SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Cilt : 2 | Ocak - Haziran 1989 | Sayı : 2

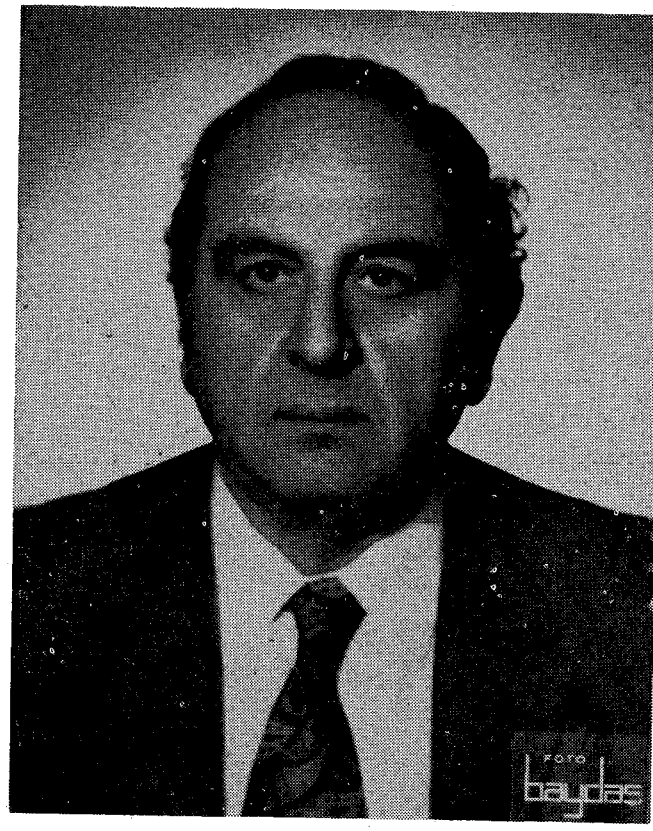
İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER

GÖRÜŞLER

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülteyi bağlamaz.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ — KONYA



Prof. Dr. Coşkun ÜÇOK

1918 - 1988

Prof. Dr. COŞKUN ÜÇOK
HAYATI - KİŞİLİĞİ - ESERLERİ

Prof. Dr. Ahmet MUMCU

27 Ekim perşembe günü saat 0.20'de, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde Prof. Dr. Coşkun ÜÇOK fâni hayata veda etti. Yurdumuzdaki binlerce hukukçunun en aşağı yarısının hocası olan Prof. Dr. Üçok 17 Haziran 1918 tarihinde Mardin'de doğdu (*). Ancak ailesi Diyarbakırlıdır. Anne tarafından İpekzadeler, baba tarafından Ganizadeler ailelerine mensuptur. Her ikisi de Diyarbakır'ın en eski ve köklü ailelerindendir. Annesi Esma Hanım, babası Kadri Beydi. Kadri ÜÇOK (1881 - 1958) cumhuriyetimizin kurucu kadrosu içindeydi. İmparatorluğun son zamanlarında çeşitli yönetim görevlerinde bulunmuş, Birinci Dünya Savaşı sırasında Doğu Cephesinde çarpışan Mustafa Kemal Paşa ile MUŞ mutasarrıfı iken yakın bir dostluk kurmuştu. 1920 de ilk TBMM'ne Diyarbakır mebusu seçildi. Ancak, Mustafa Kemal Paşa, Kadri Bey'i Van valiliğine atadı. Zira Van, ulusal mücadele açısından çok önemli bir yerdi. Böylece Kadri Bey 14 Ekim 1920 tarihinde milletvekilliğinden ayrıldı. O'nu artık hep, Atatürk'ün en güvendiği valilerden biri olarak görüyoruz. Atatürk'ün ölümüne kadar, kesintisiz valilik yapan ender yöneticilerdendi Kadri ÜÇOK.

(*) Rahmetli hocamızın bütün resmi kayıtlarda, doğum yeri olarak «Diyarbakır» geçmekte ve doğum günü ve tarihi de verilmemektedir. Hocamızın bir zarf içindeki evrakında çıkan ve sayın Dr. Cemil UĞURLU'nun hocamızın eşine gönderdiği notu, bu yanlışlığı düzeltiyor. Hocamız 12.2.1980 tarihinde Dr. Cemil UĞURLU'ya gönderdiği bir notta şunu yazmıştır : «Doğum yeri ve tarihi: 17 Haziran 1918 Mardin.» Bu nota ilişik mektupta da «17 Haziran 1918'de Mardin'de doğdum, ancak ailem Diyarbakır'lı olduğu için ora nüfusuna kayıtlıyım» ibaresini yazmıştır. Böylece hocamızın hayatı hakkında önemli bir yanlış düzeltilmiş oluyor. Aziz naaşı başında yaptığım konuşmada doğum yeri olarak «Diyarbakır»ı zikretmem, Ankara Hukuk Fakültesi Tarihi kitabımda da aynı yanlışlığa sapmam, (Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne, Ankara 1977, s. 288 - Hocamız bunu gördüğü halde doğum yerinin Mardin olduğunu söylememişti) ve Ankara Üniversitesi Haberleri Bültenindeki hayat hikayesinde aynı yanlışın tekrarı, resmi kayıtlardan kaynaklanmaktadır.

Hocamız işte bu ortamda büyüdü, yetişti. Atatürk'ü gördü, O'nu hep yanında ve yüreğinde hissetti. Atatürk'ü içtenlikle sevip benimsedi. Bu bağlılığını, öğrencilerine sürekli olarak aktardı.

Prof. ÜÇOK Şişli Terakki Lisesini 1934 - 35 Ders Yılında bitirdikten sonra, dünyanın en eski ve köklü üniversitelerinden olan Heidelberg'e gitti. Tarih öğrenimine başladı. Doktora çalışmalarını tamamlayacağı sırada savaşın zorlukları nedeniyle yurda döndü. Ankara Hukuk Fakültesi'ne 21.11.1939'da kayıtlandı. Bu arada Türk Tarih Kurumu'nun Kitaplığında çalışarak binlerce kitabın fişleme ve ayrım işini yürüttü. 17.10.1942 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Yarım bıraktığı doktora çalışmasını tamamlamak için tekrar Almanya'ya gitme imkanını buldu. XX. Yüzyılın en ünlü tarihçilerinden Willy Andreas'ın (1884 - 1967) yönetiminde doktora tezini 1943 yılında bitirdi. «Bündnissverhandlungen Zwischen der Hohen Pforte und Frankreich im Jahre 1807 und die Gründe ihres Scheiterns» (Babıâli ile Fransa arasında 1807 yılındaki ittifak görüşmeleri ve bu görüşmelerin sonuç vermemesinin sebepleri) adlı çok ilginç ve özgün tezi ile Heidelberg Üniversitesi'nden felsefe (tarih) doktorluğu unvanını aldı. 1943 yılı ekim ayının 7 nci günü Ankara Hukuk Fakültesi'ne Hukuk Tarihi asistanlığına atandı. Daha sonra «Osmanlı Devleti Teşkilatında Tımarlar» (Bk.: Yayın Listesi - II/1) adlı tezi ile doçentlik sınavına girdi ve 29 Nisan 1944'de doçentliğe yükseldi.

1946 - 47 yılları arasında Ezine'de hâkim yedek subay olarak askerlik hizmetini yerine getirdi. 19 Mart 1951'de de «Osmanlı Kanunnâmelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler» (Bk.: Yayın Listesi II/2) konusundaki profesörlük sunuş tezi ile, bilim adamlığının en üstün derecesine çıktı. 1951 yılında profesörlük unvanına kavuşan Prof. Üçok o sırada 33 yaşında idi ve herhalde yurdumuzda bu kadar genç profesörlüğe yükselen ender bilim adamlarımızdandı. 1946 yılında üniversite reformu yapıldığı sırada Hocamız iki yıllık öğretim üyesi idi. 6 Haziran 1948 tarihli ve 5239 sayılı kanun ile Ankara Üniversitesi kurulduğu zaman da Prof. Üçok, bu üniversitede en eski kuruluşu olarak yerini alan Hukuk Fakültesinde dört yıllık öğretim üyesi bulunuyordu. Hocamız yaş sınırı dolayısı ile emekliye ayrıldığı 1985 yılında (1 Temmuz) Ankara Üniversitesi'nin en kıdemli öğretim üyesi idi. Toplam, 7 yıl doçentlik, 34 yıl profesörlük yapan ender öğretim üyelerimizden sayılması gerekir.

Prof. Üçok, emekliye ayrılıncaya kadar, sürekli olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Hukuk Tarihi Kürsüsü'nün başında kaldı. Uzun yıllar bu kürsüde tek başına çalıştı. O'nun ilk doçenti olarak 1968 yılında öğretime başladığıma göre, Hocamız tam 24 yıl kürsüsünde tek başına binlerce öğrenci yetiştirmiş, kitaplar, makaleler yazmış, konfe-

ranslar vermiştir. Bu da onun çalışma enerjisinin güzel bir ölçütüdür. Hocamız ayrıca, bu «yalnız» zamanlarında Ankara Hukuk Fakültesi'nin dekanlığı görevini de başarı ile yerine getirmiştir (1958 - 1960).

Prof. Üçok, yurdumuzda Türk Hukuk Tarihi araştırmalarını bilinçle başlatmıştır. Gerçi kendisinden önce rahmetli Sadri Maksudî ARSAL (1880 - 1957) bu konuda çalışmalar yapmıştı. Ama Prof. ÜÇOK, tam anlamıyla hukuk tarihçisi olarak yetişen ilk bilim adamımızdı. Bu sıfatıyla pek çok eser vermiş, ayrıca ilk hukuk tarihçisi kuşağını da doğrudan doğruya kendisi yetiştirmiştir. Bugün yurdumuzdaki üç hukuk tarihçisi Prof. Dr. Ahmet MUMCU, Prof. Dr. Halil CİN ve Doç. Dr. Gülnihal BOZKURT'u doğrudan doğruya hocamız yetiştirdi. Doç. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ ise Prof. CİN'in öğrencisidir. Böylece Prof. Üçok hocamız, yurdumuzda Hukuk Tarihi dalının gerçek kurucusu ve babasıdır.

Üstün zekası, engin genel kültürü ile hocamız, kimsenin dikkat etmediği, üzerinde durmadığı aksaklıkları görür ve ince, zarif eleştiriler yapardı. Bunlara bir örnek: Yıllarca önce, Atatürk'ün «Sinan'ın Heykelini yapınız» direktifi uyarınca, gerçekten güzel bir Mimar Sinan heykeli Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesi bahçesine dikildi. Bu, Sinan'ın ilk heykeli idi. Herkes mutluluk içindeydi. Hocamız ise şöyle diyordu: «Hiç, bir Alman mimarının yaptığı binanın önüne en büyük Türk mimarının heykeli dikilir mi? Bu, Sinan'ın anısına büyük saygısızlıktır.» Gerçekten bu inceliğe kimse dikkat etmemişti. Herkes şaşırdı. Hocaya hak verdi (Sinan'ın heykelini, bir Türk mimarının eseri önüne nakletmek zamanı gelmedi mi?).

Hocamız son derece hoşgörülü, mütevazi ve yardımsever bir yaradılışta idi. Kimseye kızmaz, kin tutmazdı. Asistanlarını yetiştirmek için didinir, tekrar yalnız kalmak pahasına onların yıllarca yurt dışına çıkmalarını özendirirdi. Öğrencilerinin tam bir hukukçu olmalarına çaba harcardı. Onlara zaman zaman görgü dersleri verirdi. Bu dersler birer olaydı. Yalnız öğrenciler değil, öğrenci olmayanlar da bu dersleri zevkle dinlerlerdi. Hukukçunun genel kültür düzeyinin çok yüksek olmasını isterdi. Fakülteye girdiğimiz günlerde, ilk derste verdiği şu öğütün önemi bugünkü öğrencilerimiz için de geçerlidir: «Çocuklar, her gün en aşağı bir gazete okuyacaksınız!»

