olmamalıdır. Sanığa haklarını hatırlatmak, haklarını kullanmasına olanak
sağlamak, kötü muameleye maruz kalmasını önlemekle yükümlü olmalı, bu
yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı şahsen sorumlu olmalıdır.

6. Kayıt

Kolluğun sahip olduğu yetkileri kullanım şeklinin gözetlenmesi, sanığın
kötü muameleye maruz kalması ve aleyhine delil uydurulması risklerine karşı
önemli bir güvence oluşturacaktır. Bundan dolayı, Türk hukuk sistemi polisle
sanık arasındaki ilişkilerin kayıt edilmesini öngörmüştür¹². Örneğin, gözlem
altında tutulan kişiler için gözaltı tutanağı tutulmalıdır. Bu tutanakta, gözlem
altına alınan sebepleri, sanığın ziyaretçileri, sanığa verilen yiyecekler, ya-
pılan teşhis ve tedaviler, ifade alma işleminin yapılıp yapılmadığı gibi bilgiler
yer almalıdır. Gözaltı tutanağındaki bütün kayıtlar zamanı ile birlikte yazılmalı
ve yazan kişi tarafından imzalanmalıdır. Sanıktan gözaltı tutanağını imzala-
ması istenilmeli, imzadan imtina etmesi halinde bunun nedenleri yazılmalıdır.

İfade alma işlemi de kolluk tarafından kayıt edilmelidir. Şu anda uygu-
lanan sistemle sanığın ifadesinin ifade tutanağına aynen geçirilmesi maale-
sef mümkün olamamaktadır. İfade alan, sanığın ifadesini özetleyerek yaz-
dırmakta, sonuçta sanıktan tutanağı imzalaması istenilmektedir. Bu metotla
ifade alan, isteyerek veya istemeyerek sanığın ifadesinin kendisine göre tu-
tarsız, ilgisiz gördüğü hususlarını tutanağa yazdırmayacaktır. Bu tehlikenin
sanığın ifade tutanağını okuyup, düzeltmesi ve imza etmesi mekanizması ile
ortadan kalkacağı ileri sürülebilir. Ancak, sanıklar çoğu zaman tutanağı im-
zalamak dışında bir seçeneklerinin olduğunu bilincinde değildirler. Ayrıca,
sanığın ifade tutanağını dikkatlice okuyacağını varsaymakta doğru bir bek-
lenti olmayabilir. Bundan dolayı, ifade tutanaklarının sanıkların beyanlarını
yansıtıp yansıtmadığı tartışmalara konu olmaktadır.

Bu sorun, ancak ifade alma işleminin teyp veya video kaydının yapıl-
masıyla çözülebilir¹³. Teyp veya video kaydının mevcut olması durumunda
ifade alma işleminin nasıl bir havada cereyan ettiği, sanığın ve kolluğun tam
olarak neler söylediğinin sonradan incelenmesine imkan sağlayacaktır.

Kolluğun ifade alma işleminin teybe kaydedilmesi önerisi Avrupa'da
1950'li yıllarda ortaya atılmıştır¹⁴. 1970'li yıllarda, bu önerinin uygulanabilirliği
konusunda İngiltere'de çok sayıda alan çalışması yapıldı¹⁵. İfade alma işle-

¹² CMUK, md. 99,101,102,135.

¹³ Biçak,1997, "İfadenin Tutanakla Tespitinden Vazgeçilmelidir", Radikal, 9 Temmuz.

¹⁴ Williams,1957, "The Reform of the Criminal Law and Its Administration" 4 Journal of the
Society of Public Teachers of Law 217, s.226.

¹⁵ Criminal Law Revision Committee,1972, Eleventh Report: Evidence (General), Cmnd.
4991, paras. 50 ve 52; The Hyde Committee,1976, The Feasibility of an Experiment in the
Tape Recording of Police Interrogation, Cmnd. 6630; Barnes and Wester,1980, Police Inter-
rogation; Tape Recording, Royal Commission on Criminal Justice Research Study No: 8.

minin teybe kaydedilmesi zorunluluğu 1988 yılında yürürlüğe girdi. Geline bu aşama ile de yetinilmeyerek, ifade alma işleminin video kaydının yapılması aşamasına geçilmesi için pilot uygulamalar devam etmektedir. Türkiye de klasik sistemini terk ederek bir an önce bu teknolojik imkandan faydalanacak sisteme geçmelidir.

İfade alma sırasında teyp kaydı tarafların bilgisi dahilinde yapılmalıdır. Bu işlemde iki kasetli kaydedici cihazlar kullanılmalı; ifade alma sonunda kasetlerden biri sanık ve müdafinin huzurunda özel bir bandrolle açılmayacak şekilde yapıştırılmalıdır. İleride ifade almanın içeriği hakkında herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde, hakim bu orijinal kasete başvurabilir. Bandrolün üzeri, kolluk, sanık ve müdafii tarafından imzalanmalıdır. Kolluğun bandrolü açmaya yetkisi olmamalıdır. Diğer kaset, kolluk ve savunma tarafından ifade alma işleminin tekrar dinlenmek istenildiğinde kullanılmalıdır.

Kayıt yükümlülüğü öngörülmesi, suçluların cezalandırılmasını sağlama yönünde kolluğun yetkileri ile bu yetkilerin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesini öngören güvenceler arasında bir denge oluşturma çabasının bir sonucudur. Kaydın elektronik olarak yapılması, sanığın baskıya maruz kalmasına engel oluşturabilir. Aynı zamanda, sanığın ifadesinin eksik veya yanlış olarak kaydedilmesi de önlenecektir. Ayrıca, kolluğun ifade alma sırasında sanığa uyguladığı yönünde yerli yersiz ortaya atılan iddiaların önüne geçilecektir.

7. Zaman Sınırlaması

Kolluğun sahip olduğu yetkileri kötüye kullanmaması için öngörülen diğer bir güvence de sanığın gözlem altında tutulacağı zamanın sınırlandırılması ve belli aralıklarla gözaltındaki sanığın durumunun kontrolden geçirilmesidir.

Yeni düzenleme ile sanıklar genel olarak 24 saat göz altında tutulabilirler. Bu süre aşılmadan sanık hakim önüne çıkarılmalıdır. Ha-kim gözaltı durumunun devamına karar verebileceği gibi sanığı serbestte bırakabilir. Sanığı hürriyetinden mahrum bırakma ancak zorunlu durumlarda olabileceği için sanığın daha fazla göz altında bulundurulması bir zorunluluğun sonucu olmalı, böyle bir zorunluluk yoksa sanık serbest bırakılmalıdır.

24 saatlik maksimum gözaltı süresi, toplu suçların söz konusu olması durumunda 4 güne kadar uzatılabilir. Bu uzatma kararı C. Savcısı tarafından yapılabilir. Dört günün ötesinde hakim kararı ile üç gün daha gözaltı süresi uzatılabilir¹⁶.

Bu düzenlemelerle Türk hukuku Avrupa standartlarına getirilmiştir. Gözlem altında geçirilecek sürelerle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümler içermektedir. Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası; "yaka-

¹⁶ 4229 sayılı Kanun, R.G. 12 Mart 1997.

lanan yada tutuklanan herkes, hemen bir hakim yada yargı gücünü kullanmaya yasayla yetkili kılınmış başka görevliler önüne çıkarılır" şeklindedir.

Bu fıkrada kullanılan "hemen" ve "yargı gücünü kullanmaya yasayla yetkili kılınmış başka görevliler" kavramları yoruma açıktır.

*Egve*¹⁷ davasında Komisyon, hakim kararı olmaksızın 4 güne kadar gözlem altında tutmaya olanak sağlayan milli hukuk normunun Sözleşme'de öngörülen "derhal" kavramını ihlal etmediğine karar vermiştir. *McGolf*¹⁸ davasında ise Divan, hakim kararı olmaksızın 15 gün kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasını tereddütsüz Sözleşmeye aykırı buldu. Aynı şekilde, *Brogan and Others v. U.K.*¹⁹ davasında ise, hakim kararı olmaksızın 4 gün 6 saat gözaltında bulundurmanın Sözleşmeye aykırı olduğuna karar verildi. Sözleşme açıkça bir süre öngörmemekle birlikte, Divan ve Komisyon kararları en fazla 4 günlük bir süre şartı getirmektedir.

"Başka görevliler", hakime benzer görevler yerine getiren kişiler olmalıdır. Cumhuriyet Savcılarının veya yüksek rütbeli kolluk mensuplarının bu kategoride değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna *Schiesser*²⁰ davasında Divan olumsuz yanıt vermiştir.

8. Beyanın Özgür İrade Sonucu Olması

Özgür iradenin ne olduğunu açıklamak yerine, CMUK 135/A maddesi özgür iradeyi ortadan kaldıran metotları saymıştır. Somut olarak bazı metotların özgür iradeyi ortadan kaldıran metotlar olarak sayılması kuşkusuz uygulayıcılar açısından faydalıdır. Ancak, özgür iradeyi ortadan kaldıran tüm metotların tek tek sayılmasına imkan yoktur. Bu maddede sayılan metotlar özgür iradeyi en belirgin olarak ortadan kaldıran metotlardır. Belirtilen durumlar dışında da, mesela tehdit gibi, özgür iradeyi etkileyen durumlar olabilir.

9. Sonuç

Hazırlık soruşturması bir suçun işlenip-işlenmediği, işlenmişse suçun faillerinin kim veya kimler olduğunu tespiti yönelik bir faaliyettir. Hazırlık soruşturmasının yürütülmesini sağlamak ve kolaylaştırmak için kolluğa bir takım yetkiler verilmiştir. Bu yetkilerin sınırını "temel haklar" oluşturmaktadır. Kolluğun sahip olduğu yetkilerin sınırlarını aşması veya yasama organınca yetkilerin sınırlarının çok geniş olarak belirlenmesi durumunda temel hakların ihlali söz konusu olacaktır.

Avrupa Topluluğunun temel haklara verdiği önem her geçen gün artmaktadır. İlk Topluluk Antlaşmalarında vurgulanmayan "temel haklara saygı",

¹⁷ Appl. I 1256/84, Karar 9 Mayıs 1988.

¹⁸ Karar 26 Ekim 1984, E.C.H.R. Ser. A No:83.

¹⁹ Karar 29 Kasım 1988, E.C.H.R. Ser A No:145-B.

²⁰ Karar 4 Aralık 1979, E.C.H.R. Ser. A Vol:34.

günümüzde Avrupa Topluluğunu oluşturan önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hazırlık soruşturması sürecinde sanığın karşılaşabileceği birtakım riskler söz konusu olabilir. Örneğin, sanık kötü muameleye maruz kalabilir. Kötü muamele sanığın vücut bütünlüğüne karşı olabileceği gibi Şeref ve hay-siyetine yönelikte olabilir. Benzer Şekilde, sanığın ifadesi soruşturma konusu suçla sanığı irtibatlı yapacak Şekilde tahrif edilebilir. Bu ve benzeri risklere karşı sanığın korunması ve hazırlık soruşturması süresince ne olup bittiğinin Şüpheye mahal vermeksizin tam olarak mahkemelerce bilinebilmesini sağ-lamak için sanığa birtakım haklar verilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu hakla-rın neler olabileceği veya olması gerektiği hususunda Avrupa Topluluğuna üye ülkelerin hukuk sistemleri hemen hemen bir fikir birliğine varmış bulun-maktadır. Bu fikir birliği ile Türk hukukunun hazırlık soruşturmasını düzenle-yen normları ve uygulamanın bu normlara uygun Şekilde yapılması arasında çok yakın bir etkileşim söz konusudur.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma yönünde siyasi iradesini ortaya koyması, hazırlık soruşturması standartlarının da Avrupa Birliği standartları-na uyumu ihtiyacını gündeme getirdi. Geride bırakılan yıllarda hazırlık so-ruşturmasını düzenleyen normlarda reform niteliğinde değişiklikler yapıldı. Bu yasal değişikliklerin yapılmasında Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma ira-desinin çok önemli katkısı söz konusudur. Ancak, anılan yasal değişikliklerle Avrupa Birliği normlarına uyum yönünde önemli bir adım atılmış olmakla birlikte, tam olarak uyumun gerçekleştiğini söylemek zordur; bazı ek yasa ve uygulama değişikliklerine hala ihtiyaç duyulmaktadır.

TASARRUF MEVDUATI SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Kürşad Nuri TURANBOY*

I-TEVDİ VE MEVDUAT KAVRAMI, MEVDUAT KABULU VE MEVDUATIN ÇEŞİTLERİ

A-Tevdi ve Mevduat Kavramları

Tevdi, bir şeyi bir yere emanet sureti ile bırakma anlamına gelir. Bankacılıkta ise, taşınırlar; kıymetli evrak ve paranın açık veya kapalı olarak bankaya verilmesi, bankada kasa, kutu ya da bunun gibi kapalı bir yerde muhafaza edilmesi ve bu kapalı yerin tevdi edene bırakılması anlamındadır¹.

BK.463. m.si, müstevdinin (saklayan, tevdi olunan) mudî (emanet veren, saklatan) tarafından kendisine verilen taşınır bir şeyin kabulü, muhafazası ve iade borcunu da içine alacak şekilde düzenlediği tevdi ilişkisini (vedia sözleşmesi, düzenli tevdi) düzenlemiştir. Ancak, tevдинin açık ya da kapalı olması ya da tevdi edilenin misli şey olup olmaması geriye verme yükümünün nitelenmesinde önem taşımaması bakımından, tevdi söz konusu olduğunda vedia gibi diğer sözleşme tipleri de uygulamada karşımıza çıkabilmektedir².

Mevduat ise tevdi kelimesinden türemiştir. Kelime bakımından emanete bırakılmış şeyler anlamına gelir. Bankacılık Hukuku alanında ise çeşitli tanımlar yapılmıştır.

"Halkın tasarruflarından ve teşebbüslerin döner sermaye fazlalarından

kullanmak üzere, bankalara bırakılmış paraların heyeti umumiyesine mevduat denir"³.

"Bankaların istenildiği zaman veya muayyen bir vadenin sonunda, geri alınmak düşüncesi ile yatırılan paradır"⁴.

"Bankalar veya mevduat toplamaya yetkili kuruluşlara, istenildiği zaman veya önceden haber vermek koşulu ile, yatırılan paralardır"⁵.

"Mevduat, bir çok gerçek veya tüzel kişi tarafından istenildiğinde veya vadesinde çekilmek üzere bankaya yatırılan paraları ifade eder"⁶.

* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Tekinalp, s.308.

² Turanboy, s.20.21, Tekinalp, s.308.

³ Eti, s. 2.

⁴ Öcal, s. 36, Onur, s.115. Tolun, s.66.

⁵ Yalvaç, s.171.

⁶ Tekinalp, s.309.

Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği

Türkçe'de, mevduat kelimesi, bankaların doğrudan doğruya bir çok gerçek veya tüzel kişiden faizli veya faizsiz olarak ve geri ödemek üzere kabul ettikleri paraları ifade eden anlamı öne çıkmıştır⁷.

Bankacılık Hukuku bakımından bu tanımlara bazı ifadelerin eklenmesi gerekmektedir. BK 13.m.'ni değiştiren 3794 sayılı kanunun ifadesine göre, bu kanun ya da özel bir kanun ile yetkili kılınmış olanlar dışında hiçbir gerçek kişi ya da tüzel kişi aslen veya fer'an meslek edinerek, mevduat kabul edemez.

Burada belirtilen tanım ve esaslar gereği mevduat, mevduat kabul etmeye yetkili olan kişilere yatırılmış olan paradır.

Bu bakımdan mevduat, ne hukuki bir ilişki, ne de hukuki bir ilişkiye verilmiş bir isimdir. Mevduat, müşteri ve mevduatı kabul eden taraf arasında bulunan hukuki ilişkinin (mevduat ilişkisi) bir unsuru olarak nitelenebilir.

Mevduat, bir hareket ya da bir fiil olarak da nitelenebilir. Mevduat, müşterinin tasarruf ettiği ve mevduatı kabul edene yatırmış olduğu ya da burada kasaca duran, hesaplarda görülen bir miktar paradır.

Bankalar Kanunundaki aynı hükmün 3.fıkrasına göre, resmi kurum ve özel kuruluşlar ile ortaklıklarda, yalnız kendi çalışanlarına ait olmak üzere, sağlık ve sosyal yardım, ihtiyaç ve tasarruf sağlama amaçlarıyla kurulan sandıkların münhasıran kendi üyelerinden ve bu amaçlar için topladıkları paralar Bankalar Kanunu uygulamasında mevduat sayılmaz.

B- Mevduat Kabulü

Mevduat kabulüne ilişkin yapılacak açıklamalar, mevduat kavramının ortaya konulmasına da ilişkindir. Çünkü BK13. m. hükmü mevduatı, sadece mevduatı kabule yetkisi kişilerce mümkün kılmakla mevduat kavramını bu çerçeveye ile de sınırlamaktadır.

Mevduat kabulü, mevduat yatırmanın simetrisini oluşturmaktadır. Mevduat kabulü, müstevidi ile mevduat sahibi arasındaki tevdi ilişkisinin başlangıcıdır. Mevduatın yatırılması ve mevduatın kabulü ile banka ile müşterisi arasında mevduat ilişkisi başlamış olur.

Mevduat kabulünün tanımı, 512 sayılı kanun hükmünde kararname ile değiştirilmiş ve 5338 sayılı kanun hükmünde kararname ile yeniden düzenlenmiş şekli ile BankK.13/2.m.de mevduat kabulüne ilişkin bir tanım verilmiştir. Buna göre; yazılı veya sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak sureti ile faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığında istendiğinde veya belli bir vadede iade edilmek üzere para alınması mevduat kabulü olarak tanımlanmıştır.

⁷ Tekinalp. s.309

1- Mevduatı kabul yetkisi

BK 13. m., 92. m., 94. m. ve 96. m mevduat kabulle yetkili kurum ve kuruluşlarla ilgili hükümler sevk etmiştir.

BK.13/1. m.'si mevduat kabulüne ancak Bankalar Kanununun ya da özel bir kanunla bu konuda yetkili kılınmaları ile mümkün olabileceğini düzenlemiştir. Bankalar Kanununa tabi olmayan kişi ve kuruluşlar böylece mevduat kabulü yetkisi dışında kalmaktadırlar.

BK.92. m.'si de yatırım bankalarının mevduat kabulüne ilişkin bir hüküm getirmiştir. Buna göre; yatırım bankaları sermaye piyasasında faaliyet göstermek, sermaye piyasası araçları kullanarak sağlanan kaynaklarla yatırım yapmak, işletmelerin etkin bir yönetime ve sağlıklı mali yapıya kavuşmaları amacıyla devir ve birleşme konuları dahil danışmanlık hizmetleri vermek, mevduat kabulü hariç bankacılık yapabilirler. BK.94/3. m.'si de yatırım ve kalkınma bankalarının talepleri halinde, TC Merkez Bankasının görüşü alınarak, bakanlığın önerisi ve Bakanlar Kurulunun izni ile mevduat kabul edebileceklerini düzenlemiştir. Yine aynı hükmün 4.fıkrasında yatırım ve kalkınma bankalarının bankalardan ve kendi müstakrizlerinden genel esaslar dahilinde sağladıkları her türlü paralar mevduat sayılmaz esasını getirerek bir başka sınırlama daha getirmiştir. Buradaki genel esaslar tabiri doktrinde, paranın sağlanmasında yatırım ve kalkınma bankasının çabalarının rol oynadığı, yani bu bankaların kendi çabaları ile sağladığı her fon için ayrı içerikte sözleşmeler yaptığı ve bu sözleşmelerin Bankalar Kanununa değil genel esaslara bağlı olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Doktrinde mevduat ve bahsi edilen bu fonlardan ayırmak için, şu kriterler öne sürülmektedir: Mevduat, paranın sağlanması bakımından bankanın inisiyatifini gerektirmemekte, tanınmayan kişiler bankaya gelip mevduat yatırmaktadırlar ve bakalar da bu kişilerle genel anlamda ilgilenmemektedirler. Buna bağlı olarak da her kişi için aynı şartlar uygulanmaktadır. Oysa yatırım ve kalkınma bankalarında bunlar parayı kendileri aramakta, borç verenle pazarlık da yapabilmektedirler. Borç veren her bir kişi ile ayrı bir sözleşme yapma imkanı bulunmaktadır. Burada paranın yatırılması değil, borç olarak verilmesi söz konusudur. Bu sebeple buradaki ilişkiye Bankalar Kanunu hükümleri değil genel hükümler uygulanabilmektedir. Bankacılıkta nostro (bizim hesap) denilen bir bankanın diğer bir banka nezdindeki hesapları da bu anlamda mevduat sayılmazlar⁸.

BK.96.m.'de bankalar dışındaki mali kuruluşları faaliyetlerini Bankalar Kanununa tabi tutmayarak bir başka sınırlama getirmiştir. Aynı hükmün 2.fıkrasında, bu kurumların faaliyetlerinin hangi mevzuata tabi olacağını Bakanlar Kurulu karar verir denmekte ve düzenleme dışı kalan hususlarda Türk Ticaret Kanunu ve ilgili diğer mevduat hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

BankK. 80.m.si de mevduat kabulü yetkisine ilişkin cezai yaptırımlar getirmiştir.

⁸ Tekinalp, s.309,310

Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği

Bu konuda düzenlenen hüküm, ilke ve yaptırımların delinmemesi için, mevduatın kabulünü tanımlayan 13/2.m.si düzenlenmiştir.

2- Mevduat Kabulünün Niteliği

Mevduat kabulü niteliği itibarı ile değişik noktalardan değerlendirilebilir. Öncelikle, mevduat kabulü BankK.13.m.si gereği halktan para toplamayı gerektirir. Bu bakımdan mevduat kabulü, mevduatı yatıran kişi ile banka arasındaki münferit bir ilişkiyi değil, teknik bankacılığı ilgilendiren bir ilişkiyi ilgilendiren bir kavramdır. Para bankaya bir kişi tarafından değil, birçok gerçek veya tüzel kişi tarafından yatırılmaktadır. Niteliği gereği mevduat, birçok kişiden yaşı, mesleği, belli olan bir topluluğa mensup olup olmamasının önemi olmaksızın, her hangi bir sıfatının gereği ile değil genel şartlar içerisinde toplanmaktadır.

Bu anlamda mevduat kabulü, belirli, birkaç kişiyi yapılan ödünç taleplerini ifade etmez.

Banka mevduat kabulü ile halktan topladığı paraları gerekli olan plasmanlarında ve kredilerde işlerinde kullanacaktır⁹.

Mevduat kabulü diğer bir noktadan değerlendirildiğinde ise, bankanın pasif işlem (pasif faaliyet) tabir edilen işlemlerindedir. Kabul fiili dikkate alındığında, bankanın niteliği gereği her hangi bir aktif eyleminin olmadığı görülür.

Pasif işlem denilen mevduat kabulü ile bankalar, potansiyel olarak biriken kaynaklarını diğer aktif işlemlerinde kullanırlar (kredi sağlamak gibi)¹⁰.

Mevduat kabulü işlemi, günümüz temel bankacılık işlemlerinden mevduat kabulü-kredi sağlama-yatırım ayırımının bir parçasını oluşturur.

Mevduat kabulü, hukuki bakımdan banka ile müşterisi arasında oluşmuş bulunan hukuki ilişkinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevduat kabulü, banka ile müşterisi arasında oluşmuş mevduat ilişkisinin bir parçası, bir unsurdur.

Bu bakımdan mevduat kabulü ve mevduat ilişkisi birbirinden farklı nitelik taşımaktadır. Çünkü, mevduat kabulü mevduat ilişkisi henüz kurulmadan, daha önce karşımıza çıkmaktadır.

C- Mevduatın Tasnifi, Çeşitleri ve Tasarruf Mevduatı 3- Mevduatın Tasnifi ve Çeşitleri Bankacılık tekniği açısından, kaynakların kullanılması, bu kullanımda getirilen sınır ve Kabiliyetlerin bilinebilmesi, mevduatın toplanması, çekilmesi sağlayacağı gelirin tespiti ve devrelerin belirlenebilmesi için mevduatın tasnife tabi tutulması gerekmektedir¹¹.

⁹ Tekinalp, s. 309

¹⁰ İmregün. s. 37

¹¹ Eti, s.23. Küney. s.1 vd.

Mevduatın tasnif edilmesi ve çeşitlendirilmesi hukuki bakımdan önem taşır. Farklı nitelikteki mevduat çeşitleri için, farklı hükümler getirmiş olan Bankalar Kanununun söz konusu bu hükümlerinin uygulanabilmesi için, bu tasnifin doğru bir şekilde yapılması gerekir.

Bu konuda Bankalar Kanununda genel bir hüküm mevcuttur. Bank K.m.34 mevduatın tasnifi başlığını taşımaktadır. Madde hükmüne göre bankalar, tasarruf mevduatını diğer mevduattan ayırmak ve mevduat hesaplarını Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nca tespit edilecek vade ve türlerine göre tasnif etmek zorundadırlar. Hükümün devam eden ifadesinde tasarruf mevduatı tanımlanmıştır. Tasarruf mevduatı, gerçek kişiler tarafından bu nam altında açtırılan ve ticari işlemlere konu olmayan mevduattır. Ancak, vadesiz tasarruf mevduatı hesapları üzerinde münhasıran çek keşide edilmesi ticari işlem sayılmaz.

BankK.34. m.'si mevduatın türlerini ve vadelerini tespit etmek yetkisini Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na bırakmaktadır. Hükümün devamındaki 2.fıkra ifadesi de tasarruf mevduatını diğer mevduat dışında kalan mevduat olarak belirlemiştir. Bu hüküm tasarruf mevduatını gerçek kişiler tarafından bu nam altında açtırılan mevduat olarak tanımlamıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası da kanunun verdiği yetkiye dayanarak mevduatın türleri ve vade dilimleri hakkında çıkardığı tebliğlerle mevduat çeşitleri ve vadeelerini belirlemektedir.

Bu uygulamaya dayanarak ortaya çıkan mevduat tasnifi şu şekildedir:

- 1, Tasarruf Mevduatı
- 2, Resmi Mevduat
- 3, Resmi Kuruluşlar Mevduatı
- 4, Mevduat Sertifikası
- 5, Bankalar Mevduatı
- 6, Diğer Kuruluşlar Mevduatı

Mevduatın türlerine ilişkin diğer gelişen uygulamalarda, mevduat türlerinin kapsamları da belirlenmiştir. Buna göre;mevduat amaç ve şekline göre şu tasnife tabi tutulmaktadır:

1. Vadeli Mevduat

Bir aydan bir yıla kadar çeşitli sürelerde belirlenmiş ve vadeden önce geri alınmamak şartı ile yatırılmış mevduattır. Bu mevduat çeşidinde her bir vade dilimi için farklı faiz oranları öngörülür.

2, Vadesiz Mevduat

Mevduat sahiplerinin istedikleri zaman kısmen ya da tamamen çekebilecekleri mevduat türüdür.

3, İhbarlı Mevduat

Yatırılan mevduatın çekilmesi, bir ihbar süresine bağlı tutulduğu durumlarda bulunmaktadır.

4- Tasarruf Mevduatı

BankK.34.m. ne göre tasarruf mevduatı, diğer mevduat çeşitleri dışında kalan ve gerçek kişiler tarafından bu nam altında açtırılan ve ticari işlemlere konu olmayan mevduat olarak tanımlanmıştır.

Tasarruf mevduatı günümüzde, hem tasarruf sahiplerinin kendilerine sağlam ve gelir sağlayan bir tasarruf kurumu olması, hem de bankaların kolayca elde edebilecekleri ve kullanabilecekleri bir kaynak oluşturması bakımından önem taşımaktadır.

Bu mevduat çeşidi, kişilerin biriktirdikleri, ileride harcayacakları gelirlerinin geçici olarak ya da faizlendirmek amacı ile bankalara yatırdıkları paralardır. Tasarruf mevduatı aynı zamanda, bankaların aktif işlemlerinde kullanma imkanı ve sınırı en yüksek mevduat çeşididir.

Tasarruf mevduatı banka ve müşterisi arasındaki ilişkinin niteliği ve banka tekniği bakımından sınıflandırılabilir. Bunlar: küçük cari hesap, tasarruf cari hesap, ihbarlı tasarruf mevduatlarıdır.

Bunlardan tasarruf cari hesap şekli, banka müşterisine çek kullanma imkanı da sağlayan bir hesap türüdür.

II- TASARRUF MEVDUAT SÖZLEŞMESİ

A- Banka-Müşteri Tasarruf Mevduat İlişkisi ve Terim

1-Banka-Müşteri Tasarruf Mevduat İlişkisi

Münferit müşteri ve banka arasında, mevduatın yatırılması (kabulü) ile bir hukuki ilişki oluşur. Bankaya bir miktar para yatırmış olan müşteri ile banka arasında bu hukuki ilişki gereği bir takım hukuki bağlar, hak ve yükümlülükler mevduatın yatırılması (kabulü) ile başlar.

İlk bakışta müşterinin bir miktar parayı bankaya yatırması, bankanın da bunu kabulü ile başladığı görünen bu hukuki ilişki, gerçekte bunda bir basamak önce başlamıştır. Bu ilk aşama, mevduatın yatırılması ve kabulünü gerektiren aşamadır. Doktrinde, banka ile müşteri arasında kurulan mevduat ilişkisinin bir anlaşma ile başladığı üzerinde bir anlaşma vardır. Bu sözleşme sonucunda mevduat bankaya yatırılmakta, bir tasarruf mevduat ilişkisi doğarak sonuçlarını devam ettirmektedir. Bu anlaşmadan doğan ek sonuçlar da söz konusu olabilir. Müşteri ile banka arasında doğan çek ilişkisi buna örnek olarak verilebilir¹². Gerçekten de bu anlaşma ile kurulacak tasarruf cari hesaplar bir çek ilişkisinin de başlangıcı olmaktadır.

¹² Yüksel, s.71.

Yine bunun yanında tasarruf mevduat ilişkisinin kurulmasından sonra, banka'larca müşterilerine bazı münzam menfaatler de sağlanmaktadır¹³.

Bu ilişkilerin dışında, tasarruf mevduat ilişkisi, asli hak ve yükümlülükler bakımından mevduat yatırılması, çekilmesi faiz ödenmesi, ihbar süresine uyulmasına ilişkin yükümlülükler ve mevduat zamanaşımı gibi ilişkiler de doğmaktadır. Bunların yanında, Bankalar Kanununca bazı Kamu Hukuku karakterli yükümlülükler ve yaptırımlar da bu ilişkiye uygulanabilir duruma gelir. Merkez Bankasında tasarruf mevduatları için münzam karşılık bulundurma, mevduat faizi ile ilgili oranların belirlenmesinde idari işlemlerin yapılması ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile ilgili hükümleri buna örnek teşkil ederler.

Bankaların kuruluş, yönetim, devletin kontrolü ve denetleme kurallarını düzenleyen banka genel hukuku sistemi dışında kalan, özel hukuk nitelikli kurallara tabi banka ile müşterisi arasındaki ilişki iki tarafın (banka-müşteri) arasında karşılıklı irade beyanlarından doğmaktadır. Bu ilişkinin de bir sözleşme olduğu konusunda herhangi bir şüphe yoktur¹⁴.

2- Terim

Banka ile müşterisi arasındaki bu tasarruf mevduat ilişkisine "Tasarruf Mevduat Sözleşmesi" adı verilmektedir¹⁵. Tasarruf mevduat sözleşmesini para yatırma sözleşmesi¹⁶ olarak isimlendirmek kanaatimizce yanlış olacaktır. Çünkü, günümüz bankacılık tekniğinde hesap açılması olarak şekillenen banka işlemlerinde, banka müşterisi bir çok şekillerde bankaya para yatırabilmektedir. Nitelikleri gereği, bunların arasında bir çok fark bulunmaktadır. Bütün bu para yatırma işlemlerinin tasarruf mevduat ilişkisinin bir parçası olduğu da söylenemez. Örneğin, hamiline yazılı sertifikası, tasarruf sahibi müşterinin başvurusu üzerine ve yatırdığı mevduat karşılığında, banka tarafından düzenlenen metinde yazılı belli bir miktardaki paranın hamiline ödeneceğini gösteren ve niteliği farklı olan bir kıymetli evraktır¹⁷.

Başka bir örnek de, müşterek hesap sözleşmesidir. Müşterek hesap sözleşmesi, usulsüz tevdi ve vekalet sözleşmelerinin unsurlarını içeren bir banka sözleşmesidir¹⁸.

B- Tasarruf Mevduat Sözleşmesinin Kuruluşu, şekli, Hukuki Niteliği, ve Tarafların Hak-Yükümlülükleri

1- Kuruluşu

Tasarruf mevduat sözleşmesi niteliği gereği mevduatı bankaya yatırılmasından sonra kurulur. Gerçekten de teknikleşmiş banka ilişkileri gereği,

¹³ Atasagun. s.295

¹⁴ Kaplan (Banka), s,15, Konuralp. s,15

¹⁵ Kaplan (Banka), s,15, Bilge. s.354

¹⁶ Konuralp, s.15

¹⁷ Kaplan (İsimsiz Hesap), s.88

¹⁸ Kaplan (Banka), s.16

Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği

tasarruf sahibi banka müşterisi, mevduat hesabı sahibi olmak istediğinde her hangi bir bankaya giderek parasının yatırmakta ve böylece müşteri ile banka arasında tasarruf mevduat ilişkisi doğmaktadır.

Banka da mevduatı kabul etmekte ve müşterisine bir hesap cüzdanı vererek ilişkinin kurulma safhası tamamlanmaktadır.

Özel Hukuk sistemimizde, sözleşmeler, icabın ve kabulün yapılması ile yani tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunması ile kurulabilirler. Bu prensip gereği tevdi borcu doğuran sözleşmeler içerisinde olan tasarruf mevduat sözleşmesi de bu irade beyanlarının yapılması ile kurulur. Bir miktar paranın tevdi edilmesi gereği, tasarruf sözleşmesinin real sözleşme niteliğinde olmasını gerektirmez. Hukuk sistemimiz real-rızai sözleşme ayırımında real sözleşmelere ancak istisnai bir yer tanımıştır. Bu bakımdan tasarruf mevduat sözleşmesinin kurulma anı paranın bankaya yatırılış anı değil, bilakis banka ve müşterisinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında buldukları andır.

Ancak, bu durumun tasarruf mevduat sözleşmesinin yapısına da ters düşmektedir. Paranın henüz yatırılmadığı hallerde bankanın müşteriden parayı yatırmasını talep yetkisinden söz etmek güç olacaktır¹⁹.

2- Şekli

Tasarruf mevduat sözleşmesi için Bankalar Kanunu ya da diğer bir kanunda herhangi bir şekil öngörülmemiştir. Bu bakımdan tasarruf mevduat sözleşmesi Borçlar Kanununun getirmiş olduğu genel şekil serbestisi kuralına tabidir.

Bankaların, müşterilerine hesap cüzdanı vermeleri tasarruf mevduat sözleşmesinin şekle bağlı olduğunu göstermez. Bankalar Kanununda hesap cüzdanı verilmesine ilişkin bir zorunluluk öngören bir hüküm olmadığı gibi, sözleşmenin kuruluş anı hesap cüzdanının düzenlenip verilmiş anı değildir. Tasarruf mevduat sözleşmesi, hesap cüzdanının düzenlenme ve verilmesinden daha önce kurulmaktadır.

3-Hukuki Niteliği

Tasarruf mevduat sözleşmesi kurulduktan sonra, taraflar arasındaki ilişki, hesap sahibinin bankaya karşı yatırdığı miktar kadar alacak hakkını içerir.

Ancak, banka ile müşteri arasındaki tasarruf mevduat ilişkisinin hukuki niteliğinin ne olduğu tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler, tasarruf mevduat sözleşmesinin vekalet sözleşmesi, karz sözleşmesi, usulsüz tevdi ya da karma sözleşme olduğu şeklindedir.

Bunlardan birinin kabulü halinde, uygulama açısından farklılıklar ve bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Çünkü, usulsüz vedia görüşü kabul edi-

¹⁹ Konuralp. s,20

lecek olursa; müşterinin alacağı niteliğinde olan hesabı bankanın her hangi bir alacağı ile takas edilemeyecektir. BK.123/1.m.sine göre böyle bir durumda müşteri mevduatı istediği anda geri alabilecektir.

Buna karşı, karz sözleşmesinin kabulü halinde, bankanın herhangi bir alacağı mevduatla takas edilebilecektir. Bunun yanında mevduat sahibinin mevduatı istediği anda çekebilme imkanı ortadan kalkacaktır. BK.312.m. ye göre, vadesi ya da ihbar süresi belirlenmemiş ve geri istendiğinde muaccel olacağı şart edilmiş bir ödünç, talepten itibaren altı hafta içerisinde ödenebilmektedir²⁰.

a- Usulsüz Tevdi Görüşü

Usulsüz tevdi, vedia sözleşmesini bir çeşidedir. Vedia sözleşmesi, mudi tarafından verilen bir şeyin müstevdi tarafından emin bir yerde saklanmasını konu alan bir sözleşmedir. Usulsüz tevdiyi düzenleyen BK.472.m.ye göre ise müstevdi, kendisine tevdi edilen şeyi aynen değil misli ile iadeyle yükümlüdür. Vedia sözleşmesinde mülkiyet tevdi edende kalmaktayken, usulsüz tevdi mülkiyet tevdi edilene geçmektedir²¹.

Buna göre usulsüz tevdi ilişkisinin konusu, para, kıymetli evrak veya misli şeylerdir.

Usulsüz tevdi vedia sözleşmesinden ayıran diğer bir fark da, BK.472/2 tarafından getirilmiştir. Buna göre eğer bir miktar para açık ve mühürsüz bir şekilde bırakılmışsa usulsüz tevdi, kapalı ve mühürlü bir şekilde bırakılmışsa vedia sözleşmesinden söz edilebilir²². Usulsüz tevdi ayrıca belirtmeye gerek olmaksızın tevdi edilen şey kullanılabilir. Usulsüz tevdiin bu özelliği onu karz sözleşmesine benzetmektedir. Ancak usulsüz tevdi farklı olan husus asli borcun tevdi edilen şeyin saklanmasıdır. Tevdi edilen şey aynen ya da misli ile iade edilerek borçtan kurtulunur²³. Karz ise bir saklatım değil kullanıma sözleşmesidir.

Tasarruf Mevduat sözleşmesinin usulsüz tevdi olduğunu ileri süren görüş öncelikle tevdi ve mevduat kelimelerindeki yakınlığa dikkat çekmektedirler. Usulsüz tevdi görüşünü destekleyen diğer bir husus da tevdi olunan şeyin mülkiyetinin mevduatta olduğu gibi tevdi olunana geçmesidir.

Ayrıca, paralarını bankaya yatıran kişilerin daha çok paranın saklanması amacı ile hareket ettikleri ileri sürülmektedir²⁴. Bu görüşün bir delili ise mevduatı korumak için, devletçe tedbirlerin alınması, bankaların munzam karşılık bulundurmalarıdır.

BankK.35.m. si ş.şe70 sayılı KHK.35/1.m.lerinde vade ve ihbar süreleri saklı kalmak şartı ile mevduatın çekilebileceği tasarruf mevduat sözleşmesini

²⁰ Tekinalp, s.310

²¹ Turanboy, s.20-22 Oser-Schönenbrger, s, Art.481, N.8,9

²² Bilge, s.353.

²³ Gürsel, s.82

²⁴ Bilge, s.354. Gürsel, s.188

Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği

usulsüz tevdi benzetmektedir. Bunun yanında, tasarruf mevduat sözleşmesinde uygulanan faiz oranlarının düşük olması da diğer bir delil olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay'ın da bu görüşe yakın kararları bulunmaktadır. Bir kararda ifade edilen " Usulsüz tevdi hakkında kar hükümleri tatbik edileceğinden dava tevdiden 10 sene itibaren zamanaşımına tabidir." Görüş buna örnek verilebilir²⁵. Başka bir kararda da, "davacı ile banka arasındaki ilişki vedia ilişkisine dayanmaktadır" görüşü belirtilmektedir²⁶.

b- Karz Sözleşmesi Görüşü

Tasarruf mevduat sözleşmesinin bir karz sözleşmesi modelinde olduğu görüşü, tasarruf sahibi kişilerin bankalara para yatırırken bu tasarruflarını emanet bırakmak ve güvence altına almaktan çok tasarruflarının faiz yolu ile gelir getirmesi amacı ile hareket ettiklerini ileri sürmektedir. Para piyasasının yeteri kadar gelişmediği ülkelerde tasarrufların gelir getirmesini isteyen kişiler paralarını bankalara yatırmaktadırlar. Mevduatın bankaya yatırılması anında mülkiyetin bankaya geçmesi de tasarruf mevduatı sözleşmesinin karz sözleşmesi olduğunu göstermektedir²⁷. Tasarruf mevduat sözleşmesinde asıl yükümlülük saklatım değil tasarrufun gelir getirmesidir²⁸.

c-Karma Görüş

Bu görüş vadesiz mevduatı usulsüz tevdi, vadeli mevduatı ise kar olarak değerlendirmektedir. Buna göre, menferit sözleşmeler ağırlık noktalarına göre değerlendirilmelidir. Eğer bankanın yararı ağır basıyor ise, burada bir kar sözleşmesi

KAYNAKÇA

- Atasagun, Saim; Bankalar Kanunu
Bilge, Necip; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara,1971
Eren-Altınok-Tandoğan; Bankalar Kanun Şerhi, Ankara,1989
Etı, Ayten; Banka ve Banka Muameleatı, İstanbul,1957
Feyzioğlu, N; Feyzi; Borçlar Hukuku, 2.Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1980
Gürsel, Nurettin; Usulsüz Tevdi, Ad.D.,1950, S.1-2
İmregün, Oğuz; Mevduatı Koruma Bakımından Bankalara Devlet Müdahalesi, İstanbul,1957
Kaplan, İbrahim; Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması, Batıder, C.XIV, S.2 (Banka)
Kaplan, İbrahim; Hamiline Yazılı Mevduat Sertifikası, Batıder, 1985, C.XI, S.4 (İsim-siz Hesap)

²⁵ Yarg. 3.HD.23-2-1960. ad.D.1960, s,417

²⁶ Yarg.HGK.2-11-1983, YKD. C.XI.1984, S.3, s,350

²⁷ Tandoğan. s.331

²⁸ İmregün, s.40

Yrd.Doç.Dr. Kürşat Nuri Turanboy

- Konuralp, Haluk; Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği, ABD, 5.1,1980
Küney, Hikmet; Banka Tekniği; Ankara,1980
Önur, Vedat, Banka Muamelelerinin Hukuki Mahiyetleri; Ankara,1959
Oser,W-Schönenberger,W; Züricher Kommentar, 2.Auf., Zürich,1945
Öcal, Tezer; Türk Banka Sistemi, Ankara,1973
Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1-2, Ankara,19855
Tekinalp, Ünal; Banka Hukukunun Esasları, C.1, İstanbul,1988
Tolun, Osman; Banka ve Borsa Hukuku;1969
Turanboy, Asuman; Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara,1998
Yüksel Sait; Bankacılık Hukuku, Trabzon,1982

**DEVLETLERİN EGEMENLİĞİ VE
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS)
"LA SOUVERAINETE DE L'ETAT ET LA CONVENTION
EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME"**

Jean-François FLAUSS

Çev: Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY**

İÇİNDEKİLER

**I. DEVLETİN ANTLAŞMAYLA İLGİLİ HÜRRİYETİNİN BOZULMASI
(L'ALTERATION DE LA LIBERTE CONVENTIONNELLE DE L'ETAT)**

**A. Devletin Sözleşmeyle Bağlanma Hürriyetinin Bozulması
(L'altération de la liberté de l'Etat de se lier)**

1. AİHS'nin Seçimlik Düzenlemelerine Katılma Zorunluluğu Hakkında
(De l'obligation d'adhérer aux stipulations optionnelle de la CEDH)
2. Çekince Koyma Hakkının Vesayet Altına Alınması Hakkında
(De la mise sous tutelle du droit de formuler des réserves)

**B. Devletin Sözleşmeyle Bağlı Olmama Hürriyetinin Bozulması
(L'altération de la liberté de l'Etat de se délier)**

1. Geçici Olarak Sözleşme İle Bağlı Olmama Hürriyetinin Bozulması?
(L'altération de la liberté de se délivrer temporairement?)
2. Kesin Olarak Sözleşme İle Bağlı Olmama Hürriyetinin Bozulması
(L'altération de la liberté de se délier définitivement)

**II. DEVLETİN "EGEMENLİK YETKİLERİNİN" ZAYIFLAMASI
(Le mitage des "compétences de souveraineté" de l'Etat)**

**A.- İç İşlerine İlişkin "Egemenlik Yetkilerinin" Zayıflaması
(Le mitage des "compétences de souveraineté" interne)**

1. Anayasa Konusunda (En matière constitutionnel)
2. Mali Konularda (En matière fiscale)
3. Kamu Hizmeti Konusunda (En matière de fonction publique)

**B.- Dış İşlerine İlişkin "Egemenlik Yetkilerinin" Zayıflaması
(Le mitage des "compétences de souveraineté" externe)**

1. Yabancıların Sınırdışı Edilmesi Konusunda
(En matière d'éloignement des étrangers)
2. Vatandaşların Yabancı Ülkelerde Korunması Yetkisi
(La compétence de protection des nationaux à l'étranger)

**III. DEVLETİN İLGA ETME HAKKININ AŞINMASI
(L'érosion du droit de dérogation de l'Etat)**

* in Souveraineté de l'Etat et Interventions Internationales, Edition Dalloz, Paris, 1996, s. 59-74

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

Jean François Flauss, Çev: Yrd.Doç.Dr. Ender Ethem Atay

A. Değerlendirme Yetkisi Öğretisinin Gerilemesi
(*Le recul de la doctrine de la marge d'appréciation*)
B. Hakların Kötüye Kullanılması Kuramının İkincilliği
(*La marginalisation de la théorie de l'abus de droit*)
DİPNOTLAR

DEVLETLERİN EGEMENLİĞİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS)
KONUSUNDAKİ RAPOR ÜZERİNDEKİ TARTIŞMALARIN ÖZETİ (*Résumé des débats*)

DEVLETLERİN EGEMENLİĞİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS) "LA SOUVERAINETE DE L'ETAT ET LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME"

-1950 yılında Avrupa Konseyi'nin üye devletlerinin imzalarına açılması sırasında, AİHS dönemin uluslararası hukukunun ideal standart kuralları (*canons du droit international de l'époque*) karşısında kısmen devrimci bir metin (*texte relativement révolutionnaire*) gibi belirmişti. Ancak bununla birlikte Sözleşme devletlerin egemenliğini koruyup kollamak endişelerini de taşıyordu.

Yeni Sözleşme ile benimsenen en göz alıcı yenilik devlet adına başvuru (*nom recours étatique*) idi. Antlaşmayı imzalayan diğer bütün devletlere karşı, antlaşmayı imzalayan taraflara tam yetkiyle dava açma hakkına paralel olarak kurumsallaşmış bir hak olarak dava açma yetkisi, devletler lehine kurulmuştur. Bir başka deyişle, AİHS'nin 24. maddesinin düzenlemeleri Avrupa çerçevesinde insan haklarının korunmasında devletlere özgülenmiş alan kuramını (*théorie du domaine réservés des Etats*) Birleşmiş Milletler Şartı'nın (*Charte des Nations-Unis*) 217. maddesinin anlamından kurtarmıştır.

Böylece federal tercihten oldukça büyük ölçüde ödünç alınan hukuksal bir sistemin eksenini kurmaya elverişli uluslarüstü gerçek bir dava, bireyler lehine (*création au profit des individus d'un véritable recours supra-national*) oluşturulmuştur. Bundan başka, salt ulusal yetkinin geleneksel ilkesinin tekrar gündeme getirilmesi tartışması da varlığını sürdürmüştür.

Bununla birlikte, AİHS'nin özündeki federal karakterinin bir taslak olmaktan daha çok, bir gerçekliğe benzeştirilmesinin tanınması zorunludur. Gerçekten de 25. maddenin ünlü dava açma hakkı, ancak seçimsel bir nitelik sunmuştur. Diğer yandan, eğer federal bir denetim var idiyse bu husus eksik olarak mevcut olacaktı; zira Avrupa'nın gözetleyici kuruluşlarının federal uygulamaya başvurabilme yeteneği hiç bir şekilde yoktu.

Devletlerin egemenliğinin çıkarlarını savunmak kaygısıyla Sözleşme'yi kaleme alanlar, zaten başlangıçtaki önerilerini iyiden iyiye bir daha görmüşlerdi. Böylece özellikle hassas bir takım hakların güvencesi için (mülkiyet hakkı - *droit de propriété*-, eğitim hakkı -*droits scolaires*, siyasal haklar -*droits politiques*-) ek bir protokola (*un protocole additionnel*) göndermede bulunmuştu; yani seçimlik bir araca. Aynı şekilde ve özellikle, birey tarafından direkt olarak dava açılabilen tek yargı yeri olan (*juridiction unique pouvant être saisie directement par les particuliers*) Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanı'nın projesi üçlü bir denetim sistemi lehine bırakıldı. Bu sistemde ortak hukukun karar makamı (*instance de décision de droit commun*) geleneksel bir diplomatik organdı; halihazırda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (*Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*).

-1994 yılında AİHS ve devletlerin egemenliği arasındaki ilişkiler kırk yıl kadar öncesinden sunulandan farklı hassas bir görünüş sunmaktadır.

Gerçeği söylemek gerekirse kırk yıldan, özellikle son yirmi yıldan beri; işlevsel federalizm kuramıyla (*théorie du fédéralisme fonctionnel*) beslenerek ve aynı anda ünlü kılınarak az çok benzeşen birbirini izleyen sapma sonucunda, AİHS'nin tarihi devletlerin egemenliğinin gerilemesi tarihine dönüştü. Devlete ait egemenliklerin yoğunlugunun azaltılması gelişiminin varlık sebepleri çok iyi bilinmektedir. Batı Avrupa toplumlarında insan hakları ideolojisinin değer kazanması (*valorisation de l'idéologie des droits de l'homme*), devletlerin hürriyetinin katı bir çerçevesinin esaslı tualı olmaya yaramıştır. Ancak bu sonuncu husus, özellikle somut hukuk kuramı (*théorie du droit vivant*) ve anayasal tipin yorumlanması yöntemlerine başvuru (*recours à des méthodes d'interprétation de type constitutionnel*) üzerine kurulmuş olan Strasbourg'un denetim organlarının hukuksal etkinliği ile ilişkili hale gelmiştir. Diğer yandan bir süreden beri tezat ilke açıklamalarına karşı, Komisyon ve Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanı ulusal hukuka saygının denetimine açıkca müdahale etme fırsatı bulduklarında; tereddüt etmeksizin dördüncü derecedeki gerçek yargıçlar (*véritable juges de quatrième degré*) gibi davranmalarına ilişkin artan doğal eğilimlerini ortaya koymaktadır.(1)

Hiç kuşkusuz önceden kestirilemeyen ve mantıksız olmayan ama buna rağmen bilinmeyen Strasbourg makamlarının çağımızdaki jürispürüdanlarında, sadece devlete ait yetkilerin söz konusu edilmesi gelişimi tanınmaktadır. İnsan haklarının korunmasındaki etkinlik adına, Komisyon ve Adalet Divanı **de facto** olarak ülkelerin topraklarının dışında da AİHS'nin etkilerinin oluşumuna yol açmayı ve bunu izleyen üçüncü ülkelerin egemenliğine biraz zarar vermeyi öngören bir mantığın içine az çok girmiştir.(2) Ancak, devletin egemenliğinin maruz kaldırdığı AİHS hukukunun delili olma niteliği, her şeyden önce Sözleşme'nin taraflarıyla ilgilidir. Devlete ait yetkilerin elde tutulmasını çağırıştırmaya kadar gitmeksizin; bununla beraber üye devletlerin ayrıcalıklarının devletlerin sözleşmeyle ilgili hürriyeti (*liberté conventionnelle de l'Etat*) (1), devletin egemenliğinden kay-

naklanan yetkileri (*compétences de souveraineté de l'Etat*) (II), devletin ilga hakkı (*droit de dérogation de l'Etat*), sırasıyla (ve toplamalı olarak) gerçekleştirilen metastatik dogasının (*nature métastatique*) bir fenomeninin kurbanı olacağı noktalarının belirtilmesi uygun olacaktır.

I. DEVLETİN ANTLAŞMAYLA İLGİLİ HÜRRİYETİNİN BOZULMASI (L'ALTERATION DE LA LIBERTE CONVENTIONNELLE DE L'ETAT)

Hiç kuşku yok ki, AİHS bir sözleşmedir, ancak olağan bir sözleşme (*un traité ordinaire*) değildir. Son on yıl boyunca, özellikle uluslararası hukukun sözleşmelerinin geleneksel kurallarının uygulanması açısından sözleşmeyle bağlı olmada olduğu gibi AİHS'nin bu özelliğinin daha keskin bir şekilde farkedilmesi, sözleşmeyi bozmaya ilişkin devletin hürriyetinin sınırlandırılmasına da oldukça önemli bir ölçüde katkıda bulunmuştur.

A. Devletin Sözleşmeyle Bağlanma Hürriyetinin Bozulması (L'altération de la liberté de l'Etat de se lier)

Devletler yemeği listeden seçebilme durumundan bir fiks menü yemek kabul etme durumuna gelmişlerdir. Tamamlayıcı protokollarda (*protocoles complémentaires*) olduğu gibi Sözleşme'nin ihtiyari şartlarının imzalanması (*souscription des clauses facultatives de la Convention*) neredeyse bir zorunluluğa dönüşmeye yönelmiştir. Buna paralel bir şekilde yorumlayıcı açıklamalar (*déclarations interprétatives*) ve çekince koymaya ilişkin yetkiler git gide kısıtlandırılmış bir şekilde anlaşılmaya başlanmıştır.