Engin bir hoşgörü sahibi olan hocamız iki konuda bu huyunu bırakır ve sonuna kadar mücadeleci bir tavır takınırdı. Bunlardan ilki, Atatürk ilkeleri, özellikle lâiklik konusudur. Hocamız Atatürk ilkelerinin bilinçli ve yorulmak bilmez bir savunucusu idi. Atatürkçülükten ayrılmanın milletimiz için tam bir felâket olduğunu anlamıştı. Prof. ÜÇOK, Atatürk'ün düşünce ve anlam yönünü, yapmak istediklerini pek iyi biçimde

kavramıştı. Atatürk'ün anlaşılması için büyük çabalar harcamış, O'nun ilkelerini eleştirenlere şiddetle ve en bilimsel bir biçimde karşı çıkmıştır. Hocamızın tahammül edemediği, hoşgörü gösteremediği ikinci konusu bilimsel yanlışlar yapmak ve doğru Türkçe ile konuşup yazmamaktı. Kendisine verilen doktora ve doçentlik tezlerini tam anlamı ile didik didik eder, en küçük bir bilim veya Türkçe yanlışını bile bulup çıkarırdı. Yayınlanan eserlerdeki bilimsel yanlışlar Hocamızı çok kızdırırdı. Bu uğurda çok sevdiği meslekdaşlarını bile korumayı bırakırdı (Örnek olarak yayın listesine bakınız: II/18). O'nun için bilimsellik ve dürüstlük insanları değerlendirmenin ölçüsü idi. Atatürk'e hayranlığının en önce gelen nedeni de buradan kaynaklanıyordu: Atatürk her işinde, düşüncesinde ve eyleminde hep bilimi, aklı en ön planda tutardı; bilime, akla aykırı her şeyi reddederdi. Prof. ÜÇOK, bilimsel dürüstlüğe çok düşkündü. Kimsenin inancına da karışmazdı. Bir gün kendisine, iyi Arapça bilen İmam - Hatip Lisesi mezunu bir genci yanına asistan olarak alıp almayacağı sorulunca kızarak şu karşılığı vermişti: «Asistanım olacak genç eğer bilim adamı dürüstlüğüne sahipse kökeni beni hiç ilgilendirmez. Türk Hukuk Bilimine hizmet edebilecek niteliklere sahip bir yetenekli genci neden asistan almayayım. Ama gelmiyorlar. Gelseler görecekler ki benim için tek ölçü bilim ve dürüstlüktür.»

Prof. ÜÇOK, bilim adamlığı, öğretim üyeliği dışında başka bir işle uğraşmamıştır. 17 Eylül 1954 tarihinde 1639 Sicil Numarası ile, yasal hakkını kullanarak Ankara Barosuna kayıtlanmış, ama hiçbir zaman avukatlık yapmamış, bir dava bile almamıştır. Baro üyeliği, tatlı ve sevimli söyleşilere yol açardı. Söyleşiler onun «hocalık tek mesleğim, hep böyle kalacak» sözleriyle biterdi.

Genç yaşta kitaplığında çalıştığı Türk Tarih Kurumu Hocamızı 13.4.1975 tarihinde üye seçmiştir. Üyeliği 1983 yılına kadar sürdü.

Prof. ÜÇOK 7 Temmuz 1945 tarihinde, ünlü bilim ve siyaset kadınımız sayın Doç. Dr. Bahriye ÜÇOK ile hayatını birleştirdi. Bu mutlu evlilikten şimdi avukatlık yapan Kumru ÜÇOK (doğ. 25.5.1954) doğdu. Hocamızın büyük ağabeyi Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Necip ÜÇOK, (1911 - 1953) yurdumuzun en tanınmış linguistlerindendi. Kendisini talihsiz bir kaza sonunda yitirdik. Hocamızın diğer ağabeyi Orhan ÜÇOK (Doğ. 1913) Çimento Sanayii ve Şeker Şirketi Fabrikaları Genel Müdürlüklerinde bulunmuş, tanınmış ve deneyimli bir teknokratımızdır.

Hocamız, emekliliğine kadar derslerini, sınavlarını, çalışmalarını hiç aksatmamış, bu bakımdan da bizlere örnek olmuştu. Emekliye ayrıldıktan sonra da dinç ve sağlıklı bir yaşam sürdürdü. Dostlarıyla, öğrencile-

riyle sıcak ilişkiler içindeydi. Gene çalışıyor, çeşitli makaleleriyle kamuoyunu aydınlatma görevini yerine getiriyordu. Menhus hastalık iş işten geçtikten sonra birdenbire kendini belli etti. İki ameliyata rağmen Hocamız kurtarılamadı. Onu birkaç ay içinde yitirdik. Ama, Prof. ÜÇOK bilim ve hukuk dünyamızda hiç unutulmayacaktır. Tanrı rahmetini esirgemesin.

Ankara 12.2.1980

«İnsan da içinde olmak üzere evrendeki bütün varlıklar doğayı oluşturur. İnsanın bu varlıkların herhangi biri üzerine yaptığı araştırmalara bilimsel çalışma; bu çalışma sonunda saptadığım sandığı kurallara da bilim diyoruz. Ancak tüm insan ömrünü ne kadar uzatsa da, evrenin korkunç büyüklüğü, onun sırlarını çözmeğe izin vermeyecek; evren üstüne bildiklerimiz okyanusta bir damla olmaktan ileriye geçmeyecektir.»

Üçok

(Prof. Dr. Coşkun Üçok'un Dr. Mehmet Cemil Uğurlu'ya verdiği özel yazısı).

YAYIN LİSTESİ

Prof. Dr. Coşkun ÜÇOK'un yayın listesi düzenlenirken 1975 yılına kadar çıkan eserleri için şu araştırma esas alınmıştır.

Oya FİŞEKÇİ (Derleyen) : Kuruluşunun 50. nci Yılı Dolayısı ile Ankara Hukuk Fakültesi Öğretim Üye ve Yardımcıları Bibliyografyası (1925 - 1975), Ankara 1977, XXVI+535, s: 2 (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 402).

1975 sonrası yayınları tarafımızdan derlenmeye çalışılmıştır. Ancak, özellikle, günlük gazetelerde çıkan makalelerin tam olarak verilemediği kanısındayız.

Hocamız az, ama öz yazardı. Her eseri çarpıcı, kimsenin düşünmediği özgün ve ilginç buluşlarla doludur. Birkaç örnek olarak özellikle şunları vermek mümkündür: II/, 7, 8, 10, 14, 18, 19, 21, 26, 27, 28, 30.

Kitaplar :

1 — Türk Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1946, Kenan Matbaası VIII+152 s.

2 — Siyasi Tarih Dersleri, Ankara 1949, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, T.A.Ü. VIII+388 s.

3 — Siyasi Tarih Dersleri, 2. bs. Ankara 1951, Türk Tarih Kurumu Basımevi, XII+403 s.

4 — Siyasi Tarih Dersleri, 3. bs. Ankara 1955, Fakülteler Matbaası, VIII+392 s.

5 — Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 2. bs. Ankara 1957, Ajans - Türk Matbaası, XI+205 s.

6 — Siyasi Tarih Dersleri, 4. bs. Ankara 1957, Ajans - Türk Matbaası, VIII+416 s.

7 — Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Göz. geç. 3. bs. Ankara 1960, Ajans - Türk Matbaası, VIII+143 s.

8 — Siyasal Tarih, 1789 - 1950, Geniyl. 5. bs. Ankara 1961, Ajans - Türk Matbaası, 416 s.

9 — Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Göz. geç. 4. bs. Ankara 1966, Başnur Matbaası, XII+105 s.

10 — Siyasal Tarih, 1789 - 1950, 6. bs. Ankara 1967, Başnur Matbaası, 416 s.

11 — Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 5. bs. Ankara 1971, Sevinç Matbaası, VIII+212 s.
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. No: 197»

12 — Hukuk Fakültesi Öğrencileri İçin Siyasal Tarih, 1789-1960, Ankara 1975, Sevinç Matbaası, XVI+333 s.
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 369»

13 — Hukuk Fakültesi Öğrencileri İçin Siyasal Tarih, 1789 - 1960, Ankara 1978, Sevinç Matbaası, XVI+333 s. (2. bası)
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. No: 423»

14 — Hukuk Fakültesi Öğrencileri İçin Siyasal Tarih, 1789 - 1960 Ankara 1980, Sevinç Matbaası, XVI+333 s. (3. bası)
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 481.»

15 — Doç. Dr. Ahmet Mumcu ile) Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, Ankara 1976, Sevinç Matbaası, XIX+371 s.
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 388.»

16 — Prof. Dr. Ahmet Mumcu ile) Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, Ankara 1981, Sevinç Matbaası, XIX+371 s. (2. bası)
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 455.»

17 — Prof. Dr. Ahmet Mumcu ile) Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, Ankara 1982, Sevinç Matbaası, XIX+371 s. (3. bası)
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 470.»
(Bu kitap ufak bir değişiklikten sonra üç kez de özel olarak Savaş Yayınevi tarafından bastırılmıştır. Sayfa sayısı değişmemiştir. Basım Yılları: Ankara 1984, 1985, 1987).

II. Etüt - Makale - Konferanslar :

1 — Osmanlı Devleti Teşkilatında Tımarlar.
(AHFD 1944 I, Sa. 2, s. 525 - 551; 1944 II, Sa. 1, s. 73 - 95).

2 — Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, (AHFD 1946 III, Sa. 1, s. 125 - 146; Sa. 2 - 4, s. 365 - 386; 1974 IV, Sa. 1 - 4, s. 48 - 73).

3 — Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış.
(AHFD 1950 VII, Sa. 1 - 2, s. 291 - 321).

4 — Türk Hukuk Tarihi Bakımından Devlet Arşivinden İstifade İmkanları.
(AHFD 1951 VIII, Sa. 1 - 2, s. 696 - 702).

5 — Medeni Kanunumuz ve Türkiye'nin Hukuki Bünyesi.
(AHFD 1951 VIII, Sa. 3 - 4, s. 363 - 374).

6 — Un Résumé de l'histoire du Droit Turc.
(Revue Historique de Droit Français et Etranger. 1952 XXX, s. 421 - 428).

7 — Selçuklu Türkiyesinde Faiz ve Para İkrazına Dair Bir Hukuki Vesika.
(İlah. Fak. Der. 1953 II, Sa. 1, s. 41 - 51).

8 — Bir Tenkide Verilen Zoraki Bir Cevap Hakkında.
(İlah. Fak. Der. 1955 IV, Sa. 3 - 4, s. 84 - 97).

9 — Die Historischen Grundlagen Der Deutsch - Türkischen Volkerfreundschaft.
(Annales d. l'Univ, d'Ankara. 1963 IX, s. 25 - 39).

10 — Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu,
(Ansay'a Armağan. 1964, s. 35 - 48).

11 — Europa und die Türkei.
(AHF 40. Yıl Armağanı. 1966, s. 359 - 369).

12 — La Politique Extérieure de la Sublime Porte Pendant le Premier Empire.
(AHF 40. Yıl Armağanı, 1966, s. 371 - 381).

13 — La Turque et l'Europe.
(The Turkish Yearbook of Inter. Relations, 1966 VII, s. 16 - 27).

14 — İslâm Hukukunun Temel Kurallarından «İçtihatla İçtihat Nakz Edilemez.»
(İ. Öktem'e Armağan. 1970, s. 39 - 40).

15 — Halifeliğin Kaldırılması (Barış, 5 Mart 1974, s. 2).

16 — Lâiklik ve Türkiye'de Çağ Değişimi, (Doç. Dr. B. Üçok'la beraber), (Koloğlu'ya Armağan, Ankara 1975, s. 271 - 278).

17 — Aramızdan Ayrılanlar (O. F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, S. XVII - XXXVI).

18 — 1876 Anayasasının Kaynakları (Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı - Siyasi İlimler Türk Derneği, Ankara 1977 (3), s. 1 - 30).

19 — ATATÜRK. İslâm Ülkelerinde Yeni Bir Çağı Başlatan Önder.
(Belleten, Cilt XLV, Sayı 177 - Ocak 1981 , s. 87 - 94).

20 — Arap Harflerini Kullanmayan Müslümanlar.
(Harf Devriminin 50. Yılı Sempozyumu - TTK Yayını, Ankara 1981, s. 99 - 101).

21 — Saptırmak (Cumhuriyet, 21 Ocak 1982, s. 2).

22 — Millet, Ümmet, Ulus (Cumhuriyet, 21 Temmuz 1982).

23 — Çelişkili Eğitim (Cumhuriyet, 5 Mayıs 1982, s. 2).

24 — Anlaşılmayan Lâiklik (Cumhuriyet, 16 Eylül 1981, s. 2).

25 — İslâm Köleliği Kaldırdı mı? (Cumhuriyet, 31 Aralık 1985, s. 2).

26 — Osmanlı İmparatorluğu ve Rum, Ortodoks Kilisesi. (Üçüncü Askeri Tarih Semineri - Türk - Yunan İlişkileri - Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüd Bşk. Yayını, Ankara 1986, s. 189 - 194).

27 — Onaltı Türk Devleti (Tarih ve Toplum, Ocak 1987, Sayı 38, s. 32-35).

28 — I. Büyük Millet Meclisi Seçimlerine Işık Tutan Birkaç Belge, (Tarih ve Toplum, Mayıs 1987, sayı 41, s. 8 - 11).

29 — Atatürk'ün Son Mesajı (Cumhuriyet, 3 Mayıs 1988, s. 2).

III. Çeviriler :

1 — Kirchmann, Julius Herman: İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği, Ankara 1949, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik TAO. VI+32 s.
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Tercüme Serisi, Sayı : 3». (AHFD 1949 VI, Sa. 1, s. 181 - 212).

2 — Besnier, Prof. Dr. R.: Fransa'da Fransız Hukuku Tarihi Kürsüsünün Gelişmesi,
(AHFD 1950 VII, Sa. 3 - 4, s. 521 - 533).

3 — Blomeyer, Prof. Dr. Arwed: Almanya'da Sovyet İşgal Bölgesinde Medeni Hukukun Gelişmesi,
(AHFD 1951 VIII, Sa. 3 - 4, s. 375 - 393).

4 — Alinge, Dr. Curt: Moğol Kanunları, Ankara 1967, Sevinç Matbaası, XV+215 s.
«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 227»
(AHFD 1952 IX, Sa. 3 - 4, s. 235 - 261; 1953 X, Sa. 1 - 4, s. 687 - 703. 1954, XI, Sa. 1 - 2, s. 525 - 542; Sa. 3 - 4, s. 286 - 304; 1955 XII, Sa. 1 - 2, s. 285 - 297; 1956 XIII, Sa. 1 - 2, s. 194 - 219; Sa. 3 - 4, s. 103 - 119).

5 — Morcos, Prof. Soliman - Wadir Farag: Yeni Mısır Medeni Kanunu. (AHFD 1953 X, Sa. 1 - 4, s. 742 - 754).

6 — Anchieri, Prof. Dr. Ettore: II. Cihan Savaşının Sebepleri, (AHFD 1959 XVI. Sa. 1 - 4, s. 46 - 57).

7 — Babinger, Franz: Osmanlı Tarih Yazarları ve Eserleri. Ankara 1982, XVI+502 s. (Kültür ve Turizm Bakanlığı, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Yayınları. 44).

TÜRKİYE'DE HUKUK EĞİTİMİ VE ARAŞTIRMALARI

Prof. Dr. Coşkun ÜÇOK

Osmanlı İmparatorluğu'nda bütün ülkeyi kapsayan bir hukuk uygulanmamaktaydı. İmparatorluğun halkı dinlerine göre «cemaat» veya «millet» lere ayrılmakta ve her cemaat veya millet (millet Arapça'da din, şeriat, giderek dinsel topluluk anlamına gelmektedir) kendi hukukunu uygulamakta serbest bırakılmaktaydı. Böylece İmparatorluğun Müslümanlar yanında en büyük topluluğunu oluşturan Ortodokslar, genellikle İstanbul patriğine bağlı olarak, kendi aralarındaki her türlü anlaşmazlığı gene kendi kiliselerinde ve mahkemelerinde çözümlemekte idiler.

Doğaldır ki, Ortodokslar'ın içinde Yunanlıların yanında çeşitli Slav ve Slav olmayan uluslar da bulunduğundan, bu, Yunan dışı uluslar da Ortodoks hukuku yanında kendi ulusal ve yerel örf ve âdet hukuklarını uygulamakta idiler. Böylece bütün tarihi boyunca iktidarının en güçlü dönemini Osmanlı İmparatorluğu zamanında yaşamış olan İstanbul patrikliği hem dinsel gereksinmeler, hem de hukukî anlaşmazlıkları çözmek için gerekli elemanlarını kendi ruhban okullarında ve manastırlarda yetiştirmekte idi. Bunlardan İstanbul Heybeliada ruhban okulu son yıllara kadar etkinliğini sürdürmüştür.

Yunanlı olmayan uyrukların, Ortodoks kilisesi dışında ayrıca kendi örf ve âdet hukukları için öğretim kurumları var mıydı bilgim dışında bulunmaktadır. Ama Ruslar da dahil olmak üzere bütün Ortodoks ulusların Yunanistan'da Halkidike yarımadasının kuzey uzantısı olan Aynaros (Mount Athos)'da kendi öz manastırları bulunduğunu bilmekteyiz.

Osmanlı İmparatorluğu'na gelince: İmparatorluk içinde yaşayan Müslümanlara iki türlü hukuk uygulanmakta idi: 1) İslâm hukuku (=şeriat, fıkıh); 2) Örfî hukuk.

Şer'î hukuk İslam'ın ilk üçyüz yılı içinde oluşmuş olup Kur'an, sünnet, icma ve kıyasa dayanan hukuktu. Osmanlı Padişahları Sünnîler'in Hanefî mezhebinden oldukları için ülkede yaşayan bütün Müslüman uyruklara, ister Şiî olsunlar, ister Sünnî'liğin Malikî, Şafiî, Hanbelî gibi öteki mezheplerinden olsunlar, hepsine Hanefî hukuku uygulanmakta idi. Bu da ülkenin her yerindeki mahkemelere Hanefî kadılar atanması ile

sağlanmakta idi. Böylece Hanefî olmayan uyruklar, özellikle de Şiîler aralarındaki uyuşmazlıkları Hanefî kadılara çözdürmektense kendi dinsel önderlerine (dedelere) çözdürmeyi yeğlemekte idiler.

Yasama yetkisini sınırsız olarak elinde bulunduran Padişah, bununla birlikte, Şer'î hukuk değişmez ezelî, ebedî kurallardan oluştuğundan, bu alanda ne bir yeni kural koyabilir ne de varolan kuralları değiştirebilirdi. Ancak şer'î hukukun kapsamadığı hususlarda Padişah «kanunname» denilen irade açıklamasıyla bu hususları düzenleyen hukuk kuralları koyabilirdi. Bunlar daha çok vergi ile ilgili ve her ile göre değişen kurallardan oluşurlardı. Bu kanunnamelerin şer'î hukuka aykırı olmamalarını sağlamak fermanlara padişahın tuğrasını çekmekle yükümlü olan Nişancı'nın en önemli göreviydi. Bu kanunnamelere gene de kimi zaman kimi şer'îata aykırı hükümlerin girmiş olması, ancak zamanın değişmesi ile ortaya çıkan yeni gereksinmeleri karşılamaktan doğmuştur.

Müslümanlar arasındaki anlaşmazlıkları çözmekte uygulanan şer'î hukuku (fıkıh) öğretmek için, başta İstanbul olmak üzere, ülkenin büyük kentlerinde ünlüleri bulunmak üzere her tarafa yayılmış medreseler vardı. Bu medreselerde zamanla öteki bilimler bırakılmış, hukukun da bir bölümünü oluşturduğu İslâmiyat'dan başka hiçbir şey okutulmaz olmuştu.

Fıkıh da III. Hicrî yüzyılın sonlarında içtihat kapısının kapatılması ile dondurulmuş olduğundan, medreselerde bu değişmez hukuk, Hanefî görüşüne uygun olarak okutulmakta idi. Öğrencilerin, daha önce hukukî sorunların Kur'an, hadis, icma'a göre nasıl çözüldüğünü ve «İmam» denilen otorite sayılan hukuk hocalarının bu üç kaynakça çözülmemiş olan sorunları gene bu kaynaklardaki kurallara kıyas ederek, çoğu kez de birbirine ters düşen biçimlerde nasıl çözmüş olduklarını öğrenip ezberlemekten başka yapacak bir şeyleri yoktu.

Öğretimin bu durumda olduğu medreselerde hukuk alanında bir araştırma da olanaksızdı. Çünkü bütün sorunların çözülüş biçimleri daha önceden saptanmış olduğundan ve bu çözümlerin dışına çıkmak, yeni bir çözüm ileri sürerek, yeni bir kural koymak da olanaksız bulunduğundan «fıkıh» üzerine yazılan kitaplar daha önce yazılmış olan ve kazuistik bir yöntemle her soruna her imamın getirdiği çözümleri ve bunların açıklamalarını içeren kitapları aktarmaktan, yada özellikle Arapçadan olmak üzere çeviri yapmaktan ileriye gidememiştir.

Medreselerde eğitim aşamalara ayrılmıştı. Yaşamları boyunca küçük kadılıklarla yetinmek isteyenler, medresenin ilk bölümünü bitirince adalet örgütünün en alt basamağında vazife alarak belli ve sınırlı bir

yere kadar yükselebilirlerdi. Daha yukarıya yükselmek isteyenler ise eğitime devam eder, medresenin bütün sınıflarını bitirirlerdi. Bunlara artık kazaskerliğin ve şeyhülislâmlığın yolu açılmış olurdu.

Padişahın kanunnamelerle koyduğu örfî hukuk denilen kurallar ise medreselerde hiç okutulmazdı. Zaten bunlar o zamanlar için öyle üzerinde araştırma yapılacak bir nitelik taşımayan «Şu ilde topraktan şu kadar, baldan bu kadar vergi alınsın» türünden kurallar idi. Her zaman aynı padişah veya yeni bir padişah tarafından değiştirilebilen bu kuralları daha çok uygulayıcılar, vergi toplayıcıları bilmek zorunda idiler.

O zamanlar için anayasa hukuku, idare hukuku gibi hususlar da medreselere tümden yabancı idiler. Padişahın anayasal veya yönetsel yetkileri ve hakları üzerinde araştırma yapmak bir yana konuşmak bile akla gelemezdi. Padişah'ın bu tür yetkilerini tartışmaya kalkan bir kişi, gene padişah iradesi ile hemen idam edilirdi.

3 Kasım 1839'da ilan edilen ve Osmanlı İmparatorluğu'nu bir bakıma ortaçağ'dan çıkartıp yeni çağa ilk adımını attıran «Tanzimat» Fermanından sonra durum yavaş yavaş değişmeğe başladı.

Padişahın insan hakları bakımından kendi kendini az da olsa sınırlayan bu fermandan sonra, artık günlük yaşamın sorunlarını çözmeye yetmeyen şer'iat yerine Avrupa'dan, bütün uyruklara uygulanabilecek kanunlar alınmaya başlandı. O zamanlar dünya kültür ve hukukunun en önde gelen ve büyük Fransız İhtilâlini başarmış ülkesi olan Fransa örnek tutuldu. Böylece Fransa'dan Kara ve Deniz Ticaret Kanunu, Ceza ve Ceza Yargılama Usulü Kanunu çevrilerek alındı. Yönetim de Fransız örneğine göre yeniden örgütlendi ve Fransız hukuk kurallarına bağlandı. Ancak aynı alanlardaki «fıkıh»a da dokunulmadı. Böylece bu her iki hukuk yan yana ve ayrı ayrı mahkemelerde uygulanmaya devam edildi .