1. AİHS'nin Seçimlik Düzenlemelerine Katılma Zorunluluğu Hakkında (De l'obligation d'adhérer aux stipulations optionnelle de la CEDH)

Doğu ve Orta Avrupa ülkelerinin Avrupa Konseyi'ne kabul edilmesi bağlamında, AİHS'nin aday ülke tarafından kabul edilmesi artık basit bir şart değildir. Uygulamada bu durum hukuksal bir zorunluluğu oluşturmuştur.(3) Aday devletler kuruluşu giriş anında Roma Antlaşması'nı (*Convention de Rome*) yalnızca imzalamak yükümlülüğü altında kalmak durumunda olmayıp, ama en kısa zamanda adı geçen Sözleşme'yi onaylamak yükümlülüğünü de üstlenmek zorundadır.(4) Protokolleri imzalamak zorunluluğuna gelince, elbette yeni üyelere kabul etmeye zorlanılan değiştirme protokolleri (*protocoles d'amende-ments*) ile(5) katılımı ihtiyari olan, ancak bununla birlikte özellikle önerilen genişleme protokolleri (*protocoles d'extentions*) arasında bir ayırım yapmak gerekir. Her zaman devletlerin sözleşmeyle ilgili hürriyetlerine kayda değer en önemli zarar, Adalet Divanı'nın yargılamasının (md.26) veya Komisyon'un şahsi yetkisinin kabulünün ihti-

yari şartlarının seçimlik karakterinin **de facto** (fili) olarak ortadan kalkmasından kaynaklanmaktadır.

Bu şartlar içinde, halen gerçekten seçimlik olan tek şart, uluslararası ilişkileri güvence altına alan taraf devletlerden birinin topraklarıyla ilgili protokoller ile AİHS sıfatıyla alınmış yükümlülüklerin boyutlarının yayılmasına (*une extention modulée des engagements*) imkan tanıyan Sözleşme'nin 63. maddesi tarafından kabul edilmiş olanıdır.

2. Çekince Koyma Hakkının Vesayet Altına Alınması Hakkında (*De la mise sous tutelle du droit de formuler des réserves*)

Seksenli yıllar boyunca, AİHS'ne konulan çekincelerin uluslararası denetimi köklü bir denetimi tanıyordu: Böylece devletler arasında olan bu denetim hukuksal bir niteliğe dönüştü. (a) Aşağı yukarı bununla eş değerde olarak, insan haklarının ortak "anayasal" bir hakkı tezinin sağlamaştırılmasının gelişmesi (*progressive consolidation de la thèse d'un droit "constitutionnel" commun des droits de l'homme*) hiç kuşkusuz, AİHS'ne çekince koyma hakkının ikinci derece zorunluluğu fikrine yardımcı olmuştur. (b)

a) Zımni yetkiler kuramının (*théorie des compétences implicites*) uygulanmasıyla, Strasbourg'un denetim organları Sözleşme'nin 64. maddesi tarafından zorunlu kılınan esasa ve şekle ilişkin şartlara saygının incelenmesine girişilmesini kabul etmişlerdir.(6) Ayrıca adı geçen zorunlukların tanınması halinde; davalı devletin ileri sürdüğu yorumlayıcı açıklamaların veya çekincelerin geçersizliğine (*invalidation*) (ya da yok hükmünde olmasına -*nullification*-) ilişkin bir yetkiyi kullanmakta adı geçen organlar tereddüt etmemişlerdir.(7) Komisyon önünde bireysel başvuru hakkının kabulü açıklamalarında yer alan esasa ilişkin sınırlandırmalar hakkında kıyaslanabilir bir denetim, bu sınırlamaların bir çekincenin zorunluluğuna benzer etkiler doğurduğu ölçüde uygulanmıştır.(8)

Bu yenilikçi jürispürüdansın sürekliliği içinde, bir ulusal yargılama yeri en azından, hali hazırda İsviçre Federal Mahkemesi (*Tribunal fédéral suisse*), yorumlayıcı açıklamaların ve uluslararası çekincelerin geçerliliğinin denetimine girişmişti. Ayrıca ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu açıklamanın 64. maddenin gereklerine cevap veremediği ölçüde geçersiz oluşuna hükmetmiştir.(9)

Fransa'nın durumuyla ilişkili ifade edilen çekinceler hakkı konusunda Avrupa jürispürüdansının katkısı, Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak konulan çekincenin çok tartışmalı olan özelliğini aydınlatmış olmasıdır. Fransa'nın koyduğu bu çekincenin amacı Devlet Başkanı'nın Anayasa'nın 16. maddesinde öngörülen istisnai rejimin (*régime d'exception*) başlatılması ve uygulamaya konması çerçevesindeki takdir yetkisini (*liberté de manoeuvre du Président de la*

République) korumaktır. Hiç kuşkusuz bu çekince genel nitelikli çekinceler koyan devletlere yapılan yasaklamaya uygundur.

b) Yargıç De Mayer'in Bellios kararında kendi fikri ile uyum içinde olan 1988 yılında açıklamış olmuş olduğu görüşü -şöyle ki AIHS'nin 64. maddesi ancak kaldırılmak üzere müracaat edilen geçici çekincelerince izin verir- Avrupa Konseyi Parlamentosu'nun (*Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*) nezdinde olumlu bir yanıyla karşılaşmıştı. Eğer Avrupa Konseyi Sözleşmelerine üye devletlerce konulan çekincelere ilişkin 1237 nolu (1993) tavsiyenin (*recommandation*) içeriği tarafından bu husus değerlendirilmiş ise; diğer önerilerin arasında adı geçen tavsiye kararı, AIHS'nin düzenlemeleri karşısında çekinceler koyan devletler tarafından iyi bir şekilde kurulan inceleme hakkının sürdürülmesini İnsan Hakları Yönetim Komitesi'ne (*Comité directeur des droits de l'homme*) tevdi edilmesini önermektedir.

İnsan onurunun korunması haklarının desteklenmesi noktasına, temel hak ve hürriyetlerin genel olarak uluslararası hukuk özellikle AIHS'nin çerçevesi içinde, dikkatin çekilmesi, böyle bir yasak sözleşme yoluyla açıkca konmamış olsa bile(11), bu tür bir hakkın çekincelere konu yapılamıyacağı fikrini kuvvetlendirmeye katkıda bulunur. Daha basit bir şekilde, özellikle Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları yönetimi tarafından şiddetle yeni demokrasilere çekincelerini maksimum sınırlandırılmaya davet edildiği belirtilecektir.

Gereksiz ayrıntılar seviyesine çekincelerin indirgenmesi istemi aynı şekilde denetim organlarının jürispürüdanısında da çokca mevcuttur. Böylece özellikle Adalet Divanı soyadının seçiminde eşler arasındaki eşitlik konusundaki (*égalité entre époux dans le choix du nom de famille*) 7 nolu Protokol'ün 5. maddesine İsviçre tarafından yapılan çekinceyi felce uğratmıştır.(12) Adalet Divanı adı geçen protokolün düzenlemesinin yalnızca eşler arasında medeni nitelikli sorumlulukları ve haklardaki eşitliği düzenleyen Sözleşme'nin 8 ve 14. maddelerine oranla "**lex specialis**" oluşturuyor şeklinde yapılan bir değerlendirmeyi reddetmiştir.(13) Başka bir deyişle, yorumlayıcı açıklamalar ve çekincelerin uygulanabilirliğinin sınırlandırılmasını bilinçli olarak bir siyasal içtihat aracılığıyla, devletlerin çekincelere ilişkin görüşünü sınırlandırmak maksadıyla, Avrupalı makamlar Sözleşme'nin uygulanması alanı ile ilgili olarak bu devletler tarafından alınmış önlemleri bozacak bir güçtedir.

B. Devletin Sözleşmeyle Bağlı Olmama Hürriyetinin Bozulması (*L'altération de la liberté de l'Etat de se délier*)

Hiç kuşkusuz insan haklarını koruyan sözleşmeler, sonsuzluk için kurulan anayasal çadırlardan (*constitutions des tentes dressées pour l'éternité*) daha fazla değildir. Bununla beraber, öğreti tarafından git gide geniş bir biçimde kabul

edilen bir görüŖe göre; devlete ait yükümlülüklerinin geniş bir biçimde geri dönülemeyen özelliği (*caractère largement irréversible des engagements étatiques*) insan hakları sözleşmesi hukukunun temel niteliklerinden birini oluşturur. AİHS çerçevesi içinde, benzer kavram devletin geçici olarak Sözleşme ile bağlı olmaması (*droit reconnu à l'Etat de se délier temporairement*) (md.15) ve sürekli olarak devlete bırakılan Sözleşme ile bağlı olmama hakkı (*droit concédé à l'Etat de se délier définitivement*) (md.65) üzerinde kuvvetli bir Ŗekilde etkide bulunmaya elverişlidir.

1. Geçici Olarak Sözleşme İle Bağlı Olmama Hürriyetinin Bozulması? (*L'altération de la liberté de se délier temporairement?*)

Askıya almaya konu olan düzenlemelerin uygulanmaması sonuçunu doğurması için, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların bir kısmının uygulanmasından sapma yapmaya izin veren 15. madde tarafından devlete tanınan hak rastlantısal olarak geçici bir çekince yetkisine benzetildi. Özellikle devlet egemenliğini koruyan bu analiz Avrupa jürispürüdansı tarafından devre dıŖı bırakılmıŖtır.(14) En azından Ŗayet geçici katı önlemler gibi sapmaların ancak kabul edilmesine iliŖkin bir "**opinio juris**"ın tasanının geliŖmesi tarafından aŖađıdaki kanıya ulaŖılmıŖ ise(16), yakın bir gelecekte olabilecek bir iddiaya göre de bir sapmadan çıkarılan karar, kural olarak devletin takdir yetkisinden (*pouvoir discrétionnaire de l'Etat*)(15) kaynaklanır.

2. Kesin Olarak Sözleşme İle Bağlı Olmama Hürriyetinin Bozulması (*L'altération de la liberté de se délier définitivement*)

İptal edilemeyen sözleşmelerin (*traités non dénonçables*) aksine devletler tarafından kurulan anayasal korumalar (*protections constitutionnelles établies par les Etats*)(17) hayali olarak ortaya çıkma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Ŗayet AİHS'nin 65. maddesinde öngörülen Sözleşme'yi feshetme hakkının kullanılması görünüşün ötesinde doğrulanmak zorunda ise, söz konusu hakkın kullanılması kuvvetli bir Ŗekilde git gide borçta gömülmüş olur.

a) Gerçi, Sözleşme'ye taraf devletin bütün boyutları korunan 65. maddenin feshi kaydına başvurabilme Ŗartları kısmen zorlayıcıdır.(18) Zamana iliŖkin bir görüŖ açısından (*d'un point de vue temporel*), Sözleşme'yi imzalama tarihinden itibaren en az beŖ yıl sonrasına kadar Sözleşme'nin feshinin yasaklanması (*interdiction de dénoncer la Convention*) önemli bir engele dönüşebilir. Çünkü beŖ yıllık süre her Ŗeyden önce taraf devletin katıldığı son protokolün adı geçen devlet tarafından onaylanması tarihinden itibaren indirilerek hesaplanması gere-

kir. Üstelik eğer kısmi fesih seçimi (*option de dénonciation partielle*) değişiklik yapılamayacak olan bir protokol için uygulanabiliyor ise, netice itibariyle kelimenin tam anlamıyla Sözleşme için bu kısmi fesih seçimi söz konusu olmaz. Devletlerin Adalet Divanı'nın şu veya bu jürispürüdansından basit bir biçimde kendini kurtarabilmek için fesih usulünden yeterince yararlanamıyor olmaları(19), özellikle bu hususa itiraz edilebilir olduğuna kanaat getirdikleri gibi bir anlam taşır.

b) AİHS'nin feshinin etkilerine gelince, Sözleşme'nin feshi devleti daha önce altına girmiş olduğu yükümlülüklerin tamamından kurtarmaz. Uluslararası hukukun emredici kurallar niteliğini kazanan -Sözleşme'nin 2, 3 ve 4. maddeleri böyle bir amacı öngörmüştür- Sözleşme tarafından güvence altına alınan bazı hakların elverdiği ölçüde, adı geçen bu haklar uluslararası hukukun teammüllerini (*droit international coutimier*) rededen devletin aleyhinde varlığını devam ettirecektir. Bugün benzer bir tez artık tek başına öğretisel bir değere sahip değildir: Örneğin bu durum açık bir şekilde İsviçre Hükümeti tarafından benimsenmiştir.(20)

II. DEVLETİN "EGEMENLİK YETKİLERİNİN" ZAYIFLAMASI (*Le mitage des "compétences de souveraineté" de l'Etat*)

AİHS'nin jürispürüdansiyel hukukunun mevcut durumunda, taraf devletlerin egemenliğinin hücrelerinin çaresi bulunamayan bir tarzda tahrip edildiği yönünde bir kaniya ulaşmak tamamen yanıltıcı olacaktır. Gerçekten de Roma Antlaşması tarafından kurulan hukuksal düzen, adı geçen antlaşmanın normlarının direk etkisini empoze etmek için gerekli araçlara sahip değildir.(21) Bundan dolayı AİH Adalet Divanı ilke olarak Sözleşme'nin boşluklarını tamamlamak için kunun koyucu rolünü oynamayı reddetmeye devam etmektedir.(22) Üstelik, Divan durum elverdiğinde uluslararası hukukun en geleneksel kurallarına ayırdedici bir bağlılığı (ayırdedici özelliğinin olmadığı halde) ortaya koymuştur, yani bunlar özellikle devlet egemenliğinin koruyucusu olan hususlardır.(23)

Bundan dolayı denetim organlarının, kavramların bağımsızlığı, yaşayan hukuk ve güvence altına alınmış hakların geçerliliği kuramlarına yoğun başvurularının hem Sözleşme'nin sayı olarak uygulama alanının olağanüstü artmasına, hem de kişilere tanınan korumanın içerik olarak genişlemesine sebebiyet verdiğini kabul etmek gerekir.(24) Bunun sonucu olarak, baştan itibaren Avrupa denetim sisteminin dışında değerlendirilen devletin yetki sahaları git gide azalmaktadır. Değişken derecelerde olmak üzere bu zayıflama olgusu iç işlerine ilişkin egemenlik yetkilerinde olduğu kadar, dış işlerine ilişkin egemenlik yetkilerinde de geçerlidir

A- İç İşlerine İlişkin “Egemenlik Yetkilerinin” Zayıflaması (*Le mitage des “compétences de souveraineté” interne*)

AİH Adalet Divanı'nın icthatlarının yakın tarihteki gelişimi anayasal alanda farklı devletlerin haklarını azaltıcı niteliktedir.(25)

Divan aynı şekilde durumun elverdiği her fırsatta devletin tamamen bağımsız olduğu mali politikalarını uygulayabilme hürriyetini tekrar gündeme getirme eğilimindedir.

Nihayet, kamu hizmetine ilişkin uyuşmazlıkta Strasbourg icthatlarının sonucu geçitleri devlet ile memurları arasındaki ilişkiler hakkında yakın bir Avrupa denetiminin yayılması gibi yorumlanır.

1. Anayasa Konusunda (*En matière constitutionnel*)

Adil yargılama zorunluluğuna -direk dava açma veya yargılama öncesi uyuşmazlıkların oluşması halinde- anayasal uyuşmazlıkların önemli bir kısmının bağımlı kılınması(26) hiç kuşkusuz devletin hakkının bir ilerlemesini ifade eder.(27) Buna karşılık, anayasal usullere 6. maddenin 1.fıkrasının uygulanmasındaki paralel yayılma hassas bir şekilde devletin kendine özgü anayasal yargıyı düzenleme hürriyetini borçlu kılmaktadır. Veya en azından bu durum bireylerin lehine anayasa yargıcının davayı ele almasındaki gelişmeye bir frenleme oluşturma riskini taşır. Söz konusu olan her durumda, birçok devlet sözleşme hukuku tarafından anayasal uyuşmazlıklardaki bu davayı tamamen ulusal yetki alanından kaynaklanan bir alana müdahale etme gibi değerlendirme (haklı veya haksız olarak) gibi hissetmişlerdir.(28)

Anayasal yargı yerlerinin kararlarının AİH Adalet Divanı tarafından yok sayılması -en azından düşünsel olarak- ulusal anayasa hukuku gözetimi altında bulundurulmayı da aynı şekilde tamamen aldatıcı kılmıştır.(29)

Hiç kuşkusuz uluslararası hukuk normları ile ulusal normlar arasındaki hiyerarşik ilişkilerin uluslararası (*internationalist*) okunuşu, anayasal kuralları hiç de kendine özgü bir tür olarak ayrı tutmamıştır. Görünüş odur ki, Strasbourg Mahkemesi'nin basit bir kuralın daha fazla bir anayasal düzenleme olduğuna dokunmasının engellenmesini yeterince ispatlayamaması bu durum açıklamaktadır. Çünkü Mahkeme devletin bir anayasal değerini oluşturmuştur. Ulusal bir anayasal normun -Sözleşme'de yer almaması sebebiyle- (üstelik referandum yoluyla kabul edilmiş olsun) doğrudan doğruya tarafsızlaştırılmasının kabulü her zaman olmuştur. Avrupa insan hakları yargıcı açık bir şekilde kaynağı içsel olan bir anayasa üstülüğün (*supra-constitutionnalité*) mevcudiyetini ortaya koymuştur.

Anayasa hukuku alanında Sözleşme'nin gereklerinin yayılması parlamenter ve siyasal yargının hukuksalleştirilmesi yoluyla ifade edilmiştir.(30) Ayrıca Fransa'da cumhuriyetin adli yargısının (*Cour de justice de la République*) doğumuna yol açan yakın tarihli anayasanın değiştirilmesi sadece Fransız değerlendirmeleriyle değil, ama aynı şekilde AİHS'nin Fransız hukukuna uyumlaştırılmasına ilişkin emredici zorunluluğunun dikkate alınmasıyla haklı gösterilebilir.(31) Anayasal bir durumun AİHS'ne bağımlı kılınması konusunda tamamlayıcı bir merhale, 6. maddenin siyasal seçimlerin uyumsuzluklarında (*contentieux des élections politiques*) birtakım ilginç itirazlara uygulanabilir açıklamasının yapılması halinde tesadüfi olarak aşılmış olacaktır.(32)

2. Mali Konularda (*En matière fiscale*)

Daha birkaç yıl öncesine kadar Strasbourg jurisprüdansı açık bir şekilde mali politikaları devletin egemenliğinin bir yetkisi olarak değerlendirmişti.(33) Oysa ki, çok yakın tarihli *Hentrich c/France* kararı devletin mali egemenliği tabusunu çok ciddi bir şekilde kırmış gibi görünmektedir. Ek Protokol'ün 1. maddesinden kaynaklanan hukukun gerekliliklerine saygı aracılığıyla, aslında Mahkeme devletin mali politikalarını seçmesi yetkisini (*compétence de l'Etat à choisir sa politique fiscale*) veya en azından mali politikalarının uygulama araçları (*ses instruments de politique fiscale*) için gerçek bir sınırlandırmaya girişmiştir. Hiç kuşkusuz, Divan şufa hakkının (*droit de préemption*) (genel vergi kanununun 668. maddesi -*article 668 du code général des impôts*-) devletin egemenliğinin ayrıcalığı olarak eleştirilmeye hazır olmayan görünüşlerinin ihtimamla dikkate alarak doğrulanmasını muhafaza etmektedir. Ancak aynı şekilde, Divan adı geçen şufa hakkının kullanılma usullerini kabul etmeyerek bu hakkın özüne dahi ulaşmıştır. Söz konusu olan her durumda Divan, daha önce yaptığı gibi hüküm tesis ederek mali politikaları konusunda özelliği olan bir hakkın devletler tarafından ileri sürülmesini reddetmektedir.

Ünlü Bendenoun(35) kararından altı ay sonra verilmiş olan Hentrich kararı, bundan böyle devletin mali politikaları konusundaki egemenliğini sadece vergi yükümlülerine (*contribuables*) garantilenen zorunluluğun usullerine adil bir dava hakkı (*droit à un procès équitable*) tanımanın gereklerine cevap verilmesine aykırı olmayı değil(36); ama aynı şekilde Sözleşme tarafından korunan öze ilişkin haklar (*droits substantiels protégés par la Convention*) karşısında ulusal mali politikalarının gözetimi altında bulundurulmasına da aykırı(37) olduğunu ortaya koymuştur.

3. Kamu Hizmeti Konusunda (*En matière de fonction publique*)

Uzun süre boyunca kamu hizmeti devlet tarafından egemenlik gücüne dayanılarak düzenlenmiş bir alanı oluşturmuştu. (*un domaine réglementé souverainement*

par l'Etat)(38) Müteakiben devlet memurları (*fonctionnaires*) herhangi bir kamu hizmetine girme hakkını (*quelconque droit d'accès à la fonction publique*) ileri sürebilmek için Sözleşme'ye dayanamıyordu.(39) Öte yandan kamu hizmetlilerine ilişkin disiplin uyuşmazlıklarının (*contentieux disciplinaire des agents publics*) kural olarak 6. maddenin güvencesi altındaymış gibi değerlendirildiği ölçüde(40), kamu hizmetinden çıkarma kararları da (*décisions d'exclusion de la fonction publique*) Strasbourg organlarının denetimi güvencesi altında olduğu sonucu çıkarılmıştır.

Oysa ki AİH jurisprüdansının yakın tarihli gelişmeleri, AİHS'nin kamu hizmetine girme hakkını, artan bir bağımlılığının etkisi altında bulunduruyor olma yorumlanmasına bırakmıştır. Böylece, eğer devlet memurlarının aleyhteki çekince koymasının varlığı (*existence d'un devoir de réserve à charge des fonctionnaires*) hiç bir şekilde tehdit edilmemiş olur ise, buna karşılık siyasal dürüstlük zorunluluğunun (*obligation de loyauté politique*) geniş bir şekilde hükümsüzlükle tehdit edilmesi veya en azından *ratione personae* uygulama alanı tarafından zorunlu olarak daha fazla sınırlandırılmış olması(41) ortaya çıkar. Aynı şekilde eğer kamu hizmetine girme tamamen devletin yetkisinden kaynaklanan bir sorun olmaya devam ediyor gibi görünüyorsa, işten çıkarılan devlet memurlarının daha sonra farklı bir şekilde yeniden göreve kabul edilmesi (veya sokulması) (*réadmission ou réintégration*) için Sözleşme tarafından garantilen bir hakkın ihlaline bir gerekçe oluşturur(42) sonucuna ulaşılacaktır.

Ayrıca, 6. maddenin 1. fıkrasının sivil kanadının (*volet civil*) bir takım kamu hizmeti uyuşmazlıklarına tatbik ediliyor olması git gide kabul edilir; yoksa hatta muhtemel bir şekilde dönüşmüş olur. Gerçekten de 6. madde anlamında medeni hukuk kavramının (*notion de droit civil*) genişlemesi, her türlü mantık içinde disiplin cezalarına bağlı parasal düzen itirazlarına (*contestations d'ordre pécunaire liées à des sanction disciplinaire*) bu maddenin uygulanabilirliğinin yaygınlaşmasıyla karşı karşıya bulunmamanın zor olduğu bir dereceye ulaşılmıştır.

B.- Dış İşlerine İlişkin "Egemenlik Yetkilerinin" Zayıflatılması (Le mitage des "compétences de souveraineté" externe)

Çin yıllık süreden beri, yabancılar karşısında Sözleşme'yi imzalayan devletlerin zorlayıcı önlem ayrıcalıkları (*prérogatives de coercition des Etats contractants à l'égard des étrangers*) bazen gerçek bir yetkiden uzaklaşmaya yaklaşan çok hassas bir aşınmayı tanımıştır. Daha ölçülü ve özellikle daha fazla sınırlandırılmış bir şekilde yabancı tarafından AİHS'nin ulusal korumalarının devletsel yetkilerine açılan bir davaya aynı şekilde iştirak etmekteyiz.

1. Yabancıların Sınırdışı Edilmesi Konusunda (*En matière d'éloignement des étrangers*)

Toplu sınırdışı (*expulsion collective*) edilmeleri öngören metinsel yasaklamaların ötesinde, yabancıların uzaklaştırılması yetkisinin kullanılması aynı anda Sözleşme'nin 3. maddesi üzerine kurulan koruma kuramının kuralı (*jeu de la théorie de la protection*) ve dolayısıyla 8. madde tarafından güvence altına alınan özel hayatın ve ailenin korunmasının (*sauvegarde de la vie privée et familiale*) değerlendirilmesi yoluyla(43) borçlandırılmış olarak bulunmaktadır.

Daha sonra, sınırdışı etme yetkisi gittikçe Avrupa gerekleri tarafından sıkıştırılmıştır. Birçok durumdaki tasvirlerin içinde, bu sınırdışı etme yetkisi net ve basit bir şekilde kayboldu. Gerçekten de sınırdışı edilemeyen yabancılar katagorilerinin sayısı genişlemiştir.(44) Bir başka ifadeyle, yabancı nüfusun bir kısmı bu durumda kural olarak ikinci nesil olarak adlandırılan göçmenler (*immigrés dits de la seconde génération*)- kendisini kabul eden ülkenin toprakları üzerinde yasal olarak oturma hakkına sahip hale geldiler (*droit de demeurer sur le territoire de l'Etat d'accueil*), yani bunlar Sözleşme tarafından güvence altına alınmamış bir haktan yararlanmalarını (*bénéfice d'un droit non garanti par la Convention*) tanıtmış görünmektedir.