Borçlar hukuku alanında ise gene İslâm hukukunun Hanefî mezhebine uyularak kısa adı «Mecelle» olan bir kanun kitabı hazırladı. Ancak evlenme - boşanma, miras, nesep gibi medenî hukukla ilgili hususlar tedvin (kodifie) edilemediği için 1926'da Medenî Kanun kabul edilinceye kadar, bu alanda gene her cemaat kendi öz hukukunu uygulamayı sürdürdü. 1917 yılında evlenme ve boşanmayı bütün Osmanlı İmparatorluğundaki geçerli dinlere göre düzenleyen «Hukuk-i Aile Nizamnamesi» de çok kısa ömürlü olabildi.

1860'larda kurulmuş olup 1898'de İstanbul Üniversitesine bağlanmış olan «Mekteb-i Hukuk»da Avrupa'dan alınan hukuk yanında işte bu «Mecelle» de okutulmakta idi. Ayrıca «Kudat» yani Kadılar adı verilen med-

resede de İslâm hukuku ağırlıklı olarak Avrupa'dan iktibas ettiğimiz hukuk da okutulmaya başlanmıştı.

Gene bu sıralarda Osmanlı İmparatorluğu'nda anayasa ve modern idare hukuku sorunları ilk defa ortaya çıkmıştır. İdare'de gene Fransız hukuku örnek alınırken 1876 yılında ilan edilen ilk anayasamızda 1850 tarihli Prusya anayasası örnek tutulmuştur.

Fransa'dan kanunların alındığı ve yüksek okullarda okutulduğu bu sıralarda hukuk alanında pek araştırma yapılmamış; bir yandan Fransız kanunlarının şerhleri ve bu kanunların düzenlediği hukuk alanları üzerine yazılmış bir iki kitap tercüme edilmiş; Mecelle'nin de ancak bir iki önemli şerhi yapılabilmiştir. Bunların dışında, Osmanlı Devletinin sonlarına doğru Devletler Hukuku veya Hukuk Tarihi gibi alanlarda, o da büyük ölçüde çeviriye dayanan bir iki kitap yayınlanabilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması ile birlikte hukuk alanında büyük bir etkinlik başlamıştır. Her şeyden önce yeni devletin bütün uyruklarına din farkı gözetilmeksizin uygulanabilecek lâik ve modern kanunların kabul edilmesi gerekmekteydi. Bunun içindir ki, 1926 yılı hukuk devrimi yılı olmuş ve İsviçre'den Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu, İtalya'dan Ceza Kanunu, Almanya'dan Ceza Yargılama Usulü Kanunu ve Ticaret Kanunu, İsviçre'nin Neuchatel kantonundan da Hukuk Yargılama Usulü Kanunu çeviri yoluyla iktibas edilmişlerdir.

Medreseler 1924 yılında kapatılmış olduğundan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden ayrı olarak, yeni kanunları uygulayacak yargıç ve savcıları yetiştirmek üzere daha 1925 yılında, yani hukuk devriminden bir yıl önce Ankara'da, sonradan adı Fakülte olarak değiştirilecek olan bir Hukuk Mektebi açılmıştır.

1970'lerin sonlarına kadar bütün ülkede yalnız bu iki fakülte hukuk öğretimini sürdürmüşlerdir. Ancak 1970'lerin sonlarında İzmir'de bir hukuk fakültesi açılmış bunu sırasıyla Diyarbakır'da, İstanbul'da Marmara Üniversitesinde ve Konya Selçuk Üniversitesinde yeni hukuk fakültelerinin kurulması izlemiştir. Şimdilik sayıları böylece beşe yükselmiş olan bu fakültelerde pozitif hukukun bütün dalları okutulduğu gibi, Roma Hukuku, Türk Hukuk Tarihi, Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi, Kamu Hukuku vebg. de okutulmaktadır.

Öğretim ikişer sömestrilik dört yılda tamamlanabilmektedir. Bu fakülteleri bitirenler bürokrasinin her alanında görev alabildikleri gibi bir yıllık bir stajdan sonra avukat ve iki yıllık bir stajdan sonra da yargıç veya savcı olabilmektedirler.

Hukuk eğitimi böyle geniş bir çalışma alanı sağladığı içindir ki, son yıllarda üniversitelere öğrenci seçme sınavlarında «Hukuk» gençlerin birinci tercihi olma durumuna gelmiştir.

Üniversite Hukuk Fakültelerinde, özellikle 1946 yılında özerkliğin kabulü ve öğretim üyelerine güvenceler sağlanmasından ve yeni teze ve beş kişilik jüriler önünde verilen doçentlik sınavlarından sonra birçok değerli öğretim üyeleri yetişmiştir. Ayrıca Hukuk Fakültelerinde birçok konularda ilginç ve değerli doktora tezleri yazılmış, birçok genç doktor sanını elde etmiştir. Son yıllarda lisansla doktora arasında bir aşama olarak master de yaptırılmaya başlanmıştır.

Hukuk alanındaki araştırma ve yayınlar da Cumhuriyetten, özellikle 4936 sayılı Üniversiteler Kanununun 1946'da kabulünden sonra gerek sayı bakımından, gerek içeriklerinin değeri bakımından büyük bir gelişme göstermiştir.

Bir yandan hukukun her dalında, özellikle doktora ve doçentlik tezleri ile değerli eserler verilirken, öte yandan âdalet örgütünde yer alan kimi hukukçuların da uygulama ile ilgili değerli kitaplar yayınladıkları görülmektedir.

Trete, elkitabı, ders kitabı gibi yayınlar yanında hukukun en ayrıntılı sorunlarını inceleyen birçok monografi de basılmıştır. Bugün pozitif hukuk ana dalları üzerinde gerek akademisyenlerce, gerek âdalet örgütü mensuplarınca yazılmış şerhler de kitapçı vitrinlerini süsler olmuştur.

Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku alanında Türkiye öyle bir duruma gelmiştir ki, hiçbir yabancı Batı dili bilmeyen bir kimse bugün, biraz zorlansa da, yerli makale ve monografilere dayanarak bir doktora tezi yazabilir. Hukukçularımızın böyle bir aşamaya ulaşmış olmalarındandır ki, her beş yılda bir İsviçre'li hukukçularla bir Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Haftası düzenlenebilmekte ve her iki ülke hukukçuları dönüşümlü olarak İsviçre veya Türkiye'de buluşup hukukun bu dalındaki en ince sorunları, İsviçre Federal Yargıtayının veya Türk Yargıtayının içtihatları ışığında tartışabilmektedirler.

Son olarak, Medenî Hukuk alanında yetişmiş olan değerli bilim adamlarımız ve uygulamanın değerli temsilcileri her iki ülke yargıtaylarının verdikleri kararlara ve ülkemizin 60 yıldan beri Medenî Hukuk alanında elde ettiği deneyimlere uygun olarak, İsviçre Medenî Kanunundan iktibas ettiğimiz medenî kanunumuzu ülke gereksinmelerine ve yeni değişim ve gelişmelere uydurmak üzere çok güzel bir yeni Medenî Kanun değişiklik tasarısı hazırlamışlardır.

Daha önceleri, 1950'lerin başlarında ise Almanya'dan almış olduğumuz Ticaret Kanununun yerine yeni bir kanun hazırlanarak Türkiye Büyük Millet Meclisinden geçirilmiş ve Ticaret Hukuku alanında da birçok el kitabı, monografi ve makale yayınlanmıştır.

Ceza ve Ceza Usûl Hukuku, Medenî Usûl Hukuku alanlarında da hukukçularımız kendilerine layık olan yeri çoktan almış bulunmaktadırlar.

Bu arada Âdalet Bakanlığının, özellikle Türkiye'de kanun dışı birleşmelerin (evliliklerin) çeşitli yöntemleri üzerine 1942 yılında yaptırmış olduğu anket gibi anketler ve Devlet İstatistik Enstitüsünün suçlularla, evlenme ve boşanmalarla, şirketlerle vb. ile ilgili yayınladığı istatistikler de hukuk araştırmalarında büyük bir kolaylık sağlamaktadır.

FİLİSTİN TOPRAKLARININ OSMANLI DÖNEMİNDEKİ HUKUKÎ STATÜSÜ VE YAHUDİLERE KARŞI ALINAN TEDBİRLER

Prof. Dr. Halil CİN
Selçuk Üniversitesi Rektörü

I — KONUNUN TAKDİMİ

Bu araştırmamızın konusunu, Osmanlı Devlet-i Aliyye'sinin bir eyaletini teşkil eden Filistin ve Ürdün topraklarının Osmanlı Devrinde tabi tutulduğu hukuki rejim, bu toprakların hukuki statüsü ve yahudilere karşı alınan tedbirler teşkil edecektir. Bilindiği gibi Ortadoğuyu dünyanın siyasî gündemine getiren başlıca sebeb Filistin meselesidir. Süper devletlerin bu topraklardaki askeri ve ekonomik çıkarları, bu gündeme gelişin ancak ikinci derecede bir sebebi olabilir. Muasır bir yazarın da haklı olarak belirttiği gibi, Filistin meselesi halen milletlerarası platformda çözüm bekleyen bir problem olması itibariyla bu konuya eğilenler çok olmuş, kütüphaneler dolusu kitap yazılmıştır. Ne var ki bütün bu çalışmalar, başlangıç noktası olarak İngiliz mandasının ilanını veya genellikle 1948'de İsrail Devletinin kurulmasını alırlar. Halbuki İsrail Devletini doğuran şey siyonizm fikridir. Siyonizm felsefesi ise siyasî hareket olarak 1880'lerde tarih sahnesine çıkmıştır. 1880'lerde Filistin'in sahibi Osmanlı Devlet-i Aliyye'si olduğundan, bu mesele Osmanlı ile yakından ilgilidir (1). Osmanlının Filistin toprakları üzerinde tatbik ettiği hukuki nizam da Filistin meselesi ile yakından ilgili ve yapılan değişiklikler bu siyonizm hareketini yakından takip eder mahiyettedir. Osmanlının bu topraklarda tatbik ettiği hukuki nizamı bilmeyenler, Arap dünyasının üzerine çökmüş olan bütün felaketlerin Osmanlı hakimiyetinin bir sonucu olduğunu savunurlar. Halbuki Osmanlı Devlet-i Aliyye'si, hem iktisadi açıdan bazı menfaatleri temin hem de siyonizm hareketini durdurmak için Filistin topraklarının hukuki statüsünü 1880'lerde yeniden düzenlemiş ve menfi emellere alet edilmemesi için her türlü tedbiri almıştı. Bu hukuki düzenlemelerde Osmanlı'nın siyaseti II. Abdülhamid'in şu sözünde gün

---

(1) Başvekâlet Arşivi (BVA), İrade No: 5276; Öke, Mim Kemal, II. Abdülhamit, Siyonistler ve Filistin Meselesi, İstanbul 1981, sh. 7 - 8.

gibi âşikârdır: «Eğer Filistinde Müslüman Arap unsurunun fâikiyetini muhafaza etmek istiyorsak Yahudilerin yerleştirilmesi fikrinden vazgeçmeliyiz. Aksi takdirde yerleştirildikleri yerde çok kısa zamanda bütün kudreti elde edeceklerinden, dindaşlarımızın ölüm kararını imzalamış oluruz.» (2) Şer'-i şerife uygun olarak yapılan hukuki düzenlemelerin yanında, bu toprakların yahudilerin eline geçmemesi için idari, mülki, askeri ve hatta şahsi tedbirler alınmıştır. (3)

İşte bütün bu ve benzeri sebeplerle, Osmanlı Devlet-i Aliyye'sinin Filistin ve Ürdün topraklarında tatbik ettiği hukuki rejim ve bu toprakların hukuki statüsü meselesi hâlâ güncelliğini muhafaza etmektedir. İlim çevreleri, devlet ve siyaset adamları ve bu arada özellikle bu topraklara sahip olan devletler konunun aydınlatılmasını şiddetle arzulamaktadırlar. Zira bu mevzu ile alakalı eserlerin çoğu, ciddi bir araştırma ve tahlilin sonucu olmaktan ziyade, peşin fikirler ve hurafelerin kurbanı olmuşlardır. Konu, hem hukuki, hem idari, hem siyasi, hem iktisadi ve hem de beynelmilel hukuk açısından önem arzetmektedir.

Konunun tahlili için bazı hususların bilinmesi gerekir. Önce bu toprakların hangi mülki idarenin sınırları içinde kaldığı hususu bilinmelidir. Ta ki ilgili hukuki düzenlemeler sağlıklı olarak değerlendirilebilsin. Ayrıca Osmanlı Devleti bir İslâm devleti olduğundan, Osmanlı'dan önce bu toprakların hukuki statüsü nedir? Bunun da bilinmesi gerekir. Bu toprakların hukuki statüsünde 1278/1871 de köklü ve önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu sebeple 1278'e kadar ki durum ve bu değişikliği hazırlayan sebepler ile 1278'den sonraki durum ayrı ayrı tahlil edilmelidir. İşte biz araştırmamızda bu plânı tatbik ettik.

II — BU TOPRAKLARIN COĞRAFİ VE MÜLKİ DURUMU

Filistin ve Ürdün toprakları, Sadr-ı İslâmdan (İslâmın ilk devirlerinden) Osmanlı'nın son zamanlarına kadar, Berr-üş-Şam veya Arz-ı Şam denilen arazinin bir parçası olarak kabul ediliyordu. «Berr» ve «Arz» arazi ve toprak demektir. «Berriye» veya «Berr» çöl anlamına da gelir. Her ne kadar halk arasında Şam ismi, «Dimaşk» şehrine ad olarak veriliyorsa da, eskiden «Suriye» de denilen geniş bir coğrafi bölgenin ismi olup, merkezi olan şehrin ismi ise «Dimaşk» dır. Şam ismi genel olup, Filistin

(2) Öke, age, s. 12 - 13.

(3) Öke, age, s. 139 vd., Atilhan, Cevat Rifat, 31 Mart Faciası, İstanbul, 1972, sh. 6 vd.

ve Ürdün topraklarını da içine almaktadır. Bu topraklara Hitta-i Şam (Şam bölgesi) de denmektedir (4).

Şam Bölgesi (Berr-üş-Şam) nin sınırlarına gelince; bu bölge Akdenizin doğusunda yer almakta, kuzeyden Anadolu, doğudan Mezopotamya (Cezire), güneyden Arap yarımadası (Ceziretül-Arap) ve Kızıldenizle (Bahr-i Ahmer) ve batıdan dahi Mısır ve Akdenizle çevrilmiştir. Kuzey sınırları itibaridir; ancak İskenderun Körfezi içinden Anteb'in üstünden geçerek, Fırat vadisinde son bulan bir yay çizgisi ile kaba taslak belirlenebilir. Doğu sınırı ise 36° boylam çizgisi, Fırat ırmağının mecrası ve oradan aşağıya doğru uzanan çöl ile belirlenir. Akabe körfezinin ucundan doğuya doğru çöl içinde uzatılacak mevhum bir çizgi, Şam bölgesi ile Arap yarımadasının sınırlarını tayin eder. Sina yarımadası ve Tih sahrası da Şam Bölgesinden sayılır. O halde Şam Bölgesi (Berr'üş-Şam, Arz-ı Şam) 31° - 37° enlemleri ve 31° 20′ - 37 boylamları arasında kalan kara parçasıdır (5). İşte ister fıkıh kitaplarındaki Arz-ı Şam veya Şam tabirlerinden (6), isterse Osmanlı ferman, irade ve tahrir defterlerindeki Berr-üş-Şam (7) tabirinden kastedilen anlam budur.

Mülki ve coğrafi taksimine gelince; Şam Bölgesi eski zamanlarda Nefs-i Şam veya Suriye denilen kuzeydoğu kısmı ile güneydeki Filistinden ve orta kısmın sahillerini teşkil eden Finike bölgesinden meydana geliyordu. Daha sonra Halep şehri de önemli bir merkez haline gelince Dimaşk'a rakip olmuş ve neticede Halep, Şam ve Filistin ismiyle üç bölgeye ayrılmıştı (8).

2 Ocak 1517 de Lübnan - Suriye ve Filistin Osmanlı idaresine geçtiğinde yine bütün bu bölgelere Berr'üş-Şam deniliyordu. Ancak özellikle 17. asırdan sonra Halep, Şam, Sayda ve Trablusşam isimleriyle dört büyük eyâlet kurulmuştu. Yine de Berr'üş-Şam tabiri bu dördünü de kapsamına alıyordu (9). Hatta en erken tarih olarak 1222 tarihini taşıyan Bab-ı Ali Evrak Odasında mahfuz 950 no'lu tapu tahrir defteri Şam-ı Şe-

(4) Hamevi, Yakut b. Abdullah, Mu'cemül-Büldan, Beyrut, c. 3, sh. 312 - 313, Sami, Şemseddin, Kamusül-A'lâm, İstanbul, 1311/1894, c. 4, sh. 2824 vd., Kâmus-u Türki, Dersaadet, 19 Ağustos 1316, sh. 285, Mecelle, md. 542.

(5) Sami, age, c. 4, sh. 2824, Hamevi, age, c. 3, sh. 312 - 313.

(6) Damad, Muhammed b. Süleyman, Mecmaül-Enhür Fi Şerhi Mültekal-Ebhür, İstanbul, 1319, c. 1, sh. 662 vd., Haskefi, Alaaddin, Dürr'ül-Müntekâ Fi Şerhil-Mültekâ, İstanbul, 1319, c. 1, sh. 662 vd., İbn Abidin, Muhammed Emin, Reddül-Muhtâr, Mısır, 1272, c. 3, sh. 256 vd., İbnül-Hümam, Muhammed, Fethul-Kadir, Mısır, 1316, c. 6, sh. 37 vd.

(7) Başvekâlet Arşivi, İrade, Meclis-i Vâlâ, Vesika No: 20714/1 - 4.

(8) Sami, age, c. 4, sh. 2826 vd., İslâm Ansiklopedisi, Filistin Maddesi.

(9) Sami, age, 4/2826, BVA, İrade, Meclis-i Vâlâ, Vesika No: 20714/1 - 4.

rif ve Kudüs-ü Şerif'in emlâk ve evkaf hasılatını beraber bildirmektedir (10). Bu dörtlü eyâlet taksimi 1278/1871'e kadar bazı istisnaların dışında kesinkes değişmemişti. Zira 13 Recep 1278/1871 tarihli irade-i seniyyeye esas teşkil eden Şam Umumi Valisinin takdim yazısındaki «Alel-Umum Berr'üş-Şam taraflarında ve bilhassa Şam Eyâletinde» de hemen tatbik edileceğini belirtmesi bu meseleyi teyid etmektedir (11).

Yavuz Sultan Selim, Memlük İmparatorluğundan henüz fethettiği topraklar üzerinde 1516'da Şam (Suriye) eyâletini kurmuştur. Şam Eyâleti ikinci derecede önemli bir eyâlettir. Şam, Tedmür, Bikaa sancaklarını teşkil eder. Bu eyâlet bu günkü Suriye'nin Dimaşk, Süveyde ve Havrân şehirlerini kaplamaktadır. Bu eyâletten önce 1521'de Halep eyâleti; sonra 1570'de Trablusşam, 1660'da da Sayda Eyâletleri ayrılmıştır. Konumuz açısından çok önemli olan Sayda Eyâleti, ikinci derecede eyâletlerin mühimlerindendir. 1660 sonunda Şam Beylerbeysi Köprülüzâde Fâzıl Ahmet Paşa'nın teklifi ve babası Köprülü Mehmed Paşa'nın tasdiki ile, Şam Eyâletinin güney toprakları alınarak kurulmuştur. Bu eyâletin beylerbeyi bazan Beyrut'ta oturmaktadır. Nitekim Şam arazisinin hukuki statüsünü kanuni esasa bağlayan 1278/1871 tarihli iradenin esasını oluşturan Komisyon Mazbatası ve arz yazısı da bunu göstermektedir (11[a]). Akka'da oturduğu da olmuştur. Bugünkü Ürdün Devleti'nin tamamını Lübnan'ın güney yarısını (Beyrut dahil), Sina hariç ve Gazze dahil İsrail'in tamamını içine almaktadır. Sancakları ise Sayda, Beyrut (Muz), Gazze, Kudüs, Nablus, Aslûn, Kerek, Şüveyk başta olmak üzere 11 tanedir (11[b]).

Onyedinci yüzyıldaki bu durum, bazı değişikliklerle beraber yine devam etmiştir. 18. asrın sonlarında Kudüs'ün, Nablus'un, Hama'nın ve Humus'un Şam Eyâletine bağlandığını görüyoruz (11[c]).

Şam arazisinin hukuki statüsünün tesbit eden irade zamanında da (ki bu irade aslında bütün Şam arazisini özellikle de Şam ve Sayda eyâletini konu edinmektedir) durum aynıdır. Yani Ürdün ve Filistin topraklarının bir kısmı Şam, bir kısmı ise Sayda eyâletine bağlıdır. Yalnız Umman hususi bir özellik arzetmektedir. Daha ziyade Arap yarımadasına benzemektedir.

---

(10) BVA, Tapu Tahrir Defteri, No: 950 (vrk.: 1 - 5, Şam-ı Şerif, vrk.: 5 - 6, Kudüs-ü Şerif).

(11) BVA, İrade, Meclis-i Vâlâ, No: 20714/2.

(11[a]) BVA, İMV. No: 20714/1 - 4.

(11[b]) Öztuna, Yılmaz, Büyük Türkiye Tarihi, İstanbul, 1983, c. 12, sh. 25 - 26.

(11[c]) Öztuna, age, c. 12, sh. 43.

1876 da kabul edilen Mahallî İdare Kanunu ile (12) eyâletlerin bir çoğunda olduğu gibi, Filistin'de de vilâyât usulü ihdas edilerek bazı mülki değişiklikler yapılmıştır. 1877 de yeniden yapılan düzenlemelerle Berr'üş-Şam arazisindeki mülki ve idari taksimat şu hale gelmiştir: Bu bölge üç vilâyet ile iki müstakil mutasarrıflığa ayrılmıştı. Halep, Suriye ve Beyrut vilâyeti. Filistin şehirlerinden olan Nablus ve Akka eskiden olduğu gibi yine Beyrut vilâyetine bağlıydı. Cebel-i Lübnan ve Kudüs de müstakil mutasarrıflık haline gelmişti. Bu beş merkezin hepsine birden yine Şam Kıt'ası veya Berr'üş-Şam arazisi deniliyordu (13). Böylece Sultan Hamid'in saltanatı sırasında «Arz-ı Filistin» yekpâre bir idari bölge değildi. İki bölüme ayrılmıştı. Kuzey Filistin, Beyrut Valiliğinden idare edilirken, Kudüs mutasarrıfı ise mukaddes toprakların güney cihetinden mes'uldü (14).

Bütün bu izahlardan anlaşılıyor ki, günümüz yaşayan devletlerinden olan Lübnan, Suriye, Ürdün ve Yahudilerin işgali altındaki Filistin toprakları Osmanlıların son zamanlarına kadar Berr'üş-Şam veya Arazi-i Şam denilen bölgenin birer parçasını teşkil ediyordu. Berr'üş-Şam arazisinin hukuki statüsünü incelemek adı geçen devletlere ait toprakların da hukuki statüsünü incelemek demektir. Bu sebeple bundan sonra araştırmamızda genellikle Berr'üş-Şam veya Şam arazisi tabirlerini kullanacağız.

III — OSMANLI DEVLETİNE İLHAKINA KADARKİ DURUM

Bilindiği gibi Kudüs ve civarı 16 H. / 637 M. tarihinde İslâm ülkesinin toprakları arasına girmişti. Bu tarih Hz. Ömer'in devr-i hilâfetine rastlıyordu. Aslında Filistin'in bazı kısımları Hz. Ebubekir devrinde fethedilmişti. Ancak Filistin topraklarının tamamı ve Suriye toprakları Hz. Ömer devrinde İslâm ülkesine ilhak edilmişti. Buraları fetheden komutanlar da Amr İbn'ül-As ve Ebu Ubeyde idi (15).