Daha yakınlarda devletin sınırdışı etme yetkisinin özüne yapılan zarar hiç kuşkusuz çok sınırlandırılmış bir kapsam, ama buna rağmen kuvvetli bir biçimde sembolik olarak yepyeni bir şekil aldı.(45) Sözleşme'nin 16. maddesi'nin temeli hakkında siyasal tarafsızlık borcunun yabancılar aleyhinde belirttiği bu nokta, Avrupa Parlamentosu milletvekilliği yetkisi ile donatılan birine olduğu gibi Avrupa Topluluğu'nun üyesi devletlerden birinin vatandaşlarına da yapılması şeklinde değerlendirildiği için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Komisyonu, yabancıların siyasal etkinliklerini kurala bağlayan devletlerin borcunun sınırlandırıcı bir yorumunun yolunda kendini yükümlülük altına almıştır. Bu durum tam zamanında diğer yararlananlara ve bundan dolayı gerektiğinde Avrupa Birliği'nin vatandaşlarına birlikte teşmil edilebilecek niteliktedir.(46)

2. Vatandaşların Yabancı Ülkelerde Korunması Yetkisi (*La compétence de protection des nationaux à l'étranger*)

AİHS'nin makamlarının hali hazırdaki jürispürüdansında, ne 6. maddenin 1. fıkrası ne de 13. madde diplomatik korumanın kullanılmasında değil ama görünüşte davaya ilişkin fransız otoriteleri tarafından alınan kararlardan yararlanan ayrıcalık uyuşmazlıkları (*immunité contentieuse*) üzerinde etki yaptırmıştır.(47) Diplomatik korumanın uyuşmazlıkları sözleşme hukukunun çeşitli görünümleri tarafından bir çerçeveselendirme ile karşı karşıya bulunmadan bu ölçüde tamamen

dışarda bırakılmamıştır. Gerçi Komisyon ve Divan yakın tarihli bir Fransız davasında, yabancı bir devlet tarafından Fransız Hükümeti'ne yatırılan kamulaştırma bedelinin paylaşılması (*répartition des indemnités d'expropriation*) konusuyla ilgili uyuşmazlığa Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilir olduğunu kabul etmemiştir. Tazminata ilişkin uluslararası antlaşma (*accord international de réparation*) özünde bireyler lehine yaratılmış gibi varsayılmıştır. Adı geçen şahısların malları yabancı ülkede millileştirilmiş (*nationalisés*) veya kamulaştırılmış (*expropriés*) ise Fransız Hükümeti tazminat almaya ilişkin şahsi bir hakka (*droit individuel à indemnité*) sahiptir.(48) Şayet benzer bir çözüm diplomatik korumanın kullanılmasının bir hakkının yaratıcısı değil ise; bu söylenen bundan böyle alışıla gelmiş olarak savunulan görüşün karşıtını oluşturacaktır. Adı geçen bu görüşe göre mali tazminat hakkı (*droit à compensation financière*) bizzat uluslararası antlaşmadan kaynaklanmamaktadır ama ulusal otoriteler tarafından daha sonra alınan önlemlerden doğmuştur.(49)

III. DEVLETİN İLGA ETME HAKKININ AŞINMASI (*L'érosion du droit de dérogation de l'Etat*)

AİHS'ni imzalamayla bir devlet ayırık hüküm getirilemez (*non dérogeable*) olarak adlandırılan bireysel hakların varlığını sözleşmesel olarak tanımıştır.(50) Divan'ın ve Komisyon'un dokunulmaz (*indérogeable*) hakların kesin karakterinin korunmasına çok özel bir dikkat gösterdiği ölçüde, bu hakların devlet tarafından sınırlandırılmaya elverişli olmadığını söylemek uygun olur.(51) Oysa ki, el sürülemez olarak ün salmış hakların katagorisi (*catégorie des droits réputés intangibles*) ikili bir genişlemenin konusu olmuştur. Bir yandan, gerçekten de Siyasal ve Medeni Haklara İlişkin Sözleşme (SMHİS) (*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*) ile AİHS arasındaki kesişen bir yorumun kuralı aracılığıyla, Birleşmiş Milletler ve Avrupa planında özetle güvence altına alınmış kimliğinin olması ölçüsünde SMHİS içinde ihlal edilemeyen bu haklar, AİHS'nin çerçevesinde de yer alan bir hakka dönüşmüş olacağına ihtimal verilemez. Diğer yandan, bundan böyle AİHS bünyesinde savunulan bir teze göre, ayırık hüküm getirilebilen bir hak (*dérogeable*) bu hakka saygı gösterilmemesi,(52) ayırık hüküm getirilemeyen bir hakkın (*non dérogeable*) ihlal edilmesi neticesine ulaşma riski taşıdığı andan itibaren dokunulmaz bir hakka (*indérogeable*) dönüşmek zordur.(53)

Ayrık hüküm getirilemeyen hakların tamamlayıcı bir değerlendirmesi AİHS tarafından korunan hakların uygulamasını sınırlandıran devletlerin yetkisi üzerinde her zaman asli tehdit oluşturmaz. Bu durum kural olarak değerlendirme dışında kalma öğretisinin (*doctrine de la marge d'appréciation*) gerilemesi ve ikincil

olarak hakların kötüye kullanılması kuramının (*théorie de l'abus de droit*) olağanlığının sonucu olarak şarta bağlanan hakların alanın uğradığı artan tarafsızlıklar aracılığıyla özellikle etkilenmiştir.

A. Değerlendirme Yetkisi Öğretisinin Gerilemesi (*Le recul de la doctrine de la marge d'appréciation*)

Demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirlerin şartının temeli konusunda devletlere korunan haklara sınırlamalar getirilmesinde bir taktir hakkı (*un pouvoir discrétionnaire*) tanımış görünmektedirler. (54) Benzer değerlendirme yetkisi, özellikle ulusal farklılıklara saygı (*respect des diversités nationales*) ve Avrupa denetiminin ikame edici niteliği (*caractère subsidiaire du contrôle européen*) tarafından doğrulanmıştır. Bununla birlikte sonuncu hususun tedrici olarak yoğunluk kazanmış olmasından dolayı devletlere bırakılan takdiri serbesti (*marge de discrétionnalité laissée aux Etats*) oldukça azalmıştır. Bu arada bütünüyle Komisyon ve yirmi yıldan beri Divan tarafından takip edilen siyasal yargılamanın kuşku dışı olduğu, devletlerin aldığı sınırlandırıcı tedbirlerin zorunluluğunun denetiminin bir yoğunlaştırılması aracılığıyla kendini göstermiş olsa bile(56); bununla birlikte ne kesin olarak doğrusal ne de zorunlu olarak geri dönülmezlik(55) söz konusudur.

Devletlere atfedilen değerlendirme yetkisinin genişliği bundan böyle özellikle söz konusu olan hakkın güvence altına alınan korumasının derecesine göre değişir. Değerlendirilmemiş haklar (*droits dits non valorisés*) (veya ikinci sıra) (*second rang*) olarak adlandırılan haklar konusuna gelince; Sözleşme'nin maddeleri hiç kuşkusuz bir oranlılık denetimi (*contrôle de proportionnalité*) yapmaktadır. Ancak bu durum görünüşlerin ötesinde bilanco kuramı (*théorie du bilan*) çerçevesi içinde fransız idari yargıcı tarafından uygulanan sınırlı denetimin etkinliğiyle oldukça geniş bir şekilde kıyaslanılabilen sınırlı bir denetime benzetilmektedir.(57)

Buna karşılık, eğer değerlendirilmiş denilen haklar (*droits dits valorisés*) söz konusu ise; ister bu hakların belirtilen husus özünde bulunsun, isterse yararlanmayı ısrarla isteyen bireyin kalitesinden dolayı adı geçen haklar belirtilen hususa dönüşsün(58); oranlılık denetimi, hatta ayrıca gerektiğinde, maksimum denetimin yerinedeliği (*contrôle maximum d'opportunité*) gibi kendini ortaya koyar.

Kuşku yok ki, Avrupa denetiminin yaygınlığı da şartlara bağlıdır. Aynı bir hakkın söz konusu olması halinde, devlete tanınan değerlendirme serbestisi, kuşkuyla yer vermeyecek bir şekilde olağanüstü dönemlerde (*en période de circonstances exceptionnelles*) olağan meşruluk olarak adlandırılan süre içinde (*en situation dite de légalité ordinaire*) Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında (59) daha geniştir. Zaten Komisyon ve Divan bu geniş değerlendirme serbestisine

veya ancak bir takım değerlendirme serbestisine sahip olan devletin içinde bulunduğu varsayımları çok açık bir şekilde ayırdetmeye özenle dikkat göstermektedir.(60)

15. maddenin metni içinde devlete tanınan geniş bir değerlendirme serbestisi bununla birlikte Sözleşme'nin gelişimci bir yorumunun (*interprétation évolutive de la Convention*) adına itiraz edilmeye doğru yönelmektedir.(61)

B. Hakların Kötüye Kullanılması Kuramının İkincilliği (*La marginalisation de la théorie de l'abus de droit*)

İlk olarak, AİHS'nin çerçevesi içinde hakların kötüye kullanılması kuramının çöküşünü düşünmek tezat gibi gözükabilir, öyleyse zaten AİHS Adalet Divanı belirgin bir şekilde böyle bir kuramın etkisizliğini desteklemenin düşünülmüş olabileceği bir sahada yakın bir geçmişte bunun uygulamasını yapmıştır.(62)

Bununla birlikte otuz yıldan bu yana Avrupa İnsan Hakları jürüsürüdünün gelişimi kuvvetli bir şekilde Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların düşüşü konusunda ulusal otoritelerin hürriyetini azaltmıştır.(63) Gerçekten de Sözleşme'nin 17. maddesi, ne ayrıık hüküm getirilemeyen haklara (*droits non dérogeable*) ne de gelişme haklarına (*droits processuels*) artık karşıt değildir. Gerçeği söylemek gerekirse, nefret, ırksal ayrıımcılık (*discrimination raciales*) ve nasyonal sosyalist öğretisinin ilerlemesini (*promouvoir la doctrine national-socialist*) teşvik etmek amacıyla ifade hürriyetinin öne sürülmesini engellemek için söz konusu olan madde tatbik edilememiştir.(64)

Devlet egemenliğinin prizmasının içinde incelenen AİHS Hukuku'nun sürekli gelişimi, itiraza mahal vermeksizin sessiz bir devrimin tarihine (*histoire d'une révolution silencieuse*) benzemektedir. Sembolik olarak bu söylenen zaten dışardan kaynaklanan bir anayasa üstülüğünün ortaya çıkmasıyla (*émergence d'une supra-constitutionnalité d'origine exogène*) kendini gösterir. Strasbourg'daki denetim makamları, bundan böyle en azından arka plan için, zikredilen bu durumun varlığını hatırlatmaktan hoşnut olmaktadır. Böylece 1991 yılında AİH Komisyonu insan hakları alanında Sözleşme'nin Avrupa kamu düzeninin anayasal aracını (*instument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme*) oluşturduğunu açıklamıştı. (65)

Aynı şekilde 1992 yılında AİH Adalet Divanı kendisini Avrupa İnsan Hakları Anayasası'nın sorumlu bir uluslararası yargı yerine (*une juridiction internationale responsable de la constitution européenne des droits de l'homme*) benzetmiştir. (66)

Ulusal anayasa yargıları karşısında meşruiyetlerin ardından, organlardan kaynaklanan kabul edilmiş durumlar hiç kuşkusuz geniş bir şekilde başvuru yollarıdır. Öylesine ki, bunlar tamamen fantazist olmaktan uzaktır. Gerçekten de AİHS git gide özündeki ulusal kurucu gücün (*pouvoir constituant national*) et-

kisi altında kalmaktadır -bu durum popülerdi- ve Sözleşme kesinleş anayasal dönüşüklülüğe (*réversibilité constitutionnelle*) bir fren olmaya dönüştü.

Bundan dolayı sevinmek gerekir mi? Bundan dolayı rahatsız olmak gerekir mi? Doğal olarak herkes ideolojik ve hukuksal inançları gereğince açıklamalarda bulunacaktır.

DİPNOTLAR

- (1) Bu konuda yakın tarihli *De Moor c/ Belgique* 19 Haziran 1994 günlü karara bkz. Série A. no 292-A & 55
- (2) Bu anlamda özellikle 7 Temmuz 1989 tarihli *Soering* kararına bkz. Serie A no 161.
- (3) Daha fazla ayrıntılı bilgi için bkz. J.-F. Flauss, Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe (Doğu ve orta Avrupa ülkelerinin Avrupa Konseyine kabul edilebilir şartları), *Journal européen de droit international*, vol. 5 no3, 1994. spéc. s 408-410.
- (4) Avrupa Konseyi Parlamentosu'na göre, onaylama prosedürü normal olarak Avrupa Konseyi'ne katılma anında üye devletler tarafından alınmış yükümlülüklerle ilişkin 14 Nisan 1994 tarihinde kabul edilmiş Antlaşma-Kararı'nın (*Convention-Résolution*) 1031 (1994) imzalanması ve İç Tüzüğe (*Status*) katılmadan sonraki bir yıllık süre içinde tamamlanmak zorundadır.
- (5) Avrupa mekanizmasının denetiminin yeniden kurulması hakkındaki 11 numaralı Protokol'a katılma yükümlülüğünün sonucu olarak Mayıs 1994 tarihinden beri diğerlerinin arasında Rusya Federasyonu'na itiraz olarak Avrupa Konseyi'ne kabulün bir şartına dönüşmüştür.
- (6) Madde 64 (1) "Her devlet mevcut sözleşmenin imzalanması veya onaylama işleminin yapılması sırasında sözleşmenin belirli bir düzenlemesine o tarihteki ülkesi üzerinde yürürlükte bulunan bir konunun o düzenlemeye uygun olmadığı ölçüde bir çekince koyabilir. Genel nitelikli çekincelere mevcut bu madde gereğince izin verilmez. (2) Mevcut maddeye uygun konmuş her çekince söz konusu konunun kısa bir açıklamasını içerir."
- (7) Bu konuda özellikle bkz. 29 Nisan 1988 tarihli *Belilos* (Serie A no132) ve 22 Mayıs 1990 tarihli *Weber* (Serie A no177) kararları ve 1993 tarihli *Fisher c/ Autriche* (req. no1692290) ve 19 Mayıs 1994 tarihli *Gradinger c/ Autriche* (req. no15963/90) davalarındaki Komisyon raporları.
- (8) 4 Mart 1991 tarihli Komisyon'un EDH kararı. *Chysostomos ve diğerleri*, req. no15299/89, 15300/90, 15318/89. *RUDH* 1993, s.112.
- (9) 17 Aralık 1992 tarihli ATF, *E.B. c/ Canton de Thurgovie*, J.-F. Flauss, La contentieux de la validité des reserves à la CEDH devant le tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 (1) (İsviçre Federal Mahkemesi önünde AİHS'ne yapılan çekincelerin geçerliliği konusundaki uyuşmazlık: 6. maddeye ilişkin yorumlayıcı açıklamanın ruhu için fatiha (1)), *RUDH* 1993, s.297 vd.
- (10) Adeta, adı geçen çekincenin geri alınması yalnızca gerektiğinde Sözleşme'nin denetim organları önünde rastlantıya bağlı bir uyuşmazlıktan tasarruf edilmesini değil, Anayasa'nın 16. maddesinin ancak ortadan kaldırılmasını da hâlâ işe yaramaz duruma getirmektedir. Bununla birlikte ilginç bir şekilde hiç bir Devlet Başkanı, hatta 16. maddeye muhalif olduğunu açıklayanlar dahi, anayasanın metnini değiştirmek için Sözleşme yolunu kullanmak durumuyla hiç bir zaman karşı karşıya kalmamıştır.
- (11) Diğer bir ifade ile, çekince konması yasağı sadece 6 nolu Protokol tarafından güvence altına alınan hakları değil, ama aynı şekilde Sözleşme'nin 2, 3 ve 4. maddeleri tarafından korunan haklarla da ilgilidir.
- (12) 7 nolu Protokol madde 5: Eşler evlilik süresince ve evlilik birliğinin bozulması esnasında çocuklarıyla evlilikten kaynaklanan ilişkilerinde ve aralarındaki medeni nitelikli sorumlulukta ve haklardan eşit olarak yararlanma yetkisini haizdir.

Devletlerin Egemenliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

- (13) 22 Şubat 1994 tarihli karar, *Burghartz c/ Suisse*, Série A, no280-B
- (14) 26 Mayıs 1993 tarihli karar. *Brannigon et Mc Bride c/ Rouyaume Uni*, Serie A, no258-B Adalet Divanı'na göre sapma ihlalleri ortadan kaldırmaz ancak örter ve mazur gösterir
- (15) *Brannigon et Mc Bride* kararı bir önceki dipnot.
- (16) Özellikle bu anlamda yukarıda adı geçen *Brannigon et Mc Bride* kararı altındaki Yargıç Russo ve Makarczy'nin görüşüne bkz. Aynı şekilde bkz. P. Tavernier, *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (1993) (1993 yılı AİH Adalet Divanı jürispürüdans kroniği), *Clunet* 1994, s.787-788.
- (17) Böylece Fransa'da iptal edilemeyen bir antlaşmaya katılma (bu kavram hakkında bkz. Conseil Constitutionnelle «Anayasa Konseyi» , Déc. no294, 25 Temmuz 1991 tarihli DC Accord de Schengen) en azından bir anayasa değişikliğini getirecektir. Çünkü böyle bir sözleşme "ulusal egemenliğin kullanılmasının temel şartlarına saygıya" zarar verecektir (Dec no188 22Mayıs 1985 tarihli DC, AİHS'nin 6 nolu Protokolü) İsviçre de fesh edilme şartı içermeyen uluslararası antlaşmalar zorunlu referandum (*réfêrandum obligatoire*) tâbi tutulur, yani kurucu tip referandum (*réfêrandum de type constituant*).
- (18) Daha detaylı bir analiz için bkz. J.-F. Flauss, *De la denoncation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme* (AİHS'nin kısmi iptali), *Mélanges en l'honneur de J. Veu* Bruylant, Bruxelles, 1992, s.1253 vd
- (19) Yeni bir katılımın bir feshi izlemesinde bu iyi niyet ilkesiyle çatışır.
- (20) Feshedilemeyen sözleşmeyle ilgili normlara (*normes conventionnelles non dénonçables*) karşı özellikle akla uygun bir siyasi sığınmanın (*politique d'asile raisonable*) (Feuille fédérale 1994, spéc. s.1486-1487) anayasal güvencelerinin betimlenen sınırları için halk girişimine (*initiative populaire*) ilişkin 22 Haziran 1994 tarihli Federal Konsey'in mesajı, İsviçre tarafından AİHS'nin onaylanması sırasında federal makamlar referandum yoluyla bir onaylamayı bertaraf etmek için 65. maddenin feshi kaydının varlığını ileri sürmüşlerdir Buna rağmen, AİHS'nin 3. maddesinin esasıyla ilgili yabancılara tanınan haklar, adı geçen makamlar tarafından anayasanın değişimine ilişkin bir halk girişimiyle karşılaşıncada gündeme getirilmiştir (aynı şekilde söz konusu olan sığınmaya ilişkin Cenevre Sözleşmesi'nde (*Convention de Genève sur les réfugiés*) olduğu gibi). Bu makamlar girişimin kurallara uygun olmasını, fesih hakkının yerine getirilemeye niteliğiyle bağlamak için ileri sürmektedirler. Gerçekte belirtilen bu haklar sapmaların olamayacağı *jus cogens* normları niteliğini kazanmıştır. AİHS'nin 3. maddesinden kaynaklanan akdi zorunlulukların İsviçre tarafından kabul edilmesiyle tutulan yol bu kuralların örf ve adet normlarına (*normes coutumières*) dönüşümüne katkıda bulunduğu için yukarıda belirtilen husus oluşmuştur.
- (21) Aynı anlamda, D. Evrigenis, *L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la CEDH: nations autonomes et effets directs* (AİHS'nin ulusal ve uluslararası boyutu arasındaki karşılıklı etki: özerk toplumlar ve doğrudan doğruya etkiler), in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler-Springerverlag. Vermeire c/ Belgique* (29 Kasım 1991, Série A, no214-C) davası çerçevesinde Adalet Divanı ulusal yargıç karşısında kararlarını bir doğrudan etkiyle donatmış olduğuna yine de dikkat edilecektir. Adı geçen kararların kesinleşmiş hükümlerini genişletmek için bir araç gibi anlam kazanan doğrudan etkileme devletlerin aleyhine hükme bağlanan ihlal kararlarının iç hukukdaki sonuçlarının ortaya konması için devletlerin usule ilişkin bağımsızlığına bir sınırlama getirir. Bu durumda, İnsan Hakları Adalet Divanı'nın girişimi, Avrupa Topuluğu Adalet Divanı'nın ulusal hukuklardaki ihlal kararlarına ilişkin yetkisine binaen izlediği girişime çok benzemektedir.
- (22) Bknz. örneğin 18 Aralık 1986 tarihli *Johnston et autres* kararı, Série A, no112, & 53.
- (23) Bu anlamda, 20 Mart 1991 tarihli *Cruz Varas* kararı, Série A, no201.
- (24) Strasbourg jürispürüdansının en yakın tarihli ilerlemelerinin kısa bir görünüşü için bkz. J.-F. Flauss, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* (AİHS'nin güncelliği), *AJDA*, 1992, s.15 ve 416; 1993, s.105; 1994, s.16 ve 511.
- (25) Daha fazla belirginlik için bkz. J.-F. Flauss, *La contribution de la jurisprudence des organes de la CEDH à la formation d'un droit constitutionnel européen* - (Bir Avrupa anayasa hukukunun oluşumuna AİHS'nin organlarının katkısı) in *Vers un droit constitutionnel européen - Quel droit*

- constitutionnel européen? (Bir Avrupa Anayasasına doğru -Hangi Avrupa anayasa hukuku?)
Suite Colloque IHEE Strasbourg Haziran 1993, RUDH 1995 (Çıkacak).
- (26) 23 tarihli 1993 tarihli Ruiz Mateos c/ Espagne kararı, yorum G.Cohen Jonathan RFDC, 1994, s.175 vd.
- (27) Ruiz Mateos kararı hakkında M. Verduş'un gözlemleri bu anlamdadır, *Revue belge de droit constitutionnel* 1994, spéc. s.143 vd. Ayrıca bknz. G. Malinverni, Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles (Adil yargılanma hakkı ve anayasa mahkemeleri), RUDH 1994, spéc. s.394-395.
- (28) Özellikle Almanya ve Portekiz, bknz. J.-F. Flauss, Convention européenne des droits de l'homme et contentieux constitutionnels (AIHS ve anayasal uyumsuzluklar), RFDC 1993.
- (29) 29 Ekim 1992 tarihli *Open Door et Dublin Well Women c/ Irlande*. F. Sudre, L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme (Kürtajın yasaklanması: AIHS ile İrlanda anayasa yargıcı arasındaki uyumsuzluk), RFDC 1993, s.216 vd.
- (30) Bknz. J.-F. Flauss, Convention européenne des droits de l'homme et justice parlementaire (AIHS ve parlamento yargısı), *Petites affiches* 1993, no42, s.20-22.
- (31) Bknz. G. Cohen-Jonathan, Haute Cour et Convention européenne des droits de l'homme, Quelques observations (Üçüncü Divan ve AIHS, birkaç gözlem), RFDC 1993, s.199-207.
- (32) Bknz. J.-F. Flauss, Convention européenne des droits de l'homme et contentieux des élections parlementaires (AIHS ve parlamenter seçim uyumsuzlukları), RFDC 1994, s.573-584.
- (33) Örneğin bknz. 11 Kasım 1986 tarihli Lindsay c. Royaume-Uni AIH Komisyonu'nun kararı, DR 49, s.202 ve daha genel bir şekilde J.-F. Flauss, Fiscalité et droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (Vergilendirme ve AIHS tarafından güvence altına alınan maddi haklar), *Petites affiches* 1994, no80, s.199.
- (34) 22 Eylül 1994 tarihli karar, Série A, no296-A.
- (35) 24 Şubat 1994 tarihli karar, Série A, no284. Actualité de la CEDH (AIHS'nin önceliği), AJDA 1994, s.512.
- (36) Bu nokta hakkında diğerleri arasında bknz. J.-P. Gall et L. Gérard, Le recours des contribuables sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. A propos de l'arrêt *Bendenoun* (AIHS'nin esas hakkında vergi mükellefinin başvurusu ve temel hürriyetler. Bendenoun kararı hakkında). *Droit fiscal* 1994, no21-22, s. 878. M. Bornhauser, L'application Convention européenne des droits de l'homme aux sanctions fiscales: les perspectives ouvertes par la jurisprudence *Bendenoun* c. France (AIHS'nin vergi cezalarına uygulanması: Bendenoun c. France jürispürdansı tarafından açılan bakış açıları). *Annuaire des juristes d'affaires* 1994, no220-221, s.35.
- (37) Yargıç Petiti ve Valticos'un bu konu hakkındaki muhalefet şerhlerinin durumu için bknz., "Les politiques fiscales, en tant que telle, ne sont pas visées par la Convention européenne et le protocole no1..." ("1 numaralı Protokol ve AIHS tarafından hedeflenmeyen vergi politikaları").
- (38) Örneğin bu anlamda bknz. Décision de la Commission EDH du 4 mai 1987, *Fayaut c/ France*, req. no12552/86.
- (39) 28 Ağustos 1986 tarihli *Glaserapp et Kosiek c/ RFA* kararı, Série A, no104 ve105, ve G. Cohen-Jonathan'ın gözlemleri, *La convention européenne des droits de l'homme* (AIHS), *Economica* 1989, s.463.
- (40) Bu doğrultuda, Komisyon'un değişmeyen bir jürispürdansı. Diğerleri arasında bknz.: 10 Temmuz 1981 tarihli karar, *Sarata de Carvalho c/ Portugal*, DR 25, s.252: 18 Mayıs 1994 tarihli karar, *Sygounis et autres c/ Grèce*, req. no18598/91.
- (41) Bu anlamda bknz. *Vogt c/ RFA* kararında 30 Kasım 1993 tarihli AIH Komisyonu'nun raporu, req. no1751/91 ve bizim değerlendirmemiz AJDA 1994, 519.
- (42) *ibid.* note 41.
- (43) Daha ayrıntılı bilgiler için bknz. J.-F. Flauss, Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française (AIHS ve Fransız kamu hizmetindeki disiplin cezası), *RTDH* no22, 1995 (avr.) spéc. s.299 vd. (Yayınlanacak)

Devletlerin Egemeliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

- (44) Özellikle bkz. H. Labayle, L'éloignement (Uzaklaşma) in *Le juge administratif français et la CEDH (Fransız idari yargıci ve AİHS)*, RUDH 1991, s.296 vd. F. Julien-Laferrrière, Les étrangers ont-ils le droit au respect de leur vie familiale? (Yabancılar aile hayatlarına saygı hakkına sahip-ler mi?) D. 1992. Chron. s.291 vd.
- (45) İlk olarak bkz. 18 Şubat 1991 tarihli *Moustaquim c/ Belgique*, Série A, no193 ve 26 Mart 1992 tarihli *Beldjoudi c/ France*, Série A, no234 kararlar. Aynı şekilde bkz. 10 Mart 1994 tarihli AİH Komisyonu'nun raporu, req. no19465192 (fiziksel ve/veya ruhsal bir hastalığı olan yabancıların söz konusu olması halinde).
- (46) 20 Ocak 1994 tarihli AİH Komisyonu'nun raporu, *Piermont c/ France*, req. no15773 ve 15774/89.
- (47) Daha fazla ayrıntılı bilgi için bkz. J.-F. Flauss, *Actualité de la CEDH (AİHS'nin güncelliği)*, AJDA 1994, s.520-521.
- (48) Farklı bir yere ulaşmak için sözleşmenin tarafı olan devletlerin yükümlülüğüne olumlu zorunlu- lukların kuramının bir gelişmesini tahayyül etmek gerekecekti. (Bknz. Le juge administratif et la CEDH - Débats sur l'application de la CEDH au juge administratif (İdari yargıci ve AİHS - İdari yargıci tarafından AİHS'nin uygulanması konusundaki tartışma), RUDH 1991, s.377).
- (49) 29 Ocak 1993 tarihli rapport, *Beaumont et consorts c/ France*, dilekçe no5287/89, 24 Kasım 1994 tarihli *Beaumont c/ France*, Série A, no296-B & 28. Aynı şekilde bkz. 11 Ocak 1994 ta- rihli *MS et autres c/ Suisse*, dilekçe no16744/90 karar.
- (50) Bu görüş açısının bir savunması için bkz. 29 Ocak 1993 tarihli raporda bir çok hükümet komi- serisi ve M. Danelius'un muhalefet şerhlerinde olduğu gibi Divan önünde Fransız Hükümeti tara- fından sunulan delil (Adı geçen *Beaumont* kararı & 27).
- (51) Şöyle ki Sözleşme'nin 2, 3, 4 ve yedinci maddeleri ve 6 numaralı Protokol tarafından güvence altına alınan haklar hakkında.
- (52) Örneğin bu anlamda bkz. 10 Mart 1994 tarihli AİH Komisyonu'nun *MN c/ France* raporu, req., no19465/92, & 57: "... Eğer Sözleşme'nin 3. maddesi tarafından yasaklanan davranışlar en az tehlikeli ve değerlendirmenin asgari bu durumu doğası gereği sınırlı ise, Sözleşme'de bu tür dav- ranışların yasaklanması adı geçen haktan yararlanabilme hakkını tutumlarından dolayı kaybe- den bir kimse anlamında kesin olduğunu diğer yandan Komisyon hatırlatmaktadır. Yetkili mer- ciler suç sayılan bir davranış veya engellenmenin karşısında dahi bu düzenlemenin kendilerine zorla kabul ettirilen yükümlülüklerden kurtulamazlar. Bununla birlikte davalının suç sayılan tutumu Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan bu haklarından yoksun bırakılmıyacaktır..."
- (53) İnanç hürriyeti konusunda bu anlamda bkz. R. Ergeç, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles (Olağanüstü şartlara karşı dayanıklı insan hakları)*, Bruylant 1987, s.281, F. Matscher Gedanken, Gewissens-und Religions Freiheit internationalrechtliche Aspectin F. Matscher (édit.), *Folterverbot-und Gewissensfreiheit in Rechtsvergleich*, Engel Verlag, Kehl 1990, s.49, dipnot 7.
- (54) 26 Mayıs 1993 tarihli *Brannigan et Mc. Bride* kararı altında Yargıç Pettiti ve Walsch'in muhale- fet şerhlerine bkz., Série A, no258-B. Böyle bir durumda ortadan kaldırılamayan 3. maddenin alanı (işkence ve insanlık dışı muameleler -*fortune et traitements inhumans*-) konusunda gizli tutuklamanın (*détention au secret*) tehlikeler oluşturduğu ölçüde yargısal denetime ilişkin 5. maddenin 3. paragrafının güvencesinin ilga edilmeye elverişsiz gibi değerlendirilebildiği kanısın- dadırlar.
- (55) Bu durum karşısında, gerçeği söylemek gerekirse yalnızca önemli haklar söz konusudur. Ger- çekten de gelişim haklarına uygulanmaya elverişli sınırlandırmalar ilke olarak zımni sınırlandır- malar kuramında (*théorie des limitations implicites*) kaynaklanır. Bu sınırlamalar aynı zamanda şartların türüne ve özellikle diğer sebeplerin arasında terörist suçların spesifik doğasına da ba- ğımlıdır -bir hatırlama için 28 Ekim 1994 tarihli *Murray c/ Royaume-Uni* karar, Série A, no300-A, & 47.
- (56) Örneğin AİH Adalet Divanı geriye dönüşe benzetilebilecek yakın tarihli bir takım kararları bu hususu doğrulamıştır (Bknz. spéc. 20 Eylül 1994, *Otto Preminger*, Série A, no295-A, ve 23 Hazi- ran 1994, *Jacobowski*, Série A, no291).