İslâm'ın ilk devirlerinde (sadr-ı İslâmda) fethedilerek İslâm ülkesine katılan toprakların hukuki statüleri fıkıh kitaplarında uzun uzadıya izah edilmiştir. Buna göre, hiçbir istisnası bulunmaksızın Arap yarımadası, sulh yolu ile ahalisi müslüman olan arazi veya harp yolu ile (anveten)

(12) BVA, Yıldız Esas Evrakı, 1/156/XXI / 156/3, Öke, age, sh. 68 vd.
(13) Sami, age, c. 4, sh. 2826 - 2827, BVA, Yıldız Esas Evrakı, No: 1/156/XXI / 156/3, Öke, age, sh. 68 vd.
(14) Öke, age, sh. 69.
(15) Doğrul, Ömer Rıza, Mevlâna Şibli, Tarih-i İslâm, Asr-ı Saadet, İstanbul, 1347/1928, c. 7, sh. 168 - 173.

fethedilip de ganimet sayılarak, beşte biri beytül-mal için ifraz edilip ayrıldıktan sonra, müslüman ve gazi olan orduya taksim ve temlik olunan arazilere Arazi-i Öşriye denilir. Mahsulâtın en az 1/20'si en çok 1/10'u öşür olarak alınır. Yukarda zikredildiği gibi Arap Yarımadası ve Basra bu tip arazilere misal olarak zikredilebilir (16).

Sulh yolu ile fethedilen araziler, yapılan sulhun gereği olan şartlara göre muameleye tabi tutulur. Eğer sulh yolu ile fethedilen toprakların sâkinleri gayr-i müslim ise ve kendi ellerinde bırakmayı şart koşarak sulh yapmışlarsa, bu araziler sahiplerine terkedilir ve kendilerinden haraç alınır. Ayrıca harp yolu ile fethedilen arazilerin de ganimeti hakeden gazilere taksim edilmesi câiz olduğu gibi araziyi sahiplerine terkederek onları haraca bağlamak veya hiç kimseye temlik edilmeyerek rekabesini (yani kuru mülkiyeti) devlete vermek dahi câiz olur. İster sulh ister harp yoluyla fethedilip de gayr-i müslim sahiplerine bırakılan arazilere de Arazi-i Haraciye denir. Sevâd-ı Irak (Irak bölgesi) Mısır arazisi ve Şam bölgesi (Berr'üş-Şam) İslâmın ilk devirlerinde bu gurup arazi içinde yer alıyordu (17).

Şam bölgesinin arazi-i haraciyeden olduğu sahabenin icmaı ile sabittir. Bilindiği gibi icma da İslâm hukukunun asli kaynaklarından biridir. Büyük hukukçu İbn'ül-Hümam bu konuda, «Şam arazisinin haraca bağlandığı meşhur ve marufdur» diyor (18). Bundan kasıt Hz. Ömer'in zaptedilen Irak ve Şam bölgeleri arazilerinin gayr-i müslim ahalinin elinde bırakılarak onların da haraca bağlanmasına ait görüşünün mütalaa edildiği mühim ilmi ve hukuki toplantıdır. Bu toplantıda Hz. Ömer'in görüşü kabul edilmiştir. Şam arazisi de bu toplantıda sözkonusu edilmiştir (19). Özetlenecek olursa Şam arazisi arazi-i haraciyedendir. Şam bölgesinin birçok şehirleri (başta Kudüs) sulh yoluyla fethedilmiş ve gayr-i müslim ahalisine terkedilerek haraca bağlanmıştır. Suriye bölgesi ise Yezid b.

---

(16) İbn Âbidin, age, c. 3, sh. 254 - 257, Dâmâd, age, c. 1, sh. 662 vd., Haskefi, age, c. 1, sh. 662 vd., İbnül-Hümam, age, c. 4, sh 358 vd., Ebussuud, Kanunname-i Arazi, (Mecmua-i Kavanin), İstanbul Süleymaniye Kütüphanesi, Carullah, No: 968, vrk. 7 - 8.

(17) Atıf Efendi, Arazi Kanunname-i Hümâyûnu Şerhi, İstanbul, 1319, sh. 2 vd., İbn Âbidin, age, 3/254 vd., Damad, age, 1/662 vd., Haskefi, age, 1/662 vd., İbnül-Hümam, age, 4/358 vd., Ebussuud Efendi, age, İstanbul Sül. Küt. Cr. No: 968 vrk. 7 - 8.

(18) İbnül-Hümam, age. 4/358.

(19) Ebu Yusuf, Kitabül-Harâc, Kahire, 1396, sh. 13 - 14, 26 - 29, Yahya b. Adem, Kitabül-Harâc, Mısır, 1384, No: 49, 121, Ebu Ubeyel Kasım b. Sellam, El-Emval, Mısır, 1395, sh. 150.

Ebu Süfyan, Şurahbil b. Hasene, Ebu Ubeyde ve Halid b. Velid tarafından harp yoluyla fethedilmiş ve sahabenin icmaı ile haraca bağlanmıştır (20).

Arazi-i Öşriye ve Haraciye, sahiplerinin özel mülküdür. Sahipleri her çeşit tasarrufda bulunabilirler. Satar, icareye verir, hibe eder ve vasiyet edebilirler. Devletin bunlardan alabileceği tek şey öşür ve haraçtır. Bu görüş Hanefi mezhebine aittir. Zira diğer üç mezhebe göre haraci araziler, devletin müslümanlara vakfıdır. Bu sebeple sahipleri bu araziyi satamazlar ve istedikleri şekilde tasarruf edemezler (21). Bilindiği gibi haraci arazi olarak kabul edilen arazinin sahipleri sonradan müslüman olurlarsa arazileri yine haraç arazisi olarak devam eder. İşte Şam arazisi de sonradan ekseriyetle müslümanlar tarafından elde edilmişse de, arazi-i haraciye olma özelliği ortadan kalkmamıştır (22).

Fethedilip de gayr-i müslim olan asıl yerlileri ellerinde bırakılan yerlere araziy-i haraciye deniyor ve buralardan haraç alınıyordu (23). Araziden alınan haraç da iki kısımdı: Bir kısmı harâc-ı mukâsemedir ki arazinin hasılâtından yerin tahammülüne göre 1/10'dan 1/2'ye kadar alınmak üzere tayin olunan vergidir. İkincisi ise, araziden kesin ve belirli bir akçe olarak alınan vergidir ki buna da harac-ı muvazzaf denir (24). Şam arazisi Hz. Ömer tarafından harâc-ı mukasemeye bağlanmıştı. Ve bu hal Osmanlı devrinde de 1278/1871 yılına kadar devam etti (25).

IV — OSMANLI DEVRİNDE ŞAM ARAZİSİNİN (BERR'ÜŞ-ŞAM'IN) HUKUKİ STATÜSÜ

Osmanlı devlet-i aliyyesi topyekün İslâm hukuku ahkâmını kendine hukuk sistemi olarak kabul etmiştir. Bu sebeple arazideki hukuki düzenlemeleri de şer'-i şerife uygundur. Bütün hukuki düzenlemeler, fetvahanenin tasvibinden geçtikten sonra hukuken meşruiyet kazanmıştır. Osmanlı devrinde bu konuda gözümüze çarpan iki önemli gelişme mevcuttur. Birincisi, Osmanlılar döneminde meşruiyyet kazanmış ve tamamen şer'-i şerife uygun olarak geliştirilmiş olan arazi-i miriye statüsüdür. İkincisi de, Şam arazisinin ekserisinin (%80) arazi-i miriye sayılmasını ön-

(20) İbnül-Hümam, age. 4/358, İbn Âbidin, age. 3/254 vd.
(21) İbn Âbidin, age. 3/255, İbnül-Hümam, age. 4/359, Damad, age. 1/663 vd., Ar. Kan. md. 2.
(22) İbn Âbidin, age. 3/264 vd., İbnül-Hümam, age. 4/365 vd.
(23) Arazi Kanunnâme-i Hümâyûnu, md. 2, Atıf Efendi, age. sh. 17 vd.
(24) AK. md. 2.
(25) BVA, İrade, Meclis-i Vâlâ, Vesika No: 20714/2.

gören 1278/1871 tarihli irade-i seniyyedir (26). Araştırmamız açısından çok önemli olan bu irade-i seniyyeye göre Osmanlı dönemini iki bölüme ayırarak konuyu inceleyeceğiz :

A) Şam Arazisinin 1278'e Kadarki Hukuki Statüsü

Şam arazisi dediğimiz Ürdün, Filistin, Lübnan ve Suriye toprakları, Yavuz Sultan Selim'in Merc-i Dâbık zaferinden (25 Recep 922/24 Ağustos 1516) sonra Osmanlı hâkimiyeti altına girmişti. Bu bölge idare bakımından eyâletlere ve bu eyâletlere bağlı sancaklar haline getirilmişti. Şam bölgesinin fethi 2 Ocak 1517 yılında tamamlanmış, Yavuz 30 Aralık 1516 da da Kudüs'e girmişti. Artık bütün Şam arazisi Osmanlıların olmuştu (27).

a) Genel Olarak Osmanlı Arazisinin Hukuki Statüsü

Osmanlı devleti hukuki düzenlemelerinde şer'-i şerife uygun hareket etmiştir. Bu sebeple İslâm hukukundaki arazi taksimatı Osmanlıda da aynen geçerlidir. Şam arazisinin fethinden (922/1516) kısa bir zaman sonra, 1017 ve 1033 tarihlerindeki ferman ve iradeler bir araya getirilerek tedvin edilen mecmua ve kanunnamelerde de aynı esaslar mevcuttur. Bunu Ebussuud Efendi şöyle ifade etmektedir: «İslâm memleketlerinde olan arazi Şer'-i Şerife göre üç kısımdır: Bir kısmı arz-ı öşriyedir ki fethedilince müslümanlara temlik olunmuştur. Onların mülkleridir. Diğer malları gibi nasıl isterlerse öyle tasarruf ederler. Başlangıçta müslümanlar üzerine haraç vazi gayr-i meşru olduğundan öşür vaz olunmuştur. Ekerler, biçerler, elde edilen gelirin öşründen başka asla bir habbe alınmaz. Onu dahi kendileri fakir ve miskinlere verirler. Sipahiden ve başkalarından asla bir ferde helal olmaz. Hicaz ve Basra arazisi böyledir.

Bir kısmı dahi haraciyedir ki fethedildiğinde gayr-i müslimlerin ellerinde bırakılıp, kendilere temlik olunup üzerlerine gelirin onda bir yahut sekizde bir yahut yedide bir... yarısına kadar arazinin tahammülüne göre harac-ı mukâseme vaz olunur. Yılda bir miktar akça dahi harac-ı muvazzaf olarak konulabilir. Bu kısım dahi sahiplerinin meşru mülkleridir. Her çeşit tasarrufda bulunabilirler. Bu araziyi satın alanlar dahi izah edildiği şekilde ekerler, biçerler; harac-ı mukasemesini ve harac-ı muvazzafını verirler. Müslümanlar da satın alsalar, gayr-i müslimlerden alına gelen haraçlar aynen onlardan da alınır. Ölünce diğer mal ve mülkle-

(26) BVA, İrade, Meclis-i Vâlâ, No: 20714/1.

(27) Öztuna, T. Yılmaz, Türkiye Tarihi, İstanbul, 1964, c. 5, sh. 42 vd.

ri gibi mirasçılarına intikal eder. Irak, Şam ve Mısır arazisi böyledir. Fıkıh kitaplarında anlatılan arazi bu iki kısımdır.» (28)

Buraya kadar verilen izah fıkıh kitaplarındakinin aynıdır. Bundan sonra Ebüssuûd Efendi, yine şer'-i şerife dayanan fakat Osmanlı Devlet-i Aliyyesince genişletilmiş ve tanzim edilmiş olan üçüncü çeşit araziyi de şöyle izah etmekte ve şer'-i gerekçelerini açıklamaktadır:

«Bir kısmı dahi vardır ki, ne öşriyedir ve ne de haraciyedir. Buna arz-ı memleket (arz-ı sultan, arz-ı havz, arz-ı miri) derler. Aslı haraciyedir. Fakat sahiplerine temlik olunduğu takdirde, sahibi ölünce çok sayıda mirasçıları arasında taksim edilip herbirine bir küçük parça düşüp, taksim yapıldıktan sonra mirasçıların her birinin hissesine göre haraçlar tevzi ve tayin olunmakta çok büyük zorluklar vardır. Vergi ödemek imkânsız olduğundan rakabe-i arz (arazinin kuru mülkiyeti) müslümanların beytülmalı için alıkonulup reâyâya ariyet (sonradan icâre) yoluyla verilir. Onlar da ekip biçerler; bağ, bahçe ve bostan yaparlar. Elde ettikleri gelirden harâc-ı mukasemesini ve harac-ı muvazzafını verirler. Irak, Mısır ve Şam arazisi dahi bazı mezheplere göre (Şafiî, Mâliki ve Hanbelî) bu kabildendir. Bu bereket fışkıran memleketimizin arazisi dahi bu üslûp üzerine arz-ı memleketîdir ki arz-ı mîrî demekle ma'rufdur. Vatandaşların özel mülkleri değildir. Ariyet (sonradan icare) yoluyla tasarruf ederler, ekerler, biçerler, gelirinden öşür adına harac-ı mukâsemesini ve çift akçesi (tasma akçesi) namına harac-ı muvazzafını verirler. Kimse onlara karışamaz, ölünceye kadar nasıl isterlerse öyle tasarruf ederler. Öldüklerinde oğulları kendilerinin yerlerine geçerler. Oğulları kalmazsa, araziyi işletebilecek başka kimselere ücret-i muaccelesi alınıp tapuya verilir. Üçyıl araziyi işletmiyenin elinden arazisi alınır, başkasına tapuya verilir.» (29).

Arazi-i miriyenin şer'î dayanağını başka bir fetvasında da şöyle açıklamaktadır.

«Bereket fışkıran bu memleketin bütün arazisi arazi-i miriyedir. Kuru mülkiyeti (rakabesi) beytül-malındır. Tasarrufu vatandaşlara icare yoluyla tapuya verilmiştir. Tasarruf edip harac-ı muvazzafını ve harac-ı mukâsemesini sipahîye verirler. Satamazlar, başkalarına temlik edemez-

(28) Ebüssuud Efendi, Kanunname Sül. Ktp. Cr. No: 968, vrk. 9 - 10 (H. 1084). Albayrak, Sadık, Budin Kanunnamesi ve Osmanlı Toprak Meselesi, İstanbul, Tercüman 1001 Temel Eser No: 28, sh. 68 (H. 1084), Sül. Kütüp., Cr. No: 967, vrk. 1a - 1b.

(29) Ebussuud Ef. age. Sül. Küt. Cr. No: 968, vrk. 10 - 11, 4 - 5, No: 967, vrk. 1a - 1b.

ler.» (30) «Bu arazi fethedildiğinde ne gazilere taksim edilip öşriye kılınmıştır ve ne de sahiplerine temlik olunup sırf haraciye kılınmıştır. Belki rakabesi beytülmalındır. İfraz olunup mutasarrıf olanlara icare yoluyla verilmiştir. Tapu adına verilen akçe ücret-i muaceledir. Tasarruf edecekleri süre açıklanmadığı için icâre fâsidedir. Ama araziyi işlettiği müddetçe ellerinden alıp başkasına vermekten sipahi menolunduğundan almaya şer'an kâdir değildir.» (31).

Verilen bilgilerden anlaşılmış oluyor ki, Osmanlı Devlet-i Aliyyesine ait arazi, öşriye, haraciye ve miriye kısımlarına ayrılıyordu. Bu tamamen şeri-i şerife uygundu. Mîrî arazi için belirlenen vergileri tahsil, ferağ ve intikal muamelelerini icra ve arazi mutasarrıflarından vefat edenlerin arazisinin diğer bir talibine veya müstahakkına vermek üzere akçe hesabıyle bu arazi timar ve zeâmet ve has kısımlarına ayrılıyordu. Mîrî araziden muayyen bir kısmın yıllık gelirinin tamamının veya bir kısmının, belli hizmetler mukabilinde bir şahsa tevcihine de dirlik denirdi. Dirliklerin en küçüğü tımar (3 binden 100 bine) ve en büyüğüne de (100 bin ve fazlası) has deniyordu. Tımar ve zeâmet sahiplerine sipahi denildiği gibi, büyüklerine de zaim ve çoğuluna da evama adı veriliyordu. Timar ve zeâmet sahipleri araziyi ilgilendiren her vazifeyi yapmakla yetkili olduklarından kendilerine sahib-i arz da denirdi (32).

Bu nizam ve toprak rejimi imparatorluğun son zamanlarına kadar devam etmişti. İkinci önemli hukuki mevzûat 1117 H. tarihinde Sultan II. Ahmed'in iradesinden çıkan «Kanunname-i Arazi» idi. Bu nizamda tek değişiklik intikal kaidelerinde olmuştur (33).

Osmanlı toprak rejimi 1274/1858 tarihli Arazi Kanunname-i Hümâyünu (34) ile zirveye yükselmişti. 132 maddelik bu kanun mîrî araziyi en ince teferruâtına varıncaya kadar tanzim etmişti. Bu kanunun ihtiva ettiği bazı hükümler gereği, arazi-i mîriyenin sınırları da genişliyordu (35).

1255 de zeâmet usulü lağvedilmiş ve bu görev mültezim ve muhassıllara devredilmişti. AK.nun meriyete girmesiyle arazi-i mîriye ile ilgili bütün görevler özel arazi memurlarına verildi (36).

---

(30) Sül. Küt. Cr. No: 968, vrk. 3.
(31) Sül. Ktp. Cr. No: 968, vrk. 4, 6.
(32) Atıf Efendi, age, sh. 3 vd. Cin, Halil, Mîrî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara, 1969, sh. 40 vd.
(33) Karakoç, Serkiz, Tahşiyeli Kavânin, İstanbul, 1341/1343, c. 2, sh. 115 vd., Külliyât-ı Kavânin, TTKK, Dosya No: 1, Atıf Efendi, age. sh. 5 - 7.
(34) Düstur, I. Tertip. c. 1, sh. 165 vd.
(35) Örneğin bkz. Ak. md. 2, 103, 104, 129.
(36) AK. 129, Atıf Ef. age. sh. 6.

Arazi Kanunu araziyi beşe ayırmıştı. Bunların birincisi arazi-i memlûke idi. Bu dört kısma ayrılıyordu. Bunlar da, iskan yerlerindeki arsalar ve tetimme-i süknâlar, mîri araziden ifraz edilerek mülkiyeti devredilen arazi, öşür arazisi ve haraç arazisi idi. Bu çeşit araziye ait hükümler kanunda yoktu. Fıkıh kitaplarına atıf yapılmıştı. İkinci çeşit arazi mevkuf araziydi. Üçüncüsü metrûk arazi, dördüncüsü mevât arazi, beşincisi ise mîri araziydi. Memlûk ve mevkûf araziden bu kanunda bahsedilmemişti (37).

b) Mîrî Arazinin Çeşitleri ve Genişleme Yolları

Yukarda da açıklandığı gibi mîrî arazinin rakabesi devlete aittir. Bu arazi işletilmek üzere, müddetsiz olarak vatandaşa tefviz edilmektedir. Bu tefviz bir bedel (tapu) mukabili yapılmaktadır. Tefviz devlet adına özel arazi memurları tarafından yapılır. Mîrî arazi rejimine tabi olan yerler; tarla, çayır, yaylak, kışlak, koru ve buna benzer topraklardır (38).

Osmanlı Arazi Kanunnameleri ve özellikle 1274/1867 tarihli AK.'na göre mîrî arazinin teşekkül tarzlarını şöylece özetleyebiliriz:

1 — Fethedilen arazinin galiplere dağıtılmayarak devlete maledilmesiyle olur. Bu meşru bir yoldur. Bunun sebebi yukarda anlatılmıştı (39). Anadolu arazisi bu şekilde arazi-i mîriye haline gelmiştir.

2 — Fetih zamanında ne şekilde alındığı ve ne şekilde verildiği belli olmayan arazi de mîri arazidendir (40).

3 — Aslında memlûk araziden olup aradan zaman geçmesiyle mâliklerinin mirasçısız, vasiyetsiz ve borçsuz vefat etmeleri sebebiyle mîrî arazi haline gelen topraklardır (41).

4 — Mâliki meçhul ve kime ait bulunduğu bilinmeyen mülk araziler de zamanaşımı ile mîrî arazi olurlar.

5 — Rakabesi devlete ait olmak üzere ihya edilen arazidir (42). Taşlık, kıraç, çöl gibi boş yerler mevat (ölü) arazi olup bu gibi yerlerden ye-

(37) AK. md. 1 - 7.

(38) Cin, Halil, Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara, 1969, sh. 45 vd., Albayrak, age. sh. 67 vd., AK. md. 3.

(39) Sül. Ktp. Cr. No: 968, vrk. 4 - 5, 10 - 11, Cin, age. sh. 58 - 59, Albayrak, age. sh. 67 - 68.

(40) Cin, age. sh. 59, Albayrak, age. 69.

(41) AK. md. 2, Berrüş-Şam Arazisi Hakkında İrade-i Seniyye, BVA, İrade, Meclis-i Vâlâ, No: 20714/1 - 4.

(42) AK. md. 103 - 104.

re zarüreti olan kimse rakabesi devlete ait olmak üzere arazi ihya eder, ama arazi, arazi-i mîriyeden sayılır (43).

Harplerin, semavi afetlerin ve göçlerin tesiriyle, Ebussuud Efendi zamanında nizama giren Osmanlı devletindeki mîri araziler, son zamanlara doğru iyice genişlemiştir. Şam arazisinin bu bilgiler ve tarihi belgeler ışığında nasıl bir hukuki statüye tabi tutulduğunu daha yakından göreceğiz.

c) Şam Arazisinin Durumu ve Bu Konudaki Hukuki Tartışmalar

Şam Arazisinin hukuki statüsünü 1278 tarihli irade-i seniyyeye kadar, mevcut tapu tahrir defterlerinden öğreniyoruz. Bizi Şam arazisinin Filistin bölgesi daha çok ilgilendirdiği için konuyu daha çok Filistin açısından işleyeceğiz.

Filistin toprakları 922/1517 yılında Osmanlı Devletinin eline geçince, Filistindeki şehirler birer livâ olarak Şam vilâyetine bağlanmıştı. Bütün Şam arazisi ve bu arada Filistin toprakları, H. 1017 ve 1033 de ısdar edilen Kanunname-i Arazi hükümlerine göre araziy-i haraciyedendi. Yani memlük arazi idi. Bir kısmı da mevkuf arazi idi. İslâmın ilk devirlerinden kalma olan rejim aynen ve harfiyyen devam ettiriliyordu.

Bu topraklarla ilgili tahrir defterlerinin 1527 yılından itibaren tutulduğunu ve bu işlemin Osmanlı'nın sona erişine kadar muntazaman devam ettirildiğini görüyoruz (44). Bu defterlerden öğrendiğimize göre Filistin toprakları Osmanlı'ya ilhak edildikten sonra üç Livaya ayrılmıştı: Kudüs - Gazze, Nablus - Safed, Sult - Aclun Livaları. Bu üç Liva da Şam Vilâyetine bağlıydı (45). 1574 - 1568 tarihleri arasında tutulan bir tapu defterine göre ise (563 Nolu defter, sh. 141) Filistin beş livadan ibaretti: Safed, Kudüs, Gazze, Nablus, Aclun. Bu livalar idari bakımdan Şam'a bağlıydı.

Mufassal tahrir defterleri de denen bu defterler, her sancak ve kaza'da mahalle mahalle, köy köy, vergi ve resimleri tesbit ederdi. Her mahalledeki vergi mükellefleri, vergiden muaf olanların adları, arazinin kimin dirliği (ıktaı, yani tımar, zeâmet veya hassı yahut paşmaklığı) veya

(43) AK. md. 103 - 104.