- (57) Bu nokta hakkında bkz. M.A. Eissen, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme EDCE 1988 (EDCE 1988 AİH Adalet Divanı'nın jürispürüdansında oranlılık ilkesi), no40. s.275 vd. ve R. St J. Mc Donalt, The margin of appreciatin in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (AİH Adalet Divanı'nın jürispürüdansında yer alan hareket serbestisi), Recueil des cours de l'Académie de droit européen, Nijhoff, volume I-1, s.95-161.
- (58) Böyle bir durum özellikle Katma Protokol'ün 1. maddesi anlamında malların kullanılmasının kurala bağlanması önlemleri üzerinde denetimin uygulanmasıdır.
- (59) Böylece avukat ve gazeteci ayrıcalıklı davranıştan yararlanan gibi ortaya çıkmaktadır.
- (60) Bu sorun hakkında bkz. P. Jean, La jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de terrorisme (Terörizm konusunda AİH Adalet Divanı ve Komisyonunun jürispürüdansı), RRJ, Droit prospectif 1993, s.509 vd.
- (61) Örneğin bkz. yukarıda adı geçen 26 Mayıs 1993 tarihli *Brannigan et Mc. Bride* kararı.
- (62) Böylece Yargıç Marten için eğer sapma konusunda devletlere geniş bir hareket serbestisi tanıyan Sözleşme'nin durumu 1978 yılında kabul edilebilir nitelikte idi (bu yılda *İrlande c/ Royaume-Uni* kararı açıklanmıştı). Bu dönemde uzun zamandan beri Avrupa Konseyi'nin üyesi devletlerinin çoğunluğunu demokratik toplumlar oluşturmakta idi, kuruluşa yeni demokrasilerin (PECO) girmesi ile durum artık aynı değildir (yukarıda adı geçen *Brannigan et Mc. Bride* kararında yer alan uyum içinde bulunan görüş).
- (63) 25 Mayıs 1993 tarihli *Kokkinakis c/ Grèce* kararı, Série A, no250-A. Dini inançların açıklanması hürriyetinin temelini oluşturan din değiştirme teminatı, din değiştirmenin kötüye kullanılmasının tanınmasıyla dengelenmiştir.
- (64) Bknz. J.-F. Flauss, L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (AİHS çerçevesinde hakların kötüye kullanılması), RUDH 1992, s.216.
- (65) 12 Mart 1988 tarihli *Kühnen c/ RFA* kararı, req. no12194/86. 12 Ekim 1989 tarihli *HWPK c/ Autriche*, DR 52, s.216.

DEVLETLERİN EGEMENLİĞİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS) KONUSUNDAKİ RAPOR ÜZERİNDEKİ TARTIŞMALARIN ÖZETİ

Roland DRAGO: Devletin egemenliğine getirilen zararların sınırlarıyla birlikte bunun önemini gösteren bu eşsiz rapor için size teşekkür ederim. Hiç bir zaman kabul atmeyeceğim bir nokta var, zira bu nokta metne aykırı. Gerçekten de, bana göre anayasa üzerinde Sözleşme'nin bir üstünlüğü ancak 1958 Anayasası'nın ve özellikle 54 ve 55. maddelerinin kaleme alınış tarzından dolayı kabul edilebilir. Egemenliğin katı çekirdeği devam etmek zorundadır. Diğer yandan, Sözleşme'yi imzalayan devletlerin anayasalarına oranla AİHS'nin anayasalar üstünlüğünü (*supra-constitutionnalité*) düşünüyorsunuz. Öyleyse daha alt bir seviyede var olmaya devam eden devletlerin anayasaları ve bir süper anayasa (*super-constitution*) olan Sözleşme olacaktır. Uluslararası bir merci lehine devletlerin egemenliklerinden tamamen vaz geçmediği müddetçe bu nokta bana kabul edilemez görünüyor. Kabul ettiğim tek anayasa üstülük anayasal bir değişiklik

yoluyla dahi devletin egemenliğinden vazgeçmesini yasaklayan anayasal üstü-
lüktür.

Gérard COHEN JONATHAN: Bu nokta hakkında, bir uluslararası antlaş-
manın anayasanın üzerinde olduğu, iç hukuk düzeninde hiç bir zaman söylen-
mez: Bundan dolayı Anayasa Konseyi her zaman AİH Adalet Divanı'na aykırı hiç
bir karar almamaya gayret sarfediyor olsa bile, uluslararası sözleşmeleri anaya-
sallık bloku (*bloc de constitutionnalité*) içinde kabul etmiyor. Buna karşılık, ortak
uluslararası hukukta bu sonuncu durum ulusal bütün işlemlerin üzerindedir, ana-
yasalıdır. Eğer bir uluslararası hukukun var olması isteniyorsa, bunun nasıl bir
başka şekilde olabileceğini anıyamıyorum.

Şimdi Jean-François Flauss'un sunduğu rapport hakkında üç gözlemde
bulunmayı uygun buluyorum

1) Bugün AİH Komisyonu bir topluluk tüzüğünü uygulayan ulusal önlemler-
in Sözleşmeye uygunluğunu denetlemeyi kabul etmektedir. Örneğin Fransa'da
Yargıtay AET Antlaşması'nın 177. maddesini uygulamayı reddetmiştir: AİH Ko-
misyonu bunu denetlemeyi kabul etti ve adil yargılama hakkında (*droit à un
procès équitable*) AİHS'nin 6. maddesinin burada ihlal edildiğine karar verdi.

2) Bir devlet tarafından insan haklarının ihlal edilmesi halinde bir yargısal
insani müdahaleyi (*droit d'ingérence humanitaire judiciaire en cas de violation
des droits de l'homme par un Etat*) 1994 yılında ilk kez kuran, AİHS'nin 24. mad-
desidir. Bu davanın uluslararası hukukta yayılıp yayılmıyacağını bilmiyorum, an-
cak bu dava günümüzde, uluslararası topluluk planında bir yenilik gibi değeren-
dirilmenin habercisi olmaktadır.

3) Avrupa Konseyi'nin genişlemesinin çok hızlandırılmış bir şekilde yapılı-
yor olmasından endişe duyuyorum. Aşağı yukarı çeyrek asırdan beri Sözleşme
üzerinde çalışıyorum ve AİH Adalet Divanı'nın farklı oluşumları tarafından açıklan-
ılan kararları arasında bir takım uyumsuzlukları saptadım. Bu uyumsuzluk Av-
rupa jürispürdansının inandırıcılığından ve dolayısıyla ulusal yargı yerleri tara-
fından dikkate alınmasına karşı kuşku duyulmasına sebep olmuştur.

Alain PLANTEY: Uluslararası hukuk kavramı karmaşık bir kavramdır (*un
concept complexe*). Diplomatik anlaşmalar devlet tarafından görüşülür: Devletler
bu anlaşmaların yapılmasından ve uygulanmasından sorumludur. Belirsiz şartlar-
ın içinde sözleşmeden sapmaların hukuksal cevaplarını uluslararası hukukun
içine koymamız sorunu oluşturmaktadır. Egemen makamlar öyleyse siyasal açı-
dan sorumsuz olan bir kuruluş tarafından beslenen bir sözleşmenin herhangi bir
yorumu önünde eğilmiyecektir. Bu makamların bu konu üzerinde daha dikkatli
olmalarının öngörülmesi zorunludur.

Jean François Flauss, Çev: Yrd.Doç.Dr. Ender Ethem Atay

Diğer yandan, AİH Adalet Divanı'nın kararlarının birinin yorumu, tanıklarla sanık arasında karşılıklı araştırmanın (*cross-examination*) olmaması halinde bir ceza yargılamasının yokluğunu açıklamasını içeriyor olmasını isterim. Bu çözüm Fransız ceza davalarının temel kurallarını değiştirme zorunluluğunu gerektirmiştir. Yabancı uygulamalardan mülhem görülen bu kararın yerindeliği hususunda kendi kendimizi sorgulayabiliriz.

Jean-François FLAUSS'un cevabı: Açıklanan son nokta konusuna gelince, uzun zamandan beri somut bir biçimde az çok suçladığınız senoryayı empoze eden jürispürüdansiyel bir akım mevcuttur. Bir sorunu içeren bu jürispürüdans ancak Fransız hükümet komiseri ve yargıçları tarafından yapılmıştır. Ulusal hayatın aktörlerinin fikir değiştirdiklerini de hatılatıyorum: Geçen 27 Temmuz'a kadar, Danıştay 6. maddenin idari yargılama usullerine uygulanamayacağını ve özellikle bir sosyal yardım komisyonunun yayınlanmaması gerekliliğinin yeniden söz konusu edilemeyeceğini söylüyordu. Geçen 27 Temmuz'da *Département de l'Indre* kararında Danıştay fikrini değiştirdi.

GÜNÜMÜZDE MİLLİ SELF DETERMİNASYON: HUKUKİ TEORİ VE UYGULAMA SORUNLARI

MARTTI KOSKENNEMİ
Çev: Dr. Mesut Hakkı CAŞIN

I. BAZI BELİRSİZLİKLER

Uluslararası Hukukçulara, self determinasyonun devrimci ve belirsiz özelliğini hatırlatmaya gerek yoktur. 1960 ve 1970'li yıllarda, self determinasyon, Avrupa imparatorlukları ve denizaşırı sömürgeler arasındaki ilişkilere uygulanmak suretiyle, potansiyel patlama yapısı kontrol altına alınmıştır¹. Sömürgecilik kurallarının meşruiyeti, yurt içinde ve yurt dışında bu geçen süreç zarfında geçerliliğini yitirmiştir. BM Sözleşmesinin 1 ve 55'nci maddelerinin giderek aşırı ölçütlerde uygulanması kısa bir süre sonra, uluslararası ilişkilerde bir anakronizmin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Terminoloji olarak bir "halkın sahip olduğu haklarından" bahseden ve BM Genel Asamblesinden 1960² yılında geçirilen dekolonizasyon deklarasyonundan sonra, uygulama ile ortaya çıkan ulusal self determinasyona ek bir güç, politikacılar tarafından verilen karara ulaşmada gerekli olmayabilirdi.

Tabii ki, self determinasyonun politik bir kuraldan hukuki bir kurala dönüşürülmesinin karmaşık bir konu olduğu yönünde eleştiriler mevcut olmuştur. Uluslararası Hukukun konuları hakkındaki standart tartışmalarda hak sahiplerinin arasında bu tür varlıklar olmadığı zaman, yani önceki yüzlerce koloniyel bölgenin, devlet olma sürecine girmek, uluslararası hukukun tabii gidişatına göre uzaklaşma, kendine itaat şeklinde gösterebilir- ve uluslararası hukukun mutlak bir normunun olası ihlali veya uluslararası suç olarak da karşımıza çıkabilirdi³. "insan hakları" üzerine konuşmanın bir anlamı var mıdır?⁴ O zaman "insan" veya "ulus" nedir? Fakat bu tutucu tenkitler bir yana, 1970'lerin sonlarında birçok ders kitabı self determinasyonu, hukuki kurallar veya uluslararası pozitif hukukun ilgi alanının hakkı olarak belirtmişlerdir⁵.

* Finlandiya Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri, Helsinki Üniversitesi Uluslararası Hukuk Doçenti. International and Comparative Law Quarterly "National Self Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice" Vol.43, p.241-269, April 1994

¹ Cf. Western Sahara Case, I.C.J. Rep.1975, 31-35

² U.N.G.A. Res.1514(XV)14 Dec.1960

³ Cf. UN. International Law Commission.Draft Convention on State Reponsibility. Art. 19 (3) (b) (1980)II(2) Y.B.I.L.C.34; Lauri Hanknikanien, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law.; Historical Development, Criteria, Present Status(1988).pp.421-424; Cf. Gros Espiel, "Self determination as Jus Cogens" in Cassese (Ed.), UN Law / Fundamental Rights(1979) Jhon Dugard, "Self Determination: An Overview of History and Present State with Emphasis on the CSCE Process" (1991) 2 Finnish Y.I.L. 307-310

⁴ Gerald Fitzmaurice, Institut de droit international, Livre de centenaire (1973), p.233n.

⁵ Cf. Ian Brownlie, Principles of Public International Law (3 rd edn , 1979) pp.595-596; James Crawford, The Creation of States in International Law (1979),pp.95-102

Fakat "milli self determinasyonun"⁶ konusunu sömürgecilikten uzaklaşma ile sınırlandırmak her zaman keyfi olarak görülmüştür. 18 nci yüzyılın sonları ve 19 ncu yüzyılın başlarında Aydınlanma çağının düşünürleri ve onları Jakoben taraftarlarıncaya ortaya çıkarılan orijinal fikir, uluslararası tüketim açısından önem taşıyordu⁷. Bu teorilerden çıkarılan politik milliyetçilik ve Ernest Geilner'in deyişine göre "politik ve milli birimlerin uyumlu olması gerektiği"⁸ yolundaki görüş, sömürge veya diğer yabancı kurallar altındaki uluslar arasında herhangi bir ayırım ortaya koymuyordu.

1980'li yıllarda, eleştirilenler, koloniyel çevrede kuralların seçici bir şekilde uygulanmasına karşı bir durum oluşturmaya başlamıştır.⁹ Thomas Franck'ın da belirttiği gibi, bu tür bir uygulama yabancı hukuk kurallarının karşılaştırılabilir durumları arasında bulunmayan ayrımları ortaya çıkarmış ve konunun meşruiyetine zarar vermiştir. Eğer bu durum hukuk kuralı olarak uygulanacaksa (bundan geri dönüş olmadığı düşünülmektedir), tutarlı olarak uygulanmalıdır. 1975'teki Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansının (CSCE) Helsinki Nihai Senedine göre self determinasyon¹⁰, koloniyel bağlamın ötesinde de uygulanabilmektedir¹¹. Fakat bu kural cümlesinin gerçekten dikkate alınmasının planladığı hususu şüphelidir (Fakat birçok doğu Avrupa ülkesinin hedefi Batı'nın sözünü tutmasını sağlamaktır)¹². Devrimci potansiyeli, Nihai Senedin, bölgesel bütünlük ve mevcut sınırların korunması üzerine yoğunlaşması ile biraz hafifletilmiştir¹³.

Fakat, bu arada 1989 olayları oldu ve birden her yerde jeopolitik ve milliyetçilik akımları ortaya çıktı. Bu yeni durum, kesin bir siyah/beyaz çekişmesi yerine tepeden tırnağa silahlı meşru veya gayri meşru silahlanmanın çeşitli şekillerinde ortaya çıkmış ve özgürlük için ölmeye veya yok olmaya hazırlanmıştır. (komşular içinde aynı şekilde). Doktrinin hür irade ile ilgili titizliği, uluslararası hukukçulara dayanılmaz bir yük getirmiştir çünkü onlar; Gürcistan'ın Güney Ossetia bölgesindeki insanların, Rusya'daki kuzey soydaşlarıyla birleşerek self determinasyon haklarını kullanıp kullanmayacağı ve bu amaç için, 1970 yılındaki BM Dostane İlişkiler Deklarasyonu doğrultusunda Rusya'nın yardımlarının meşru olup olmayacağı gibi soruları cevaplamaya tamamen hazırlıksızdılar¹⁴.

Diğer sorularda aynı derecede karmaşıktı. Örneğin Yugoslavya. Uluslararası kurallar, Yugoslavya'nın altı resmi ulusunun (Hırvatlar, Makedonlar, Karadağlılar, Müslümanlar, Sırp ve Slovenyalılar) durumu için ileri sürülenleri veya belki de resmen tanınan on "milletin" öne sürdüklerini gerçekten

⁶ James Mayall, Nationalism and International Society (1990), pp.50,55-57

⁷ Elie Kedoric, Nationalism (1960) pp.9-31; R-J. Dupuy, La revolution française et le droit international actuel, (1989-II) 214 Hag. Rec. 21-29

⁸ Ernest Gellner, Nations and Nationalism (1983) p.1.

⁹ Mihla Pomarenc, Self-Determination in Law and Practice (1982)

¹⁰ Thomas M. Franck, The Power of Legitimacy among Nations (1990), pp.153-174

¹¹ Cf. Principle VII of the Helsinki Final Act by Hubert Thierry, Cours général de droit international public, (199-III) 22 Hag. Rec. 167-168, cf. Salo, op.cit. supra n.3, at pp. 310-321

¹² Cf. George Urban, The Awakening, (1992) 27 National Interest 45.

¹³ Cf. Salo, op.cit supra n.3, at p.319

¹⁴ U.N.G.A. Res.2625 (XXV) 24 Oct. 1970

destekledi mi? Bir önceki (daha muhtemel) durumda, uluslararası kuralların, büyük (genelde Sırp) azınlıkların oturduğu bölgelerdeki (kısmen, Hırvatistan ve Bosna? Hersek) durumları için belirteceği bir şey var mıydı? Veya Sırp'ların self determinasyon hakları, dağılmış Sırp nüfusu homojen (fakat çok büyük) bir devlet halinde birleştirmesini haklı çıkarabilir mi?¹⁵

Diğer taraftan, politik olaylar bazen milliyetçilik kavramıyla herhangi bir ilgisi olmayan bölgesel varlıkları desteklemek için davet edilmesine neden olan rahatsız edici eskimiş bir konuyu self determinasyon şeklinde tekrar gündeme getirmiştir. Sömürgecilik sonrası sınırların belirlenmesinde, savaş sonunda başka bir anlaşma olmadığı takdirde, işgal edilen toprakların elde tutulmasını öngören prensibin uygulanması, otantik toplumların restorasyonu olarak sömürgecilğe karşı resmi ideoloji tarzında güçlülkle devam etmiştir. Uluslararası Hukukçular şu anda daha iyisini yapabilirler mi? Azerbaycan'daki Dağlık Karabağ bölgesindeki Ermeni bölgesiyle ne şekilde ilgilenmeliyiz? Ya da Ermenistan tarafından Azerbaycan'dan ayrılan Nahçıvan'ın Azeri bölgesi ile ilgili ne yapılmalıdır? 2.5 milyonluk etnik nüfus çoğunluğu, dil bilimi açısından ve büyük ölçüde tarihi açıdan Romanya ile bağlantılı Buğdan Cumhuriyeti ("Buğdan" milliyetinin Çarlık ve Stalinci şaşırtması) veya bölgenin büyük bir bölümünün Romanya ile ilgili geçmişini saklamak için Stalin'in resmi emriyle, Ukrayna'dan ayrılan büyük Rus azınlığı gibi yapay ortamların kaderi ne olmalıdır?¹⁶ Bazı hukuki itibari değeri olan bildiriler ve de facto dışı Sovyet işgaline karşı ertelenen yeniden oluşum hakları eyalet olma¹⁷ durumu doğrultusunda, Baltık Cumhuriyetlerinin kendi görüşleri ile emri vaki prensibine dayanarak karşı çıkılan mevcut (Stalinci) sınırları uluslararası hukuk yeniden kabul etmeli mi?¹⁸

Milli self-determinasyonun görüşülmesi çok az açıklık ve herkesin kabul etmesini içerir. Anlaşmazlıklar politik öncelikleri ve partizan pozisyonunu yansıtır. Tutucu bir değerlendirme, bu durumun hukuki hakların çerçevesinin tamamen çizilmesine izin vermediği şeklinde bir karar çıkarabilir. Bu durum bazılarının hoşuna gidebilir. Fakat Uluslararası Hukukçular olarak bizler böyle bir gelişimin öne sürdüklerinden hoşlanan hukuki güçler için kendimizi suçlamalıyız. Bunu, süregelen yabancı düşmanlığı histerisi yüzünden hayatları harap olan ve bulaşıcı yapısında neler olduğunu ve sağlanabilen propandadan önemli bir hukuki anlam çıkarılıp çıkarılmayacağını araştıranlara borçluyuz. Konuyla ilgili diğer sorular ise şöyledir: Self Determinasyonun yalnızca hukuki iradeye dayalı bazı kurtuluş çabalarını desteklemek mümkün müdür? (Bosnalı Müslümanların veya Kosovalı Arnavutların Sırp idaresinden

¹⁵ A use full analysis of the nationalities situation in Yugoslavia is by Hugh Poulton, *The Balkans, Minorities and States in Conflkt* (1991), pp. 1-104, *Infra*, section VII.

¹⁶ Dennis Deletant, "What Would Self-Determination Mean for the Moldovians?", in Alexander Shtroman and Morton A.Kaplan (Eds), *The Soviet Union and The Chagelence of the Future*, Vol.3: *Idelogy,Culture and Nationalty* (1989),pp.479-508, Adam Maldis, *Die Wiederstehung der belorussischen Nations aus ihrem historischen und kulturellen Erbe*, (1992) 42 *Osteuropa* 310-318

¹⁷ Cf. Namibia case I.C.J. Rep. 1971, 56; Friendly Relations Declaration, U.N.G.A. Res. 2625. (XXV)

¹⁸ cf. Colin Warbick, *Reconnition of States* (1992) 41 *I.C.L.Q.* 473-475; cf. Maritti Koskennime and Marja Lehto, *La succession d'Etats en l'ex-U.R.S.S.* (1992) XXXIX *Ann.fr.d.i.*190-198.

kurtulmaları)? Eğer self determinasyon sıkıcı uygulamaları gerektirirse bundan ne kadar utanç duymalıyız (1965 ve 1979 yılları arasında Güney Rodos)?

Bu tür sorulara anlamlı bir şekilde yaklaşımadan önce, milli self determinasyon nosyonunun içerisindeki belirgin paradoksların bulunduğu terimlerle ilgilenmek gereklidir. Kanaatimizce, paradokslar; işletilmeye başlanan ve bu amaç için kullanmaya hazırlandıkları araçları müdafaa eden devlet tiplerinden bunların çıkarılmasıyla tam olarak kuralın anlaşılamayacağını gösterir.

II. ANALİZ: SELF DETERMINASYON VE DEVLET OLMA DURUMU

İzninizle, milli self determinasyonun devlet olma durumu ile arasındaki öne sürülen ilişkiyi belirterek başlamak istiyorum.¹⁹ Bu ilişkinin iki boyutu vardır.

İlk olarak, milli self determinasyon, devlet merkezli uluslararası düzeyin sebebi olarak hareket eder: "Halkların egemenliğinin üstüne inşa edilmiş olan devletler hukukunun meşruiyeti, ancak halkların haklarını özgürce kullanmalarıyla oluşturulur"²⁰ 1970 yılındaki Dostane İlişkiler Deklarasyonunun belirttiğine göre, bütün insanlar, dış müdahale olmadan, siyasal statülerini serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Devlet olarak yaşamayı seçen bir toplumun, bu şekilde yaşamaya hakkı vardır ve bu durumda "bu hakka saygı göstermek her devletin görevidir."²¹ İnsanlara, farklı organize olmuş "Devletler" içerisinde kendi görevlerini hatırlatmaya başlayan veya belki ihtiyaç gösteren kurallar olmadan, devlet olma durumu ve onunla bağlantılı düşündüğümüz her şeyin- politik bağımsızlık, bölgesel entegrasyon ve hukuki egemenlik- meşruiyetini düşünmek zor olacaktır.²²

İkinci derecede kural olarak, Self Determinasyon, devletteki vatanperverliğin siyasal fenomenini belirtir ve diğer devletlerin politik işlemlerine karışılmasına karşı neden yoğun tartışmalar olduğuna ve bizim genelde niçin, içeriklerine katılmasak bile hukuki geçerliliği olan yabancı devletlerin hukuki sistemlerine sahip olduğumuzu açıklar.

Vatanperverlik açısından milli self determinasyon, devlet olma durumunun sebebi, her zaman görülmez. Klasik pozitivist yazıların birçoğu Devletleri, uluslararası hukukun olaylarına dayanan temel olarak kabul etmiştir. Devlet olma durumu belirsizken veya belirsiz hale geldiğinde devletlerin ardına bakmak self determinasyona gerekli hale gelmektedir.²³

¹⁹ Craford, op.cit.supra n.5.at pp.84-118.

²⁰ Dupuy, op.cit. supra n.7,at p.25.

²¹ U.N.G.A. Res.2625 (XXV) 24 Oct.1970.

²² Koskeniemi, op. cit.supra, at p. 245.

²³ Rapport de la Commission Internationale de juristes charge par le Conseil de la Societe des Nations de donner un avis consultatif sur certains aspects juridiques de la question des îles d'Aland, in La question des d'Aland. Documents diplomatiques publies par le Ministere des Affaires Etrangres (1920), pp.68-70; Nathaniel Berman, Sovereignty in Abeyance: Self-Determination and International Law (1988) Wisconsin I.L.J. 51-105

Aland Adalarında 1920 yılında yapılan Uluslararası Hukukçular komisyonunun görüşü bunu, normal ve istisnai durumlar için ayırım yaparak teyit etmiştir, "Hukuki Durum" ve "Olguların Durumu". Komisyonun tartışmalarına göre Self Determinasyon "kişilerin haklarının olumlu kuralları" değil, siyasal bir kuraldır. Bu şekilde, açıkça kurulmuş olan devletlerin parçalanmasını haklı çıkarmaz. Devlet egemenliğinin sorgulandığı durumlarda, "çözülme ya da transformasyon süreci içinde bulunması gereken", kural kendi uygulama alanını bulur. Hukukçular komisyonu için milli self determinasyon, geri çekilme durumunu oluşturmuştur: Bu "normal olarak" cansız ve egemenlik içerisinde bir şeydir. Politik transformasyonu sürecinde, devletin varlığı belirsiz hale geldiği zaman, devlet olma durumunu politik normlar düzeyinde tekrar yapılandırmak için self determinasyon uygulanabilir hale gelir.

Aland Adaları görüşlerinin içeriği şu anda Avrupa'daki mevcut karışıklıklarla bir benzerlik ortaya koyar. Eski devletler- Sovyetler Birliği, Yugoslavya, Doğu Almanya, Çekoslovakya dağılmıştır ve birkaç eski ve yeni kuruluşlar da devlet olma durumu veya özerklik görüşlerini ileri sürmektedirler. Hukukçuların "Normal olmayan" ve "transformasyon" kriterlerinin uygulanması, Avrupa'daki sistem ve düzenin yeniden yapılanmasında milli self determinasyon görüşlerinin etkili olup olmayacağını inceleme ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Macar bir yazar, milli self determinasyonun "1990'lı yılların en önemli temel ideolojik prensibi" olduğunu ileri sürmüştür.²⁴ Fakat daha da fazlası, politik varlıkların yapılandırılabilceği prensip (eğer tek değilse) temel olarak sunan ve uluslararası ilişkilerin yeniden "normal" olarak kurulabileceğini ileri süren hukuki- anayasaya uygun bir prensiptir. Politik düzende devletin merkeziyeti, onu millet olma durumunun sağladığı madde için formal, politik kabul olarak kabul edersek anlaşılabilir hale gelmektedir.

Fakat, milli self determinasyonun meydan okuduğu, devlet olma durumunun formal yapısını desteklemekten uzak olan, bir anlayış şekli daha vardır. Bu anlayışa göre, gerçek self determinasyon, mevcut katılımcı proseslerin normal fonksiyonlarında ve diğer Devletlerin karışmama görevinde değil, güvenilir toplumsal duyguların özgür yetiştirilmesinde, birlik ve ilgili grubun içinde "biz" olma duygusunun varlığında belirtilir. Eğer, uç durumlarda, devleti terk ederek bu mümkün olursa, o zaman gereklilik bir ihtiyaç haline dönüşür.

Milli self determinasyonun daha çok değişikliğe yol açacak diğer bir anlayışı da şudur; Aland adaları görüşü, açıkça kurulmuş devletlerin egemenliğini ve uluslararası topluluğun dengesini bozmayacak altyapıyı aşağıya çekmeye çalışmaktadır. Bir devletin "kesin olarak yapılanmış" sınırları içinde bulunan bir kişinin ayrılma (veya herhangi bir diğer hak) hakkını kullanıp kullanamayacağı, tamamen bölgesel devletin yerel otoritesi, imperium hakkı içindedir.²⁵

Aland Adaları görüşünü izleyen hukukçular, self determinasyonun bu (ayrılımcı) görüşünü sömürgecilğe karşı belirli ortamın uygulanmasını sınırlar

²⁴ Laslo Lengyel, Europe Through Hungarian Eyes (1990) International Affairs 291

²⁵ Rapport, op. Cit.supra n.23 at pp.68-69

layarak kontrol altına almak istemişlerdir. Fakat bu husus son zamanlarda iki çeşit tartışılabilir yolla daha fazla artan hukuki kabul görmektedir: Birincisi, "Anormallik" kavramı olup, yalnızca 1914-1919 veya tekrar 1989'da olan uluslararası devrimci transformasyonların olduğu durumları değil aynı zamanda "Açıkça Kurulmuş Devletlerin" iç yapılanmasının tamamen kabul edilemez gibi görüldüğü durumları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 1965 yılının Kasım ayında devlet olma durumu, egemenlik ve iç işlerine karışmama gibi kavramları dikkate alan kuralların uygulanmadığı istisnai bir durum yaratan beyaz azınlığın tek taraflı bağımsızlık bildirisi, Güney Rodezya krizine ortaya çıkarmıştır. Uluslararası topluluk kendine, siyahi çoğunluğun self determinasyonunu düzenleme hedefini belirlemiştir.²⁶

Daha önce belirtildiği gibi, sömürgeciliğin "yabancılara boyun eğdirme, hükmetme ve sömürme" olarak tanımlanması²⁷ Üçüncü Dünya şartlarıyla sınırlı değildir fakat yabancı bir azınlığın kendi kurallarını çoğunluğa empoze ettiği bütün durumları kapsamaktadır.²⁸ Bu görüşü, bir etnik grubun, insan hakları ihlallerinin hedefi haline geldiği zaman veya en azından eşit hakların kabul edilmemesi gibi durumlara göre genişletmek pek zor değildir. Daha da ihtilafli olanı- fakat işitilmemiş olan (göreceğimiz gibi)- dış self determinasyon hakkını kullanma iç self determinasyonun varlığına bağlı olmalıdır: İnsanların hür iradelerinin belirlenmesi.

Self determinasyonun devletçi karşıtı özelliğini belirginleştiren diğer bir gelişme de, bir ulusal varlığın kendini devlet olarak yapılandırması için otomatik bir hak olmasa bile, herhangi bir olayda, bölgesel devletin, kimliğini ve halkın "kendi kültürünü yaşama, kendi dinlerini ikrar etme ve uygulama veya kendi dillerini kullanma"²⁹ imkanlarını istemeleri yolundaki hukuki hakkının olmasıdır. 1990 CSCE Kopenhag belgesinin³⁰ IV. bölümündeki azınlık haklarını ilgilendiren farklı koşulların hukuki özellikleri hakkında bazı şüpheler olabilir ve sonraki bölümlerde bunun tarafından yaratılan beklentileri karşılamamış olabilir.³¹ Şu anki uluslararası hukukun milli azınlıkların durumuna ilgisiz kalmadığı hakkında hiç bir şüphe yoktur ve marjinal durumlarda- Nisan ve Mayıs 1991'de Kürt ve Şii isyanlarına karşı Irak'ın tutumu gibi- onları korumak için teritoryal devletin egemenliğinin dramatik tecavüzlere uğramasına yol açabilir.³²

²⁶ UK.Cf. U.N.G.A. Res 1747 (XVII) 12 June 1962; Cf. Jeriche Nkala , The United Nations, International Law, and the Rhodesian Independence Crisis (1985). Pp. 205-209); S.C. Res 217 (1965) 20 Nov. 1965, operative para. 7.

²⁷ U.N.G.A Res. 1514 (XV) 14 Dec. 1960, operative para..1.

²⁸ Cf. U.N.G.A. Res. 42/43 of 20 Nov. 1987;; U.N.G.A. Res.46/18 of 20 Nov. 1991

²⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, Art.27., infra section VII.

³⁰ Cf. Final Document of the Copenpangen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, 29 June 1990.

³¹ Cf. Report of the CSCE, Meeting of Experts on National Minorities, Geneva, 19 July 1991; Final Dokument of the Moscow Meeting of the Conference on Human Dimension of the CSCE, 4 Oct. 1991; Rainer Hofmann, Minderheitenschutz in Europe, 1992, 52 ZaöRV 14-17.

³² S.C.Res.688(1991)5 Apr. 1991.; Mario Bettati, Un droit d'ingerence?, 1991, 95 R.G.D.I.P. 639-668; Marc Bonnefous, L'ingerence: droit et politique, Defence nationale, Apr. 1992, pp.73-79.; Patric K.Thornberry, Internattional Law and the Rightts of Minorities 1991.

Milli self determinasyon, uluslararası hukuki düzenin temeli olarak devlet olma durumuyla belirsiz bir ilgisi vardır. Bir yandan mevcut gerçek sınırları ve silahlı güçlerden başka, devletin gücünü elinde tutanların kurallarını neden kabul etmemiz gerektiği konusunda bağlantı kuran açıklamalar getirerek devlet olma durumunu destekler. Öte yandan, devlet olma durumunun hiçbir belirli kuvveti somutlaştırmadığını açıklamakta ve belirli teritoryal kuralların otoritesi hakkında tahmin açısından gerekli olmaktadır. Bu tahmin geçersiz kılınabilir veya kuralın özünün belirlendiği durumlarda kendini otoritenin bu pozisyonlarından dışlanmış bulan grubun lehine, sonuçlar değiştirilebilir. Kuralın tutarlı uygulanmasında denemedeki alışılmamış zorluklar, devlet olma durumunu hem destekleyip hem de itiraz ettiğiinden ve vatanperverlik ile ayrılma duyguları arasında genel bir tercih yapmak mümkün olmadığından ana unsurları (gövde) paradokstan çeker³³.

III. TEORİ

Milleti devlet olarak belirleyen self determinasyona, kavramlaştırmak için klasik, veya Hobezyan, denebilir. Varolan doğal bağlar ne olursa olsun "bellum omnium'u engellemeyeceğinden eğer bu, resmen organize olmuş devletlere doğru kanalize edilmezse, insan doğasının güvenilir bir şekilde belirtilmesi düşüncesinin aslında negatif olduğu görüşü ile başlar. Bu anlayışa göre uluslar uni topluluklardır. Genelde devlete ait karar prosedürünün varlığıyla birbirine bağlanan birey grupları, devlet içerisindeki ortak işleri için birbirleriyle temasa geçme olanağına sahiptirler.³⁴ Bu (liberal) görüş açısına göre, bu prosedürlerin varlığı ya da yokluğu ve uygun olarak çalışması milli self determinasyonun özünü oluşturur. Bundan başka her şey zararlı ve gereksiz hırsır.³⁵

Self determinasyonun ayrılma taraftarı olan anlamı biraz romantik ve Rousseau yaklaşımı üzerine yapılandırılmıştır. Millet olma durumuna, önemsiz karar prosesinden daha temel, daha önemli bir şey olarak derinlemesine inceler. Bu açıdan, en önemli soru, popülarist arzunun nasıl kullanılacağına bilinmemesi, daha da ötesinde ne kadar kullanıldığı, güvenilir (ve suni olmayan) bir toplum olarak her ulus için uygun doğal yaşam şekline grip girmedir. Eski olan iyidir, bunun için, sivil toplumun (Batı isteksizliği ve modern devletin meşru kılınma krizini aşması için tekrar ortaya çıkarılması gereken ve kendilerini devletin içine yerleştiren trajik politik kavgaların içerisinde bazı şeyler kaybolmuştur.

Self determinasyon hakkı konusunun hukuki sorunu karmaşık görünmektedir. Çünkü bu iki karşıt nosyonun hiçbiri tam olarak diğerinin üstesinden gelememektedir.

³³ Cf. Rupert Emerson, Self-Determination, 197165 A.J.II.,468.; I.C.J Rep.1975,32 (para.55); cff also p.33 (para.59); Thomas M. Franck, Emerging Rightof Democratic Governance, 1992,86 A. A.J.I.I. 46-91

³⁴ E.J.Hobsbawm, Nations and Nationalism since 1780, Programme, Myth, Reality 1990. pp. 24-31

³⁵ Basil Davidson, The Black Man's Burden. Africa and Curse of the Nation-State 1992.

Politik katılım şeklini inceleyen self determinasyon, devletleri kabul eder ve sadece onları, kolektif birey olma durumunun farklı yönlerinin hukuki sahibi olarak görür. Böylece tutucu görünür ve milliyetçi tutkulara karşı olan nefreti, onun ideolojik manipülasyon için hassasiyetten ve paylaşılmış bir geç kavrama olayından doğan yararlı toplumsal duyarlılığın farkına varmasını engeller.

Romantik nosyon, devlet olma durumuna, hareket tarzını tayin ettiği insanların veya ulusun toplumsal hüviyetini tespit ettiği -Eğer tamamen olursa- yere kadar değer verir. Böyle olmak suretiyle, bu nosyon çabalara ve nefisinden feragat etmeye destek verir; bireysel amaçların tüm toplumun amaçlarından sonra gelmesi gibi. Bu da milliyetçi güzel sözlerle anlatılabildiği sürece yabancı korkusu ve zulmün, doğrulandığı görüşle birlikte dir.

Self determinasyon için her iki görüşün politik anlamı oldukça zıttır. İçerdikleri hürriyet kavramına negatif ve pozitif olarak ikiye bölünme imajından daha çok şey vardır: Hürriyet "-den" ve hürriyet "-e". Klasik görüşün mevcut devletlerin, devlet olma durumu konusunda etkin bir tercihi vardır. Ulusal azınlıkların, devletin içindeki toplum yaşamına diğerleriyle eşit şekilde katılması için yetki verilmesi yolundaki görüşler gibi kabul ederek, devlet olma durumuyla self determinasyon görüşlerini uzlaştırmaya çalışmaktadır. Aksine, hayali görüş ulus olma durumunu asli olarak görür. Bu yüzden, ayrılma yönünde bir tercih vardır ve toplumda bir kişinin tamamen birisine ait olarak belirleyebileceği bağımsızlığı içerir. Hayali görüşü ortaya çıkarması beklenen prosedürler değil (genelde ilerdeki bir zamanda), onun doğrulanmasını gerektiren hayat tarzının esas içeriğidir- birbirinden fazla ayrılmış, hem toplum hem de özel hayat.³⁶³⁷

IV. ÇALIŞMA: İKİ GÖRÜŞ ARASINDA DENGENİN KURULMASI

Self determinasyon hakkındaki iki görüş birbirine karşı eşit olarak henüz dengelenmemiştir. Fransız Devriminden on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar, resmi, vatanperver görüş diplomatik çalışmaların üzerindeydi (Fakat bu süre içerisinde romantik kültürel hareketler tarafından tartışıldı). Milliyetçilik, varolan devletleri destekledi ve ayrılmadan çok bir araya getirme yoluyla yeni devletler yarattı.³⁸ 1878'den sonra artarak ve 1918'e doğru gittikçe artan bir güçle, self determinasyon, etnik veya dil olarak belirgin olan milli toplulukların ayrılması yoluyla, bir kuruluş çağrısı olarak görünmeye başladı. Genel olarak, self determinasyon devlet olma durumuna engel olmaktan çok destek olmuştur.

³⁶ Anthony D. Smith, *Nationalism in the 20. Century* 1979, pp.169-179.

³⁷ Cf. Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* 1969; Alfred Cobban, *The Nation State and National Self-Determination* 1968, pp.118-124; Guyora Binder, *The Kaplan Lecture on Human Rights: The Case for Self-Determination.*, 1993, 29 *Stanford J.L.* 223., 236-239, 246-248, 256-270.

³⁸ Cf. Especially Hobsbawm, *op.cit.* supra n.34, at pp. 80-130

Milliyetçiliğin tarihi uygulama süreci içinde, teritoryal devletler için bir engelden çok birleştirici olduğu konusundaki açıklama, Ernest Gellner'in endüstrileşmeye eşlik eden milliyetçilik görüşü tarafından ince bir şekilde anlatılmıştır. Buna göre, tarımsal bir devletin, milliyetçilikten destek almasına gerek yoktu çünkü nüfusun büyük çoğunluğu birbirinden ayrı küçük topluluklar halinde ve idari, dini, askeri sınıfların elit kesimlerinden uzak yaşamıştır. Devlet, (ilk politik formasyona Basil Davidson'un dediği gibi, "Krallık")³⁹ esasında, pozisyonları, kabullendikleri hanedan ideolojisi tarafından zorla yürütülen ve doğrulanan bu sınıfın -vergilerin toplanması ve barışın sağlanması açısından- bir vasıtasıydı.⁴⁰

Sanayi toplumuna (Avrupa'da 1830 ile 1880 arasındaki dönem) doğru bir hareket bu durumu değiştirmiştir. Endüstriyel ekonominin merkezîleştiği taleplerinden meydana çıkan sosyal hareket kabiliyeti talebini karşılayabilmek için şu anda nüfus, izole edilmiş toplumunu terk etmektedir. Üretken çıktının artması ve sürekliliğinin sağlanması amacıyla bireylerin emeklilikten sonra kolayca yer değiştirmesi için bir takım temel yetenekleri- okuma yazmada dahil- geliştirmesi gereklidir. Ayrıca devlet; gittikçe artan bir şekilde vatandaşın aktif katılımını talep etmekte ve hayatlarına bazı değişik yollarla girmektedir.⁴¹

Devletin temel, tek tip eğitim sağladığı ve birbirine bağımlı her topluma sürekli ekonomik ve kültürel sistemini yaratma şansı sağladığı durumda standardize milli bir topluluk oluşur. Bu tür bir toplumun rasyonel ruhu politik haklar hakkındaki geleneksel doktrinlere destek vermez fakat bütün vatandaşların eşitliğine ve komşu politik birimlere karşı milletin özelliğine dayalı politik bir sistem geliştirir. Geleneksel dayanışma ve rekabet içindeki belirlemelere karşı bunu doğrulayan prensip milliyetçilikten doğar. Milliyetçiliğin bu kökeni, devletin, milliyetçiliğin bir sonucu olmadığını açıklar. Genelde ikisi arasındaki ilişki tersinedir: milliyetçilik ve milli self determinasyon çağrısı hanedan devletinin modernizasyonunu destekler. Diğer taraftan, bir kere yaratıldıktan sonra milliyetçilik ideolojisi, vatanperverlik değişkeninden uzaklaşabilir- özellikle devletin elit pozisyonlarında eşit paylaşımına giremeyen gruplar için sağlanabilirse- ve devletin planlarına karşı itiraz etme vasıtası haline gelebilir.⁴²

Bu hesap, genel ve homojen bir eğitim sistemi yoluyla devletin iç konsolidasyonu açısından milliyetçiliği bir ilke olarak açıklar. Bunun tersine milli kimliğin etnik, dilbilimi, tarihi ve diğer mevcut kökenleri uluslararası sistemin dış organizasyonuna tamamen uygulanamaz çünkü bunlar her millet için tektir. Westphalian sisteminin bilinmezliği (agnostisizm), milli topluluklar için neyin özel; olduğunu belirtmekten çok onlara neyin ortak olduğunu gösterir: paylaşılmış devlet olma durumları, her ulus tarafından iddia edilen değerlerinin bağımsız olarak tamamen "objektif" bir testle tanınması: etkin otorite-ninkiyile.

³⁹ Davidson, op. Cit. N. 35, at pp.92-96.

⁴⁰ Cf. Gellner, op. Cit. supra. N. 8, at pp.10-11.

⁴¹ Hobsbawm, op.cit. supra. N.34, at pp. 80-89

⁴² Gellner, op. cit. supra n.8, at pp. 19-38.

1830 ve 1878 yılları arasında Avrupa'nın haritasını değiştiren ve diplomatların üzerinde tartıştığı "milliyetçilik ilkesi", Avrupa demokratikleşmesi ve çoğunluk politikasıyla birleştirilen milliyetçiliğin politik fenomeni ile aynı değildir. Bu gelişim, transformatif bir uluslararası etki yaratmamıştır. "Hakimiyetin" yöneticiden "insanlara" geçmesi, hükümdarın hürriyetini dış müdahalelerden koruma ihtiyacı üzerinde etkili olmamıştır.⁴³ Bununla birlikte, bir veya iki eksantrik İtalyan hukukçunun 19. yüzyıldaki teorilerine göre, romantik milliyetçilik, uluslararası hukuki bir ilkenin statüsüne ulaşmamıştır⁴⁴.

Eğer devlet gücü, kişisel olmayan ve ferdi hukuk kuralları açısından anlaşılırsa, hayatın toplumsal şekliyle zıt olarak görünmeye başlar. İkinci olarak belirtilenin bulunması sivil toplum çemberiyle sınırlıdır ve toplum hayatının şartlarının zorla kabul ettirilmesinden aynı görülmüştür.⁴⁵ Bu, devletler arasındaki toplum hayatının yönlendirilmesinde kesinlikle uygulanabilir. On dokuzuncu yüzyıl hukukçuları genelde, romantik milliyetçiliğin uluslararası hayatın hukuki organizasyonlarına uygulanamayacağı görüşünde birleştiler. Westlake, yüzyılın değişikliği olan bu fikir birliğini aşağıdaki şekilde belirtir⁴⁶:

Milletlerin dayandığı bütün özelliklerin belirsizlik ve dengesizliği aslında, uluslararası hakların milliyet üzerine kurulmasının kesin bir sonucudur... Milletler, bu çoğunlukla politikada önemlidir, uluslararası hukukun dışında tutulmalıdır.

Uluslararası organizasyonun bir kuralı olarak, devlet olma durumu kesinlikle gereklidir çünkü toplumsal kimliğin hiçbir kuralına dayanmamaktadır. On dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren birçok Avrupa devletinin iç politikaları eleştirildiğinden, bu tür güçlü bir resmi devletçiliğin uluslararası alanda eleştiri almadan devam etmesine imkan olmadığını söylemeye gerek yoktur.

Tabii ki, bu Lenin'in 1918 yılındaki ünlü kararıyla ve aynı yılın sonunda Wilson'un Paris Barış Görüşmelerine beraberinde getirdiği 14 husus ile resmen eleştirilmiştir. Dört büyük imparatorluğun dağılmasıyla- Habsburg, Hohenzollern, Romanov ve Osmanlı- 1918'den sonra kısa bir süre için milli self determinasyonun romantik değişkeninin realizasyonu olanağı oluşmuştur.

Fakat farklı adaylar arasından, 1918'de kanıtlandığı gibi, self determinasyon için uygun "kişilerin" belirlenmesi- yapmak için sınırlı- Paris Barış Konferansında, uygun durumlarda üstesinden gelmek için oldukça zor bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Diğer prensipler- mutlak eşitlik, teritoryal entegre, anlaşmaların mukaddesatı- ile ekonomik ve stratejik düşünceler, self determinasyonun uygulanması için şartlar ve şekilleri dikte etmek için ortaya çıktı.

Savaş arası dönemde, Nathaniel Berman'ın çok iyi kaleme alınmış dizi halindeki makalelerinde gösterdiği gibi, Milliyetçi tutku, milletlerin ittifakının himayesinde gelişmiş bir azınlık rejimi sistemi oluşturmak için, kendini yeni özerk uluslararası hukuk ile aynı sıraya koymuştur.

⁴³ Cf. Als Mayall, op. cit. supra n. 8 At pp. 25-26.

⁴⁴ Koskenniemi, op. cit. supra, at p.252.

⁴⁵ Cf. Michael Oakeshott, The Rule of Law, in On History and Other Essays 1983, pp.153-164.

⁴⁶ Jhon Westlake, International Law, Part I: Peace 1910, p.5

Saar, Danzig, Yukarı Silesia ve Aland Adalarının İdaresi için yapılan hukuki düzenlemeler, esas milliyetçiliği ve hukuki tecrübeyi ve tekniği, uluslararası politikada benim romantizm ve klasizm dediğim karşıtlığı aşmak ve arabuluculuk yapmak için farklı bir "modern" yaklaşıma güven sağlayacak şekilde aynı sıraya koymuştur⁴⁷.

Milletlerarası hale gelme ve plebisit prensibinin, diğer teknikler arasında, devrimci potansiyeli, kendini merhametli bir şekilde ifade edebileceği dış bir form sağlamaya çalışırken, milliyetçiliğin devrimci potansiyeli azınlık hakları sorununa dönüştürülmüştür.

1920'de Aland Adaları olayında uluslararası hukukçular komisyonunun, milli self determinasyonun romantik alanın hukuki prensip olarak kabul edilemeyeceğini belirttiğini gördük. Çünkü devletin hakimiyetine zarar verebilir ve uluslararası topluluğun çıkarlarına ters düşen bir şekilde politik stabiliteyi tehlikeye düşürebilirdi⁴⁸. Fakat komisyon, bu kuralın istisnai bir yönünü de devlet olma durumunun belirsiz olduğu durumları da dikkate alarak ortaya koymuştur. Bu şekilde, "self-determinasyon" bunu bütünleyebilir ve limitlerini yeniden düzenleyebilirdi. Self determinasyon hakkının hukuki önemi hakkındaki hukuki tartışmaların hukuki merkezini "normal" ve "anormal" durumlar arasındaki ayırım oluşturmuştur⁴⁹. BM dönemindeki "makul anlaşma" durumu anormalliği kolonyalizmle birleştirme çabasıydı- "kardeşin kardeşi öldürmesini" engellemek ve bölgesel stabiliteyi sağlamak için mevcut sınırları koruma ihtiyacını her zaman dikkate almıştır⁵⁰.

Bu milli self-determinasyonun, 1960 sonrası uluslararası hukuk sistemi sonuçlarında kabul edilebilir bir içerik olarak görülebilir olmasının nedenlerinden biri de modern devlet sistemlerine ciddi bir tehdit oluşturmayan Üçüncü Dünya milliyetçiliğinin belirgin özelliğidir. Afrika veya Asya'daki çeşitli milli liberasyon hareketlerinin sonucu olarak kolonyalizm öncesi imparatorlukların eski zaferleri gündeme gelmiştir. Bu izole edilmiş yapılara bağlantı olarak kalmıştır ve genellikle etnik beka, durgunlukla eşanlamı olarak hor görülmüştür ve 1950 ve 1960'larda gelişme ve politik hürriyet için gereksiz bir kavga olarak algılanmıştır. Daha sık olarak, milli liberizasyon hareketleri, bir yabancından çeşitli unsurlar, Avrupa yüksek kültürü ve özellikle Marksizm-den elementler alarak çekişmeye ivme kazandırmaya çalışmıştır⁵¹. Bu hareketlerin, kabul edilebilecek kolonyel sınırlarının kararının verilmesinde sürekli küçük görme ve tatsız karşılama bunu ispat eder⁵². Kurtarıcı kişiler açısından önemli olan şey devlet gücünün belirli formlarını yakalamaktır- Nkrumah'ın "politik Krallık"- ki bu da kolonyel kurallar tarafından, kolonyalizmin önünde

⁴⁷ Cf. Nathaniel Berman, *Modernism, Nationalism and the Rhetoric of Reconstruction*, 1992, 4 Yale J.L. and Humanities 3511-380, A Preliminary Ambivalence: National Desire, Legal Autonomy, and the Limits of the Interwar Framework, 1992, 33 Harv. I.L.J. 353-379, But the Alternatives Despair'. *Nationalism and Modernist Renewal of International Law*, 1993, 106 Harv. L.R. 1792-1903.

⁴⁸ Mayall, op. cit. supra n.6, at p.57.

⁴⁹ R.Y. Jennings and A.Watt (Eds), *Oppenheim's International Law* (9th edn, 1992, p 131, n.1).

⁵⁰ *Burkina Faso-Mali Frontier case*, I.C.J. Rep. 1986, 5565 (para.20).

⁵¹ Gellner, op. cit. supra n. 8, at p. 81.

⁵² Benedict Andersson, *Imagined Community* (2nd edn, 1991), pp52-65.

kabile veya devlet gibi varlıkların gelmemesi şeklinde belirtilmiştir.⁵³ Gerçek şudur "Üçüncü Dünyada devletler sadece isim olarak milli devletlerdir"⁵⁴ ve "Bu tür birçok "milletin" ve "milliyetçi hareketlerin" yardım çağrıları çoğu zaman milliyetçiliğin karşıtıydı... aslında uluslararasıydı"⁵⁵.

Self determinasyonun genel bir kabulü devlet sistemini tersine çevirmeye çalışan birçok politik harekete yabancı olan relativist dünya görüşünden kaynaklanır. İslami milliyetçiliği Şii, Humeynici formuyla uzlaştırmak zordur ve kötü ve kafir rejimlere karşı cihadı telkin eder ve açıkça uluslararasıdır. Bir İslami köktendinci için " İslam'da milliyet yoktur"⁵⁶. İslam onların yerine başka bir şey koyarak iptal eder ve onların hepsini kaldırır. Milliyetçilik İslamiyet öncesi bir mirastır. Aslında, İran veya Libya gibi ülkelere hakimiyetin kesin perdesi arkasından uluslararası hayata katılmazlar ve sorgusuz bir hakimiyet eşitliği bazında bunun teorik bir tutarsızlık olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Kısa dönem strateji ve uzun dönem prensipler arasındaki ayırım akılcı bir ispat sağlar. Kozmopolit ideolojilerin bile -şu anda- devlet sonrası toplumun doğuşuna karşı savaşmak için devletin modern tekniğine ihtiyacı vardır.

Yirminci yüzyıldaki en güçlü self determinasyon hareketleri komünistler tarafından yönlendirilen solcu hareketlerdi ve Marksist ideoloji tarafından desteklenmiştir. Marksizmdeki milliyetçiliğin durumu belirsizdir fakat içeriğinde geçici veya taktik bölümün daha fazla nasıl yer alacağını görmek zordur.⁵⁷ Kesinlikle, Marksizm modernizm öncesi geçmişin restorasyonu ile ilgili hareketlerle uzlaştırılmaz. Bu yüzden, Angola, Mozambik ve Nikaragua'da kurulan toplum gücü çeşitleri Marksist hareketlerle kurulmuştur ve devlet gücünün çeşitleridir. Bunlar aynı görüşlerine, bölgesel entegrasyona ve dış müdahalelere karşı hitap ederler. Bunu Avrupa devletleri kendi farklı modernlikleri için tabii bir sonuç olarak görürler.

Kolonizasyonun dağılması, devletin yapısına bir mücadele ile eşlik etmemiştir. Kendi kendisini belirlemesinin gayreti gemeinschaftlich (birlikte) tipi değil de gesellschaftlich'dir (toplumsal). Otantik toplumsal bağlılık içinde olan bir madde idi ancak bu niteliğini ve önemini belirlememiştir. Avrupa modelinden sonra "modern" gelişmiş bir devlet oluşturma denemesi her zaman daha kuvvetli kanuni gücü oluşturmuştur.

Bu günkü ulusların kendi kaderlerini kendilerinin belirleme kuralı daima her iki karşıt duyguların birleşmesini amaçlar; klasik ve romantik. Neden olduğunu görmek o kadar da zor değil. Delinmez bir devletçiliğin formal bir konseptine dayanmak, ezici ülkesel yaptırımlar üzerinde kolayca kanuni bir maske atabilir. Bulunan ulusal kimlikler üzerine referans olarak tekrar yazılacak harita, bu kimliklerin üst üste gelen (ve böylece sınırlı çatışma) bu kimliklerin karakterini ve onların antidemokratik ve yalıtıcı potansiyelini önemsemez. Sanki olmuş gibi, her ikisi de birbirlerinin kabul edilemez sonuçlarını

⁵³ Davidson ,op. cit.supran.355, at 164,165,162-196

⁵⁴ Mayall, op.cit. supra n. 6, at p.112.

⁵⁵ Hobsbawm, op. cit. supra n. 34. at p. 171

⁵⁶ Ayatollah Khomeini, asquoted by Edmund Ghareeb, The Roots of Crisis, Iraq abd İran, in C.Jojner (Ed.), The Persian Gulf War. Lessons for Strategy, Law and Diplomacy 1990, p.31.

⁵⁷ Nigel Harris, National Liberation, 1990.

kontrol eder. Buna rağmen, sistemin stabilite için güçlü tercihi, birçok somut durumlarda, devletçilik lehinde şekillendirmiştir.

Bu, legal ve politik enstrümanlar gibi görülen paradokslarda belirtildiği gibi -1975 AGİK Nihai Senedi gibi- insanların kendi kaderlerini belirlemesi hakkı meyili, varolan devletlerin bölgesel entegrasyonunu sağlamadaki tedariki ile yapılır iki zıt fikir arasındaki tansiyon gerçeğin dozunu modifiye ederek, böylece bu uzaklaştırmadan çok azınlığın korunmasına yönelir.

Böylece, 1975 Helsinki Nihai Senedinin (Avrupa'daki azınlığın korunması için anlaşmada dahil) 7. Kural'ı, bir tarafta kendi kaderini belirleme kuralı (8. kural), ayırma nedeni olarak alınmamalı (böyle bir şey Avrupa politik şekli için yıkıcı olabilir), ve diğer tarafta; bölgesel entegrasyon ve müdahale edilmeden (4.ve 6. Kurallar) nasyonalist gruplara karşı ayırt edici hareketlerine karşı duapile bir bahane bulmamaları gerekir. Sonraki AGİK dokümanları üçlü grup olan, kendi kendini belirleme bölgesel entegrasyon - azınlığın korunmaları esasları modifiye edilmemiştir.⁵⁸

Barış İçin Gündem başlıklı B.M. Genel Sekreterinin raporu, 31 Ocak 1992'deki, Güvenlik Konseyi isteği ile toplanan zirveye istinaden yapılmış olması bu davayı açıkça belli eder. B.M.'lerdeki üyelik artışları, uluslararası sistemde radikal bir değişim olduğu anlamına gelmemelidir. "Eğer, her etnik, dini veya linguistik grup kendi devletini ilan ederse, fragmentasyona, ve barışa, güvenliğe ve iyi- hale hiçbir limit konamaz çünkü tümünün başarılması daha da zorlanacaktır": Ekonomik ve politik geçerliliği soru işareti olan devletlerin çoğalmasını denetlerken, dikkatin yoğunluğu insan hakları ve azınlığın korunmasına yönelik olmalıdır; bağımsızlık ve kendi kaderini belirleme, "her ikisi de aynı derecede değerli ve önemli, ve ileride karşıt olarak çalışmasına izin verilmemelidir"⁵⁹

"Normal" ve "Anormal" durumların tanımlamaları ve genişlemeler ile, özel "kendi kaderini belirleme yasası" bir yere kadar geleneksel kanun hükümlerine karşı rakip olması, yirminci yüzyılda bazı gelişmelere maruz kalmıştır. Versay Barış Konferansı, tatbik edilebilir evrensel kendini belirleme hakkını oluşturmadı gerçi birkaç ayırıcı gruplara da yasal hak sunmamıştır. Daha da önemlisi azınlıkların hakları ile ilgili problemler ile uğraşmıştır. BM Sözleşmesi, koloni durumlarında "anormallik" kategorisini sınırlayarak, kendi kaderini belirlemeyi iç hukuk kuralı haline getirmeyi amaçlamış ve birçok ulusal grupların ferdi üyeleri için insan haklarının geliştirilmesi için kendi kaderini belirleme iddialarını⁶⁰, onların iddiası olarak ele almıştır. Bunların hiçbir devlet merkezli politik yapıları ciddi bir şekilde tehdit etmemiştir.

Ancak, daha yakın bir zamanda, çatışmanın, kendi kaderini belirleme problemi olarak belirtilmesi artan bir şekilde görülmüş ve belki de, "normal" egemenlik kuralının bir tarafa atılmasının haklılık kazanmasıdır. Bu gelişim ise, bir sonraki bölümde, belirteceğim şey olan post-modern meydan oku-

⁵⁸ Cf. Salo, op. cit. supra n.3, at pp.317-320.

⁵⁹ UN. Doc.A/47/277; S/24111(17 June 1992), p.5 (paras.17-19)

⁶⁰ Binder, op. cit. supra n.37, at pp.230-239.

mak, bir sonrakinin lehine formal devletçilik ile otantik toplum arasındaki te-
raziye meydan okumak olarak şekillenmiştir.

V. POST-MODERN MEYDAN OKUMAK

Hayatın birçok alanında, modern, liberal dünya görüşünün (buna biz
Aydınlanma diyebiliriz) eski etkisini kaybettiği görüşü vardır.

Eleştirel yaklaşım, çağdaş düşüncede birçok dalı takip eder. Genel
seviyede, sosyal organizasyonun değerli amaçları üzerinde ayrıcalıklı teknik
ve işlevsel rasyonalitesi olan Hobbesian-Cartesian dünya görüşüne bir saldı-
rıcı içerir. Eleştirel olarak, anlamı toleransın, pluralizmin ve individualizm
kılıfları altında bulunan Aydınlanmanın dialektiği hakkında konuşmuşlar ve
bununla modern toplum, mülkiyet ifade eden, uzaklaştırılmış ve sığ kimlikli
bir toplum yaratmıştır ve herhangi bir anda, otantik toplumsal bağların bu-
lunmamasının boşluğunu doldurmak için faşistlere transform olabilecek kabi-
liyettedirler.⁶¹ Von Savigny'in romantik metafor'unu kullanırsak, bizler, kendi
orijinal toplumumuzun yardımı ile, hayat ağacından koparılmış dallar olmu-
şuz.⁶²

Fakat bu sorgulamanın kötü bir anlamı da vardır. Bu anlam, eldeki işa-
retlerden herhangi biri, yarış halinde olan veya birbiriyle üst üste binen hüvi-
yetlerin haklılığını yalanlamasına yol açacak kadar vurgulandığı zaman orta-
ya çıkarlar.⁶³ Bu durum, özellikle güvenilirlik mefhumunun müşterek devlet
talepleriyle bağlantılı olduğu zaman zuhur eder. İki savaş arasında gelişen
Alman milliyetçiliği, milliyetçiliğin esas gücünün modern, teknokratik devlet
aygıtlarıyla ilgisindeki gizli tehlikeyi canlı olarak gösterir.⁶⁴ Günümüzde milli-
yetçiliğin ve modernizmin korkunç ittifakını, Yugoslavya'da kendilerinin öz-
gürlük savaşçısı olduğunu iddia eden ürkütücü Sylvester Stallone (RAMBO)
kılıklı kişilerde gözlemleyebiliyoruz.⁶⁵

Güvenilirlik isteğinin birbiriyle örtüşen toplum ihtiyaçlarının eşit sıh-
hatliliğini reddetmeye vardırarak kadar yanlış yerleştirildiği⁶⁶, (müşterek
"devlet" kavramının belirsiz anlamı düşünüldüğünde) gayet net şekilde göze
çarpar.⁶⁷

⁶¹ Theodor Adorno and Max Horkheimer, *The Dialectic of the Enlightenment*, 1979, 1st edn1944, esp. Pp.81-119.

⁶² Cf. Oakeshott, *op.cit.* supra n.45, at pp.121-125.

⁶³ The Resultation of the Estonian Supreme Council on the National Independence of Estonia, 20 August 1991, 2 Finnish Y. i. l. 525.

⁶⁴ Cf. Dietrich Guyer, *Das Ende des Sowjetimperiums*, 1992, 42 *Osteuropa* 299-300.

⁶⁵ Koskenniemi, *op.cit.* supra at p.254.

⁶⁶ Davidson, *op.cit.* supra n.35, at pp. 254-262.

⁶⁷ Nathaniel Berman, *A Perious Ambivalence*, *loc.cit.* Supra n. 9.

VI. MİLLİ GELECEĞİN BELİRLENMESİNİN (SELF DETERMİNASYONUN) BULANIKLIĞI:

Sağlıklı toplumun restorasyonu hakkındaki iddia düşman topluluklar arasındaki çatışmalar ve self determinasyonun sıhhatli biriminin hangisi olduğunu belirleme zorlukları tarafından sürekli zayıflatılmaktadır. Aslında, içinde bulunduğu büyük toplumun self determinasyon hakkını zedelemekten (toprak bütünlüğü) ayrılıkçı toplumun self determinasyon taleplerini tartıştığı bir ortam düşünmek oldukça zordur⁶⁸. Yugoslavya, milliyetçiliğin soğan problemi diye bilinen durumun örnekleyicisidir: Birilerinin millet tanımı, başkasının hayalini/görüşünü oluşturan Perspektife (mesafeye) bağlıdır. Geniş bir bakışla (Yugoslavya) "azınlıklar" olarak görünen durumu, bakış odağı yaklaştırıldıkça (Hırvatların söylediği) çoğunluk nüfusuna dönüşecektir⁶⁹. Mesafe, kişinin tercih ettiği çözümden bağımsız olarak seçilen bir şey değil doğasında bulunan bir parçasıdır. Böylece selfdeterminasyon hakkının "tutarlı" bir uygulamasını yerine getirebilme zorluğu ve onu elde etme girişiminin çatışma eğilimli karakteri ortaya çıkar.

Milli self determinasyon hakkının tutarlı bir uygulaması "Millet" i hangi unsurların oluşturduğuna dair sağlam kriterlerin mevcut olmasını gerektirir. Tarihçi ve sosyologlar, görünüşte mevcut kriterlere (dil, etnik geçmiş, tarih, din, vs.) dayanan böyle bir tanımın zorlukları hakkında çok şey söylemişlerdir. Alman milliyetçileri Fichte ve Herder'in 19. yüzyılın ilk yarısında açıkladığı orijinal kimlik kriteri, dilin kendisidir; çünkü dil ulusların içlerindeki özün dış görünüşünden başka bir şey değildir⁷⁰. "Bilgileri teoriden ibaret olan ve elinde hiçbir nüfuz bulunmayan insanlar" için bu iddia doğal olsa da biraz ihtimal bulunan Almanya yanlısı durumuna düşmüştür. Çünkü çok dilli milliyetçiliğin mevcut olduğu Amerika ve Hindistan ve Fransızca ve İngilizce'nin, milliyetçiliği sürdürememesi gibi durumlar söz konusudur⁷¹. Zenci milliyetçiliği için ırk geçmişi Afrika bir kimlik kriteri olabilir; ama A.B.D. de hiç de bu işlemi yerine getiriyor görülmemektedir. Nigel Haris'in ifade ettiği gibi eğer "sözgelimi Güney Londra'da İngiliz bir manav, Berlin, Delhi veya Yokohama'da bir manavla, 16. yüzyıl Londra'sının bir manavıyla paylaştığından daha fazla bir oranda yönleri paylaşıyor görünüyor" ise paylaşılan bir "kültür" gibi genel bir kimlik temeli bile yetersiz olabilir⁷².

Profesör Hobshawn, 19. yüzyıl milliyetçiliklerinin çoğunun milli ruhun kendiliğinden billurlaşmış hali olmadığını, fakat milli bir takım seçkin insanların milli destanlar, semboller, bazen de yerel diller uydurarak destek kazandıkları politik bir azat etme süreci içinde uydurulmuş olduğunu göstermiştir.⁷³ Milliyetçilik çok eski olmayıp yenidir ve "son 150 yılın Avrupa düşüncesinin bir

⁶⁸ Pomerance, op.cit.supra n. 9.

⁶⁹ Koskenniemi, op.cit.supra, at 260.

⁷⁰ Kedourie, op. cit. supra n.7, at p.70.

⁷¹ Gellner, op. cit. supra n.8, at p.70

⁷² Kedourie, op. cit. supra n.7, at p.70. ; Pomerance, op.cit.supra n. 9.; Harris,op.cit supra n.57, at p.5. ;Hobsbawm, op. cit. supra n.7, at pp.53-55.

ürünüdür.⁷⁴ Bu düşünce, tarım toplumundan sanayi toplumuna giden hareketle ilgilidir. Bunun -Rus imparatorluğu içindeki politik durumunu desteklemek amacıyla İsveçli bir seçkinler grubu tarafından geliştirilen -Fin milliyetçiliği için geçerli olduğunu kesinlikle kabul ediyorum. Sağlıklı bir toplum hayatının kazanımı yerine bilinçli bir siyasi oluşum, Finlandiya'nın 19. yüzyıl milli lideri A.İ. Arwidsson'ın ifadesinde gayet açıktır. "Biz İsveçli değiliz, Ruslaşmak da istemiyoruz, öyleyse Finli olalım". Ulusların tanınabileceği genel kriterler mevcut değildir.⁷⁵ (Gellner'in tespitine göre, milliyetçilik millet kavramıyla tanımlanamaz, fakat tersine milletler milliyetçilik yaşının bir ürünüdür.) Milli self determinasyon talebi, politik mücadelelerin ifade tarzının bir parçasıdır; ve onun ne sebebi ne de gerçek hedefidir. Örneğin, Nijerya gibi sömürge durumunda bir "millet", sömürgecinin baskıcı yöneticisine duyulan ortak nefretten başka bir şey ifade etmeyen bir kavramdır.⁷⁶

Liberal devlette, birey ile devlet arasındaki ilişki öncelikle yasaldır. Kişi, devlet için ayrıt edici özelliği olan bir birey olarak değil, ülkesi için gerekli vatandaşlık niteliklerine sahip bir vatandaş (persona) olarak vardır.⁷⁷ Fakat bu yasal bağın bir bağlılık teminatı olmasına yetip yetmeyeceği açık değildir. Daha derin bir bağ için, milliyetçilik, özgün bir ait olma duygusuna ihtiyaç vardır. Modern bir devlet ve kurumlarını oluşturmada ki zorluk "aşırı ölçüde suni olmak karşısında özgünlüğü arama" şeklinde karşımıza çıkar.⁷⁸

Bu eleştiri aynı doğrultuda işleyen bir diğeri tarafından tamamlanmıştır ki bu husus 1989'da sosyalist devlet anlayışının yıkılmasından beri sol kanadın liberalizm eleştirilerinden başka bir takım kaynaklardan esinlenmektedir.⁷⁹ Bu husus, sosyalist devletin yapmacık ve zorla kabul ettirilmiş çehresinin eleştirisidir ve Sovyetler Birliği, Yugoslavya, Çekoslovakya gibi ortakların "ulusların hapishanesi" imajıdır ki bu ülkelerin asıl amacı doğal, tarihi, etnik, dini kimliklerini ve düşmanlıklarını alt üst edip, sosyalist devletin oluşumunda bunların hepsinin üzerine çıkmaktır. Şu anda hakim olan düşünceye göre bu tür suni ihlallerde, o toplumların tek birleştirici otoritesi tarafından kendi yararı için yönetilmektedir ve bu otorite Komünist Parti'dir. Partinin uzaklaştırılması şimdi, zamanında Parti etkisindeki devlet tarafından yok edilmek istenen özgün topluluk kimliklerinin yeniden canlandırılması için ulusu yapılandırma yolunda çalışanlara yol açmıştır.

Böylece Doğu Avrupa'daki milliyetçiliğin yükselmesinin birçoğu kayıp komün geçmişi yeniden oluşturmak için yakın tarihi silen Rousseauesque Ütopyadan kaynaklanmaktadır. Baltık bağımsızlığının oluşumu veya bunun yeni bir devlet olarak tanınması iki örneği teşkil ederler. Doğu Avrupa'da da başka yerde bu "geçmişin kolonilerinin dağılımı kahramanlardan, şehitlerden ve eski efsanelerden uluslar yaratmaktır. Hareket ileri doğru değil, geriye

⁷⁴ Kedourie, op. cit. supra n.8, at p.74.

⁷⁵ Gellner, op. cit. supra n.8, at pp.53-55

⁷⁶ Harris, op. cit. supra n.57, at pp.14-15; Mayall, op.cit. supran.6,atp.49.

⁷⁷ Davidson, op. cit.supra n. 57, at pp. 152-158.

⁷⁸ Harris,op.cit. supra n.57, at pp. 226-235.

⁷⁹ Cf. Heather A. Wilsom, International Law and the Use of Force by National Liberation Movements.1988, p. 80.

doğru efsanevi geçmişe doğrudur. Bu anayasal işlem bir sosyal anlaşma üzerine değil bir yenilenme ile ilgilidir.

Aşağı Sahra Afrika'sı gibi üçüncü dünya ülkelerinde, son siyasi huzursuzluklar, koloni sınırlarının çizilmesi hususunda ilk-koloni kimliğinin ihmali ve koloni-sonrası elitleri tarafından çabucak kendini adama üzerine dikkati toplamıştır. Batı devlet formu kısmen harici olarak neo-kolonist strateji olarak kabul ettirilmiş, kısmen de Afrika toplumunun modernizasyonuna yönelik özgürlük hareketlerinin liderleri tarafından benimsenmiştir. Fakat 1960'ların yeni devletlerinin kullandığı başlangıç meşruiyeti 1980'lerin sonunda, kurulmuş bölgesel mevcudiyetin beceriksizliği ile, diktatörlüğe zorlayıcı şekilde ve dejenere olmuş bürokrasiye ekonomik -sosyal rahatlatma sağlayarak Devlet mekanizmasına zarar vererek ortadan kalkmış görünmektedir.

Böylece, 1980'ler ve 1990'ların başında Afrika devlet kavramına karşı bir meydan okuma biçiminde toplumların kendini savunması "kabile tarzı hayat" şeklinde kendini göstermiştir. Devlet bürokrasilerinin yürütmeye yetersizliklerini gösterdikleri ekonomik ve sosyal işlevleri bölgesel ve mahalli topluluklar üstlendiği için devlet gücü fiilen merkezîyetçilikten çıkarılmış durumdadır. Bazı yerlerde, kırsal alanlara başkentten ve onun dejenere uygulamalarını karıştırmadan mal sağlanması için yasadışı devlet dışı ekonomiler geliştirilmiştir. Benin'de, 1980'lerde, dünyanın en büyük kaçakçılık yatırımını gerçekleştirdiğine, toplam ticaretin %90'ını paralel ekonomide gerçekleştiren Zaire'de yasadışı ticaret ilk defa bazı şehirlerde sanki burjuvazi gibi bir şekilde sonuçlanmıştı.

Kendi geleceğini tayin ilkesi yine kendi romantik bağlamında bu acılar içerisinde ortaya çıkmaktadır fakata bu kavram, milliyetçilikle aynı arabaya bindirilip de götürülmesi zor bir olgudur. Çeşitli kimlik ilkeleri rekabet içerisinde ve birbirinin üzerine gelen toplulukları oluşturur: Ekonomik birimler (serbest bölgeler, uluslar ötesi şirketler ve ticaret ortakları, düzensiz paralel ekonomiler), etnik ve dini gruplar, doğası gereği ulus ötesi oluşumlar ve bunların devlet karar mekanizmasına bağlılıkları söz konusu değildir. Bu romantik rekabet belirgin şekilde çağdaş ötesidir, (öncesi değil) bunun nedeni ise, rekabeti yaratan yeni devletlerin bu yeni türeyen kimlikleri modern devletin birleşik resmi siyasi yapıları ile temsil etmeye muktedir olamamalarıdır.

Tanımlandığı üzere kendi kaderini tayin hakkı, toplumsal yakınlık veya amaç ve böylece özgürlük, bireysellik ile ilgili olarak buna elveren bir kavram olarak karşımıza çıkar.

Baskı kaldırıldığı anda, topluluk duygusunu sürdürme konusunda hemen hemen hiçbir şey kalmayabilir. Bu durum, yalnızca dekolonizasyon sürecinin "yeni milliyetçilikleri" söz konusu olduğunda geçerli değildir. Örneğin, Güney Slav milliyetçiliği, Sırp köylülerinin Voyvodina'daki Macarlar'ın baskısı altında kaldıklarından dolayı çıktığı görülür. 20. yüzyıl başlarında yarı bir milliyetçi istem olarak gelişen Sırp tepkisi, "millet olmak için değil, temel adalet" isteğiyle diğer milliyetçilik örneklerine karşı yayılmacı bir şekilde ortaya çıktı. Yahudilik duygusunun gelişmesi ve politik organizasyonun Siyonizm'e dönüşmesi ve Yahudi devletine sahip olma arzusu aynı biçimde toplama

kampları ve soykırımla yakından ilgilidir. Bu açıdan bakıldığında, İsrail vatan-severliği tepkisel bir olay olmakla birlikte aynı zamanda Ortadoğu'da Filistin milliyetçiliğinin bir politik mücadele olarak duyurulması sürecine süreklilik ve gelişim sağlamaktadır. İsrail milliyetçiliğine hala, güçlerini komünizm ya da SSCB'deki Rus yönetime karşıt olanlardan alan ve bu yönetimin çökmesiyle çökecek olan bugünkü Doğu Avrupa milliyetçiliğinin çoğuyla aynı gözle bakılmaktadır.

Eğer milli self determinasyon isteği belirli ve gerçek bir "millet olma ruhundan" kaynaklanmayıp sadece politik bir baskıya karşı toplu destek almak için bir araç olarak kullanılıyorsa, baskı altında kalmadan bu hakka sahip olan -yani politik mücadele için meşru bir sebebin olması (ya da olmaması)- milletleri belirleyen hiçbir yol yok gibi görünüyor o vakit birisi "Uluslararası hukukçular bu durumu nasıl çözebilirler?" diye sorabilir.

Genellikle bu sorunun uluslararası hukuka ait olmadığı iddia edilir çünkü yasal yönden ilgili birimin bölgesel kriterlerle rahatlıkla tanınabileceği ileri sürülmektedir. Birleşmiş Milletler dekolonizasyon yasasını - 1960 tarihli 1514 ve 1541 nolu BM Genel Kurul Kararları ve BM Anayasası'nın II.bölümündeki yasal temeller- ilgilendirdiği kadarıyla şüphesiz bu durum doğrudur. Fakat burada önemli husus şudur ki toprak "tanzimi" gerçek toplulukların yeniden yaratılması istekleri ile tehlike altına girmektedir. Fakat Güney Rodezya, West Bank ya da Ulster'da olduğu gibi bölgede kendi egemenliğini sağlamış ve çoğunluğun tehlike altına girmiş yerlerde neler yapılmalıdır?

Aynı şekilde, kendilerine gerçekten self determinasyon hakkı verilen milletlerin, millet olma istekleri için subjektif bir kriterle sahip olduklarını ileri sürmek aynı ölçüde bir işe yaramaz. Fakat sadece self determinasyon hakkını kullanma isteği de uygulanabilmesi için yeter koşul olamaz. Bu durum, BM Genel Kurulu'nda Cebelitarık ve Fransız Mayotte Adası hakkında (her zaman tartışmalı şekilde de olsa) kabul edilmiş gibi görünmektedir. Öyle görünmektedir ki, koloni durumu söz konusu olduğunda halkın isteği daha nüfuslu grubun self determinasyonu ile en azından göz ardı edilebilmektedir.

Daha temel bir nokta da, dünya doğal olarak ayrı fakat hem hudut milletlere bölünmediği sürece, subjektif kimliklendirmeler arasında çatışmalar- Hırvat ve Sırb ya da Ermeni-Azeri ve çok sayıda öteki örneklerde olduğu gibi- olacaktır. Subjektif kriter, milletlerin sadece "post hoc" şekilde tanınmalarını sağlar - ama ülke temel millet olma duygusundan yoksunsa, bu gibi ihtiyaç duyulan durumlarda, subjektif kriter bir işe yaramaz.

Elbette, bir toplumun var olan kimlik duygusu olduğu sürece, bunun politik önemini inkar etmek saçmalaktır. Ama plesibit bile kesin çözüm olmaz.⁸⁰ Marx ve Freud'dan bu yana, 1860 daki Savoy ve Nice 1935'teki Saar plesibitlerinde açıkça görüldüğü gibi yanlış bilinçlenme ve manipulasyon olasılıklarını dikkate almak zorundayız. Ayrıca, seçmen sayısını sınırlandırma konusu önemli sorun olmaktadır. Batı Sahra'nın bugünkü, kaderi bunu gösteriyor; bir seçim düzenlemeden çok önce, millete ait olacakların kimler oldu-

⁸⁰ Cf.also Mayall, op.cit supra n.6, at pp.52-54.

ğu teoriniz olmalı- elde edeceğiniz genel iradenin ne çeşit olacağına dair önemli olabilecek bir teori.⁸¹

Akla uygun çoğu durumda, ulusal kimlik subjektif ve objektif unsurları (istek ve kültür) bir araya getirir. İlgili halk ve bu halkı ilgilendiren birkaç dil, tercih ve etnik kriteriya içindeki topluluk duygusu. İçinde bu tür unsurların bulunduğu oran, durumdan duruma değişir bu yüzden dünyanın değişik milletler uygulamasını genel bir millet olma duygusuna ya da belirli bir manayı ulusal self determinasyona çevirmek mümkün gözüküyor. Birleşmiş Milletler kuruluş yasası 9. bölümünün hayata geçirilmesi başlangıçta 1946 yılında yalnızca bu kendi kendini yönetemeyen bölgelerde olmuştur. Bu bölgelerin yönetimini elinde bulunduran devletler, bu bölgelere kabul edilebilir bir siyasi uzlaşmanın uygulanmasına razı olmuşlardır. Bu düzenleme, çok geçmeden Genel Kurulun çoğunluğunun gözünde meşruluğunu yitirdi. 1960 yılında, dekolonizasyon komitesi (ilk olarak Rodezya'dan başlamak üzere) diğer koloni bölgeleriyle ilgilenmeye başlamıştır.

Bu genişlemeler ışığı altında, bağımsızlık ve özgürlüğün esas ana noktası milliyet kavramıdır. Buna "bağlılık, tutarlılık, uyum" da denilebilir. Fakat bu durumlar şimdi problem olarak gözüküyor.

Sırf ulusal self-determinasyon genel prensibini üstelemek ve kendilerini haklı çıkarmak için çaba harcayan toplulukların başvurdukları değişik kriterleri tamamen etkisiz kılmaktadır, milliyet için hiçbir doğal standart olmasına rağmen özel bir tip self-determinasyon talebini yerine getirmek için oluşacak istek toplumun kendi özgün benliğinin farkına varmasına yol açacağından muhafaza edemeyeceği mevcut karakteri ile verilme istenen kimlik ilkesi arasında zıtlık yaratacak bir girişim gibi görülecektir.⁸²

Kollektif self-determinasyon hakkı adlı bir hak ya da ilke olup olmadığına dair yapılan hukuki anlaşmazlık bir sonuca bağlanamaz çünkü "abstracto"daki iddiası politik çatışma yönünden bir sonuca varılamıyacaktır. Bu ne kadar somutlaştırılırsa, bununla birlikte yani ne kadar fazla varolan bir hak olarak uygulamaya sokulursa o kadar çok çelişkiler ortaya çıkmaya başlar ve sonuçta en çok ihtiyaç duyulduğunu hissedildiği en faydasız hale gelir: Bir başkasına karşı özel bir "özgürlük" sınırları hakkında bir çeşit tartışma oluşur.⁸³ Başka bir deyişle hukuki tartışmadır. Bu çatışmada soyut ilkelerin uygulamada ferdi sonuçlara başvurulursa, bu topluluklar için gerekli yeniden yapılanma olacaktır. (kendi kimliklerini oluşturan esaslar ve amaca ulaşabilmek için gerekli uygulamalarda dahil) olmak üzere sınırları iç içe geçmiştir.

VII. SELF DETERMİNASYON VE ÇATIŞMA: YUGOSLAVYA OLAYI

Self determinasyonun genel prensipleri çerçevesinde uluslararası hukukçuların söylemiş oldukları self determinasyon iddiaları otantik toplulukların

⁸¹ Binder, op. cit. supra n.37, atp.240.

⁸² Thierry. Op. cit. supra n.11, at p.168; Cf, also Gellner, op. cit.supra n.8, at pp.53-55.

⁸³ Cf. Generally Crawford, op. cit. supra n.5, at pp.93-95, 358-363.

yeniden yapılanmasını desteklememektedir. Bizim bu iddiaları kabul etmemiz bir sorun yaratma değildir. Çünkü pratikte bunu desteklemek politikacı olarak kabul edilemez bir haksızlıktır. Kolektif self determinasyon hakkı adlı bir hak yada ilke olup olmadığına dair yapılan hukuki antlaşmazlık bir sonuca bağlanamaz çünkü "abstracto" da ki iddiası politik çatışma yönünden bir sonuca varılamayacaktır.

Bu demek değildir ki ulusal self determinasyonla ilgili uluslararası bir kanun yok yada bir faydası yoktur; yalnızca bu özel durumlarda ki, Avrupa emperyalizmini sağlama çabalarıyla ilgili deklonize etme işlerine öncelik verme gibi siyasal ayrıcalıklardan ayrı tutulamaz. Günümüzde, hukukun deklanizasyonu tercih etmesi ona kronistik görülebilir. Diğer göz önünde bulundurulacak özellikler self determinasyon kanunu sınırlar ve öncelikler ile ilgili çatışmalara sebebiyet verdiği için engellemektedir. Nasıl ulusal anlamda homojen bir toplum yaratma teşebbüsü kişi haklarıyla uzlaşabilir? Self determinasyon hakkını gerçekleştirmek için özel bir şekil ile ihtiyaç duyan bir bağımsız varlık için mevcut ne çeşit yollar vardır? Self determinasyon bölge bütünlüğünden daha mı etkili olmalı yada tersimi olmalı? Ulusçuluk ve kozmopolitik değerler arasındaki ilişkiler nelerdir?

Bunlar cevapları genel yollardan sağlanabilecek sorular değildir. Uygun ilkelerle hiç birisi bir diğerine göre gerçek bir tercih iddia edemez ama her durum kendi özel çıkarlarına göre düşünülmelidir. Bu kanun yine de hazır yapılmış süreklilik arz eden çözümler manzumesi olarak görülmemeli ama prosedür yönünden bakıldığında kabul edilebilir çad-hac düzenlemelerine neden olur.

Bu sözleri Balkanlar'da ki duruma değinerek açıklayacağım. Eskiden Yugoslavya'yı oluşturan değişik etnik grupların arasındaki self-determinasyon mücadelelerinin de belirgin olan şey şudur ki self determinasyonun garanti edilmesi gerektiğini söylemek çözüm değil, sorunun kendisini ifade etmek demektir. Herkes self determinasyon ve bu hakkın diğer haklarla karıştığı ve şiddetli çatışmalara sebebiyet verdiği düşünülen çeşitli yollar aranıyor. Başlangıçta Sırp lar durumu ülke birkaç cumhuriyete bölündükten sonra Yugoslavya'da dar çerçevede (Sırbistan olarak) Yugoslavya'nın devamı olarak gördüler. Bölünen beş cumhuriyet tekrardan Yugoslav devletinin ayrılması ve altı yeni devletin eşitlik esasına göre kurulmuştu. Daha sonra cumhuriyetler Karayina'daki, Bosna-Hersek'deki, Kosova'daki (Hırvatistan'da) Sırp topluluklarının statüsü ve geleceği hakkında anlaşmazlığa düştüler, buna karşın bu toplulukların fertleri ya kendi başlarına bağımsız devletler kurmak istiyorlar ya da Sırbistan ile birleşmeyi istiyorlar.⁸⁴

"League of Nations Commission of Jurist" in tesbit etmiş olduğu duruma benzer diğer normal olmayan durum burada da yaratılmış olup uluslararası hukuk kuralları merkez Yugoslavya devleti ile olan normal ilişkilerde uygulanabilir olmuş ve de çok uluslu topluluğa bu kurallar uygulanamamaktadır.

⁸⁴ Koskenniemi, op. cit. supra at. P.266.

Fakat self determinasyon - "devlet silsilesi" gibi- bir alanın veya problemlerin kaynağından bahsederken, "anormal" durumun belirli bir şekli için kullanılan, bir sonucu olan hazır kurallar setinden bahsetmez. Self determinasyonun "tatbik edildiğini" söylemek için, teritoryal entegrasi olan ve müdahaleye karşı olan düşüncesi ile egemenlik eşitliği kuralı ile gerçekten bağlantısı olmayan kural ve prensipleri uygulayarak karışıklıkları düzeltmek gerekir.

Self determinasyon kanunu, savaş döneminde uygulandığı gibi, uluslararası anlaşmazlıklara daha "yumuşak" bir yaklaşım sağlar. Prosedürle ilgili materyal yönergeleri, anlaşmaları pragmatik bir şekilde düzenlemek için planlanan şekilde olmasını sağlar ve devlet organizasyonunun temelini oluşturacak toplumsal varlıkların yaratılmasına çalışacaktır. Böylece, kolektif politik amaçların ve bireysel hakların dengelenmesini sağlar ve karar verme veya azaltma süreci için uzlaşmacı politikaların kullanılmasını, ayrı bölgelerde yaşayan belirli toplumların kaderini belirlemede uygun prosedürün yaratılmasını, insan haklarının korunması için kolektif diplomatik ve askeri müdahale ile kavgaın durdurulmasını sağlar.

Bunların hepsi, Yugoslavya'daki kargaşaya uluslararası tepkide özellikle de Avrupa Topluluğu Hakem Komitesinde görülür.⁸⁵ 29 Kasım 1991 tarihli 1 no'lu kararında, Yugoslavya'daki konferans Başkanı, Lord Carrington'dan Başkana gelen mektuba cevaben, Komisyon "Sosyalist Yugoslav Federe Cumhuriyetinin çözülme sürecinde olduğunu" gözlemlemiştir.⁸⁶ Bu şekilde, Komisyon devlet olma egemenliğinin düzenli kuralları ve ayrılmanın bir yana bırakılacağını belirtti. Durum "anormaldi" ve self determinasyon kuralı uygulanabilirdi.

Ocak 1992'de Sırp, Komisyona, Hırvatistan ve Bosna Hersek'deki Sırp nüfusun self determinasyon hakkının olup olmadığını sordu. Bu, söylenenlerin ışığında, fazla yüklü bir soru olurdu. Komisyon, Hırvatistan ve Bosna tarafında artacak baskı ve yabancı düşmanlığını dikkate almadan bu hakkı reddedebilir mi? Bu hakkı, ayırma veya birleşme için daha yoğun çekişmelelere yol açmadan verebilir mi?

Sorunun cevabı elbette self determinasyon hakkının belirsizliğinde yatmaktadır, bu da devletler ve nüfusları arasındaki ilişkiyi dikkate alarak "normal" kanunun uygulanması ile olabilir.

Bu yüzden, Komisyon, uluslararası hukukun self determinasyon hakkının sonuçlarını açıkça belirtmediği kararına vardı. Uzun dönem sonuçları ne olursa olsun, bütün tarafların ortak kararı olmadan sınırların hemen değişmesini sağlamaz. Uti possidetis prensibi kuvvetle belirtildi.⁸⁷ Bu fikir naturalizmi (doğal toplum-doğal sınır) parça parça bir prosedür için, reddeder.⁸⁸

⁸⁵ 31 I.L.M.1494-1497

⁸⁶ Koskenniemi, op. cit. supra, at p. 266.

⁸⁷ Opinion No.2, in idem, pp.1497-1499.

⁸⁸ Ec Declarations on Yugoslavia and on the Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union idem, pp.1485-1487

Self determinasyon dil, etnik ve din gruplarına kimliklerini koruma hakkını verdi, öte yandan, uluslararası hukukun emredici normları bütün cumhuriyetlere azınlıkların kimliğine ve fertlerin insan haklarına saygı duyma görevi verdi. Komisyona göre, ilgili haklar, Yugoslavya'daki Barış Anlaşması Taslağında sıralanmış ve 4 Ekim 1991 tarihinde Barış Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Egemenliğin "normal" kuralları yeniden bir kenara bırakılmıştır. Self determinasyondaki yerler (Hırvatistan, Bosna-Hersek), azınlıklara grup olarak ve üyelerine birey olarak çeşitli zorunluluklarla karşılaştı bu da bu etkiye karşı konvansiyonel yüklenme olmadığı zaman ortaya çıktı. Bir ortak görüş taslağının şartları jus cogens normlarına göre bir seviyeye getirildi. Bunlar kendine politik birim kurmaya çalışan yerlerin "otantik" karakterine bakmadan tamamen karşısındaydı.

Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliğindeki yeni devletlerin tanınması için şartların 16 Aralık 1991 tarihli deklarasyonunda belirtildiği gibi, Avrupa Topluluğunun tanıma politikası prensip olarak, eski Yugoslavya'daki Cumhuriyetlerin ilişkilerinde bir nüans ve pragmatik hukuki politika sağlayabilirdi. Bu politikanın başarısızlığının sebebi self determinasyon birimlerin tanınmasını üye devletlerle birlikte, demokratik, barışçı ve görüşmelere müsait yapıda olmasına göre yapması değildir. Sebep, bu politikanın geçerli olması için ön şart olarak belirlenen durumun kendisini elde etmek için kullanılıyor olmasıdır.

Aslında, önce topluluk sonra diğer devletlerin 1992 ilkbaharında tanıma kararı verdiğinde ne "Klasik" ne de "yeni" devlet olma şartları yerine getirilmişti. Özellikle Doğu Hırvatistan'da bulunan Sırp ve Hırvatlar ile Bosna'nın üç topluluğu arasındaki ilişkilerin de açıkça sergilediği gibi durum "anormal" olmaya devam etmiştir. Bu anormalliğe rağmen tanıma önemli bir siyasi amacın desteklenmesi için kullanılmıştır: Hırvatistan ve Bosna Hersek'in bağımsız devletler haline gelmesi De Facto olarak bu duruma hazır olmayan bölgelere güçlü bir meşruluk prensibi olan hükümler hakkı tanınmıştır. Vatansızlık anlamında kendi kaderini tayin etme hakkı (self determinasyon) ya hiç mevcut değildi veya birbiriyle zıt tanımlama prensiplerine karşı çıkamayacak kadar zayıftı. Hırvatistan ve Bosna'da yönetimi de facto elinde bulunduran grupların pozisyonu destelenirken bu Cumhuriyetlerin iç meşruluğu- özellikle de büyük azınlıklarına karşı- sorgulanmaya açık kalmıştır.⁸⁹

Hukuki teorinin saflığı açısından terkip beyan etkiler tartışmasına etkisi ne olursa olsun, önemli Avrupa devletlerinin yeni Balkan oluşumlarını barışçıl bir geçiş gerçekleştirilmeden ve azınlık ve insan hakları korumaya alınmadan tanımaması, yeni, gerçekçi ve siyasi açıdan duyarlı bir self-determinasyon doktrini için yolu açabilirdi. Bu durum, söz konusu geçişin- Arabuluculuk Komisyonunun da öngördüğü gibi- başarılı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için topluluk üyelerinin temkinli davranmaya devam etmelerini ve kendilerini siyasi sürece dahil etmelerini gerektirecekti. Tanımlar verildiğinde bu tutumların ikisi de bulunmamaktaydı. Derhal etkili olacak bir çözüm, Balkanların geçiş döneminde uzun süre devam edecek bir sürece tercih edildi.

⁸⁹ Cf MishaGlenny, The Fall of Yugoslavia, The Third Balkan War 1992.

Tanınmanın baskı olarak kullanılması, uluslararası camianın Balkan çatışmasına Devlet içi saldırganlık ve kendini koruma şartlarına uygun olarak davranmasına sebep veren trajik bir hata olmuştur. Uluslararası camia çatışmaya esasen bir Sırp saldırganlığı meselesi olarak muamele etmeye zorlanmıştır. Önceleri ABD tarafından da paylaşılan bu politika ne tarihi, ne siyasi (ve belki de Müslüman halkın arasında yapılmış; Bosna'nın ayrılması ile ilgili halk oylamasının hukuka uygunluğu şüpheli olduğundan, ne de hukuki açıdan) durumun doğru bir tanımı değildir ve Hırvatistan ve Bosna'nın "toprak bütünlüğünün" sayılmasını öne çıkaran esneklikten uzak öyle bir yaklaşıma sebebiyet vermiştir ki "herhangi bir uzlaşmalı çözüm saldırganlığın müfakatlandırılması suçlamasına açık hale gelmiştir."

Yugoslavya'nın tevali savaşlarında self determinasyon hukuku sanki sadece basit bir şekilde bir varlığın resmi devletçiliğinin tanınıp tanımayacağı ile ilgiliymiş gibi kullanılmıştır. Ancak daha önce de gördüğümüz gibi söz konusu kanun basit bir şekilde ülkeleri siyasi devlet statüsüne kavuşturmaktan ibaret değildir. Öncelikle gerçek devlet diye bir şey yoktur: devletlik siyasi ve ideolojik mücadelenin bir neticesidir. Hukuk bu mücadelede ya arabuluculuk yapar ya da mücadelenin kendisine bir ideoloji olarak katılır. İkinci olarak devletlerin fikirsiz oluşumu birbiriyle çatışma ve örtüşme halindedir.⁹⁰ Hukukun görevi böyle kavramların göreceli değerini kararlaştırmak değil, (bunları ortadan kaldırmayı amaçlamadan) ayrı sadakatler ve çatışan kimlikler arasında işleyen bir yapı yaratmaktır. Yugoslavya ve dünyanın diğer yerlerinde geçerli olan durumlarda bu, var olan hükümlerinin bu çatışmaları kavramsallaştırırken yerel ve bölgesel özelliklere tanınan açıklığın, izin verdiklerinden daha fazla olmasını gerektirmektedir⁹¹.

Eşliğinde bazı ikili sınır ve azınlık sorunları ile ilgili bir takım anlaşmaları getiren Avrupa için genel bir güvenlik paktı niteliği taşıyan, Birliğin yeni Balladur planı, tanıma politikasının dayanıklılığını güçlendirmek için bir olanak sağlayabilir ve aynı zamanda, özellikle Merkezi ve Doğu Avrupa'da bulunan çatışmaları ekonomik teşvikler ve teknik yardım sağlayarak çözümlenebilir. Ancak garantiler ile alışılmış sömürgecilik arasında ulunan hattın çok ince olması sebebiyle, bu süreç içinde üyelerinin dünyaya genelde sergileme alışkanlığı taşıdıkları ortak hükümlerini, birliğin kendisinin karşılıklı olarak ortadan kaldırıp kaldıramayacağı merakla beklenmektedir.

⁹⁰ Cf. Arbitration Commission, Opinion No.9 1992 31 I.L.M.1524-1525.

⁹¹ Robert W . Tucker, David Hedrickson, America and Bosnia, The National Interest, Fall 1993, p.19.

KAYNAKÇA

- (1) Or. in the minimal version, in respect of League of Nations mandates and UN trust territories. Cf. Western Sahara case, I.C.J. Rep. 1975, 31-33.
- (2) U.N.G.A. Res 1514(XV) 14 Dec. 1960.
- (3) Cf. UN International Law Commission. Draft Convention on State Responsibility. Art. 19(3)(b)(1980) II(2) Y.B.1.L.C.34. That the prohibition to prevent or deny liberation from colonial rule is a jus cogens norm is argued by Lauri Hannikainen. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development. Criteira. Present Status (1988). hh.421-424. Others have gone further and asserted the jus cogens character of the principle of self-determination itself. Cf. Gros Espiell, "Self Determination as Jus Cogens", in Cassese(Ed), UN Law Fundamental Rights (1979), p.168. For a review of positions and a moderate restatement, see also John Dugard, Recognition and the United Nations(1987).pp.158-162; Juha Salo, "Self Determination: An Overview of History and Present State with Emphasis on the CSCE Process", (1991) 2 Finnish Y.I.L. 307-310.
- (4) Gerald Fitzmaurice, "The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today", in Institut de droit international, Livre de centenaire (1973), p.233n.
- (5) Cf. Ian Browline, Principles of Public International Law (3rd edn, 1979), pp.595-596. A careful statement of this position is to be found in James Crawford, The Creation of States in International Law (1979), pp.95-102.
- (6) James Mayall, Nationalism and International Society (1990), pp.50,55-57.
- (7) For the relationship between Enlightenment philosophy (and particularly its Kantian variety of true freedom as self-determination) and political nationalism, cf. Elie Kedourie, Nationalism(1960), pp.9-31, Cf. also R.-J. Dupuy, "La révolution française et le droit international actuel", (1989-II) 214 Hag. Rec. 21-29.
- (8) Ernest Gellner, Nations and Nationalism (1983).p.1.
- (9) See, in particular, Michla Pomerance, Self-Determination in Law and Practice: The New Doctrine in the United Nations (1982).
- (10) Thomas M. Franck. The Power of Legitimacy among Nations (1990),pp.153-174.
- (11) Cf. Principle VIII of the Helsinki Final Act. The point is stressed e.g. by Hubert Thierry, "Cours general de droit international public"(1990-III) 222 Hag. Rec. 167-168. For a useful analysis. cf. Salo, op. cit supra n.3, at pp. 310-321.
- (12) Cf. George Urban, "The Awakening", (1992) 27 National Interest 45.
- (13) The secessionist implications of the right of self-determination have been contained in the CSCE process by always supplementing its affirmation with principles on minority protection within States. During the CSCE Copenhagen Meeting on the Human dimension in 1990 a number of countries (Austria, Czechoslovakia. Italy. Hungary. Yugoslavia) proposed that a right to autonomy be granted to minorities. This was not accepted and the relevant provisions of the Copenhagen document (Part IV) remain therefore "fairly moderate": Salo, op. cit. supra n.3, at p. 319. Also the CSCE Paris Charter of 21 Nov. 1990 effectively subsumes the right of national self-determination under the preservation of territorial integrity of existing States.
- (14) U.N.G.A. Res. 2625(XXV) 24 Oct. 1970. The relevant part of the resolution ("The principle of equal rights and self-determination... peoples are entitled to seek and receive support in accordance with the purposes and principles of the Charter".

- (15) A useful analysis of the nationalities situation in Yugoslavia is by Hugh Poulton. *The Balkans. Minorities and States in Conflict* (1991).p.1-104. The question of the right of self-determination of the Serbian populations in Croatia and Bosnia-Herzegovina is treated in Opinion No.2 of the EC Arbitration Commission. See infra. section VII.
- (16) For a useful overview, see Dennis Deletant. "What Would Self-Determination Mean for the Moldavians?", in Alexander Shtroman and Morton A. Kaplan (Eds). *The Soviet Union and The Challenge of the Future, Vol.3: Ideology, Culture and Nationality* (1989), pp.479-508. Some would argue that the Republic of Belarus (Beyelorrussia) falls into this same category. But see Adam Madzis, "Die Wiederstehung der belorussischen Nation aus ihrem historischen und kulturellen Erbe" 1992) 42 *Osteuropa* 310-318.
- (17) Cf. Namibia case, I.C.J. rep. 1971. 56: Friendly Relations Declaration, U.N.G.A.Res. 2625 (XXV): "No territorial acquisition resulting from a threat or use of force shall be recognised as legal."
- (18) The international community's position in respect of this understanding remains unclear. While some States (Finland. for example) have expressly stated that their recognition of the Baltic republics in 1990 is a recognition not of new States but of the recapture of a statehood that had been temporarily suspended, many others have appended no such declarations to their acts of recognition. For the position of the EC States (most of which recognised the "restoration" of the sovereignty of Baltic States on 27 Aug. 1991-the British position remaining unclear), cf. Colin Warbrick, "Recognition of States" (1992) 41 *I.C.L.Q.* 473-475. For a general view, cf. Martti Koskenniemi and Marja Lehto. "La succession d'Etats en l'ex-U.R.S.S en ce qui concerne particulièrement sur les relations avec la Finlande" (1992) XXXIX, *Ann. fr. d.i.* 190-198.
- (19) A useful practice-orientated treatment of this topic is Crawford, *op.cit. supra* n.5, at pp. 84-118.
- (20) Dupuy, *op.cit. supra* n. 7, at p.25.
- (21) U.N.G.A. Res.2625(XXV) 24 Oct. 1970,