(44) Evkaf ve Emlâkül-Müslimin Fi. Filistin, İslâm Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi Yayınlarından, 522 sayılı Tapu Tahrir Defteri, (Tahkik ve Takdim: Muhammed İpşirli, Muhammed Davud El-Temimi) İstanbul, 1982, Z vd.

(45) İpşirli - Temimi, age. H. vd. Kunt, Metin, Sancaktan Eyâlete, İstanbul, 1978, sh. 129, Topkapı Müzesi 5246 Nolu Defter.

mülkü yahut vakfı veya mukataası olduğu yazılırdı (45[a]). Bu arazi veya şahıs, mülk veya gelir, vergiden muaf ise, niçin muaf olduğu bu husustaki fermanın kaydı düşülerek işlenirdi. Her tahrir defterinin başına, ait olduğu sancak veya eyâlete ait hususi bir kanunname varsa, o kanunun metni yazılırdı. Zira bir çok işlemler bu kanuna göre yapılırdı (45[b]).

Bu defterler «muharrir-i memâlik» denilen kâtipler tarafından tutuluyor ve arazinin defterlere tescili esnasında arazinin mahiyeti de kaydediliyordu. Defterlerin genellikle otuz yılda bir yenilendiği ve ekseriyetle fetihden sonra hemen arazinin tahririne başlandığı, Osmanlı tarihçileri tarafından kaydedilmektedir (46).

İncelediğimiz defterlerden 289 nolu defter tamamen Filistin bölgesindeki memlûk ve mevkuf araziyi bize tanıtmaktadır. Bu defterin tarihi 961 H. (1553 - 1554) dir ((47). 312 nolu defter ise 964 H. (1556 - 1557) tarihine kadar ki tahrirleri, ihtiva etmektedir. Defterin başında Kanuni'nin tuğrası mevcuttur. Defterde Safed, Nablus, Gazze'ye ait toplam 290 mevkuf ve 215 memlûk arazinin tahriri yapılmıştı (48).

Bizim için en önemli olan defterler 342 ve 346 nolu tapu defterleridir. Zira bu defterlerin ikisi de aynı devreye aittir. 342 nolu defter mevkuf ve memlûk (evkaf ve emlâk) arazinin tahririne tahsis edilmiştir. 970 H. (1562 - 1563) de tanzim edilen 342 nolu defter Kudüs Livasında 95 mevkuf 54 de memlûk arazinin tahririni ihtiva ediyor (49). Bunun yanında yine 970 H. (1562 - 1563) de tanzim edilen 346 nolu defter ise mîrî arazinin tahririne tahsis edilmiştir. O halde, mülk olup ta sahipsiz kalmasından, maliki meçhul olup da zaman aşımına uğramasından veyahut da devlete ait olmak üzere ihya edilmesinden dolayı, haraci arazi olduğu halde mîrî araziye dönüşen bazı topraklar ortaya çıkmıştır. Bu defter, Kudüs'ü Şerif de bir ova, 173 köy, 432 tarla ve hepsinin toplam 610 mîrî arazi parçası bulunduğunu bunlardan elde edilen mahsulâtından Padişaha ait haslardan 147539 akçe harac-ı mukasemesi 12845 akçe de harac-ı muvazzafı olmak üzere 160384 akçe gelir temin edildiğini, zeâmet ve tımarlardan elde edilen gelirin ise 476681 akçe olduğunu göstermektedir (50). Ayrıca defterin arasında Kudüs'teki bir mîrî arazinin kethüda

(45[a]) BVA, Tapu Tahrir Defteri, No: 342, 346, 950, 522.
(45[b]) Öztuna, age, İstanbul, 1978, c. 9, sh. 69 - 70.
(46) İpşirli - Temimi, age. H.T.Y., İnalcık, Halil, Othman Method of Conguest, Studia Islamica, II, 1954, pp. 103 - 129, Lütfi Paşa, Asıfnâme, İstanbul, 1326 sh. 24 - 25.
(47) BVA, Tapu Tahrir Def. No: 289.
(48) BVA, Tapu Tahrir Def. No: 312.
(49) BVA, Tapu Tahrir Def. No: 342.
(50) BVA, Tapu Tahrir Def. No: 346, sh. 1.

dairesinde memur olan Rüstem Çavuşa zeamet olarak verilmesini emreden bir belge bulunmaktadır (51).

342 ve 346 nolu tapu tahrir defterlerinden anlaşılıyorki 970/1562-1563 yıllarında Filistin bölgesindeki arazi ekseriyetle mülk veya vakıf araziydi. Ancak yukarda zikredilen sebeplerle mîrî arazi haline gelenler de vardı. Sayıları da hayli kabarıktı. Bundan sonraki defterlerden 427 nolu tapu defteri Kanuni devrinde (1557) hazırlanmıştır. Sadece mülk ve vakıf arazilerin tahririni ihtiva etmektedir (52). 980 tarihinde tanzim edilen ve İslâm San'at, Tarih ve Kültür Araştırma Merkezince basılan 521 nolu defter (53), 990 tarihinde tanzim edilen 602 nolu defter (54) ve nihayet 1222 tarihli ve 950 nolu defter (55) hep Şam bögesindeki ve özellikle Filistin arazisindeki mülk ve vakıf arazinin tahririni ihtiva etmektedirler. Bizim dikkatimizi çeken şudur: 970/1563 tarihli defterde vakıf sayısı 95 ve mülk sayısı 54 iken 980/1573 tarihli defterde vakıfların sayısı 90'a, mülk sayısı ise 11'e düşmüştür. O halde bu düşüşler, mîrî arazi lehine bir düşüş müdür? diye insan ister istemez şüpheye düşmektedir.

Onyedinci yüzyıla ait belgelerden bu dönemde bugünkü Ürdün devletinin tamamı, Lübnan'ın güney yarısını ve İsrail'in işgali altındaki toprakları içine alan Sayda eyâletinde 94 zeamet ve 984 tımar mevcut olduğunu öğreniyoruz. Kudüs sancak beyinin hassı 353, 485 akçe gelir getirmektedir. Bu tarihlerde Şam eyâletinin 1.000.000 akçelik beylerbeyi hassı, 128 zeâmet ve 1865 tımarı mevcuttur. Trablusşam eyâletindeki beylerbeyi hassı 786.000 akçeliktir. 63 zeâmeti, 570 tımarı, 1640 sipahisi ve bunların da yılda 5.608.400 akçe dirlikleri vardır (55[a])

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Filistin de dahil bütün Şam arazisi Osmanlıya ilhak edildiğinde hukuki statü itibariyle arazi-i haraciyeden idi. Bazı sebepler, zamanla bazı haracî arazi mîrî arazi haline geldi. Ancak ilk zamanlarda haraci arazi (mülk arazi) mîrî raziden daha çoğunluktaydı. Mîrî arazinin teşekkülüne sebep olan hâdiseler çoğaldıkça ve Şam arazisinin sahipleri el değiştirdikçe, mîrî arazinin sınırları da, genişliyordu. Osmanlı Devlet-i Aliyyesi mülk ve vakıf araziye kesinlikle karışmıyor, sadece vergisini (haracını) almakla yetiniyordu. Mîrî araziyi ise tımar zeâmet usulüyle bizzat idare ediyordu. 1700 - 1840 tarihleri arasın-

(51) BVA, Tapu Tahrir Def. No: 346, sh. 26 - 27.
(52) BVA, Tapu Tahrir Def. No: 427.
(53) İslâm Tarihi, San'at ve Kültür Araştırma Merkezi, İstanbul 1982.
(54) BVA, TTD. No: 602.
(55) BVA, TTD. No: 950.
(55[a]) Öztuna, age., 1983, c. 12, sh. 25 - 26.

da bu topraklar zaten Osmanlının elinde değildi. Tekrar buraları eline geçirince yeniden bu arazinin hukuki satüsü tayin edildi. Mülk ve vakıflara karışılmadı. Ancak mîrî arazinin de arttığı görüldü. Şunu önemle belirtelim ki Osmanlılar, Vakıf araziye kesinlikle karışmamıştır. Hatta vakıf arazi, fetih zamanında mevcut olanlardan bir şey kaybetmediği gibi bilakis sayı ve sınırları artmıştır da. Mülk arazi ise, elde delil olduğu ve mülkiyet hakkını isbat eden bir küçük karine dahi bulunduğu takdirde hürmet görmüş ve sahibinin elinde aynen bırakılmıştır. Bunun isbatını biraz sonra açıkça göreceğiz. Osmanlı arşivlerini incelemiş olan bir kimsenin, toprak mülkiyetine Osmanlı tarafından haksız ve usulsüz olarak müdahale edildiği şeklinde düşünmesi imkânsızdır.

Osmanlı devlet-i aliyyesi sahipsiz kalan araziyi (haraçlı araziyi) mîrî arazi rejimine tabi kılıp, rakabesini devlete tasarruf hakkını da icare yoluyla reâyaya verip, öşür adıyla (onda bir, sekizde bir, yedide bir, yarıya kadar) harac-ı mukasemesini, çift resmi veya tasma akçesi ismiyle harac-ı muvazzafını almıştır (56). Aslında bunlar şer'i rüsûmdandır (vergiler). Osmanlı bu şekilde arazi-i mîriyeyi meşrulaştırıp mülkiyet hakkına son derece sadık kalırken, bazı İslâm hukukçuları da meselenin münâkaşasını yapmışlardır.

Büyük hukukçu Kemal İbnül-Hümam'a göre (861/1457), Mısır topraklarından alınan vergi haraç değil, ücret yani kira bedelidir. Zira bu topraklar çiftçilerin mülkiyetinde olmayıp, rakabesi devlete attir. Buna sebep de «bu arazi sahipleri mirasçı bırakmadan öldükleri için arazinin mülkiyeti devlete (beytülmala) geçmiştir» (57).

İbnül-Kemal'in bu görüşü, Osmanlı'nın mîrî arazi anlayışı ile ayniyet arzetmektedir. Aynı hükmün Şam toprakları için de geçerli olduğunu söyleyen Hanefî hukukçuları çıkınca, özellikle İbn-ül-Hümam'a tepki olarak ve Mısır topraklarındaki vakıf ve mülk toprakların bu yolla devlete geçmesini önlemek gayesiyle, Şafiî hukukçusu İbn Hacer el-Heytemi (919/1541) ister arazinin kuru mülkiyeti devlete ait olsun, ister müslümanlara vakfedilmiş olsun, Mısır'da mevcut emlâk ve evkafın sahiplerinin elinde kalması gerektiğini, emlâk ve evkafın ellerinden alınamıyacağını ileri sürmüş ve el değiştirdiği için mevcut zilyetlere mülkiyetinin intikal ettiği bilinmeyen Şam ve Mısır arazisinin zilyedlerin elinde bırakılması lâzım geldiğini, küçük bir emârenin de mülkiyete delil teşkil edeceğini müdafaa etmiştir. Mevcut zilyetliğin mülkiyetin delili olduğunu ileri sürmüştür (58). Hemen şunu belirtelim ki Osmanlı'nın da yaptığı bu hu-

(56) Ebüssuud Ef. age., Sül. Ktp. Cr. No: 968, Vrk. 5, 6.
(57) İbn Âbidin, age., 3/256.
(58) İbn Âbidin, age., 3/256 - 258, İbn Hacer,

kukçunun iddia ettiğinden başka bir şey değildir. Bu tip arazinin, özellikle Şam arazisinin nasıl mîrî araziye çevrildiğini daha ayrıntılı olarak aşağıda göreceğiz.

Dimaşk (bugünkü Şam şehri) müftüsü Faddullah (yaklaşık hicri XI. asır) er-Rümî ise, Şam arazisinin ekseriyetinin arazi-i emîriye olduğunu, zira sahiplerinin inkırazı sebebiyle bu toprakların mülkiyetinin devlete geçtiğini, bunların zilyedlerinin elinde ariyet olarak bulunduğunu verdiği bir fetva ile pekiştirmiştir (59). Ancak Şam arazisi ile ilgili irade-i seniyyenin çıkmasından kısa bir zaman önce (1252/1836) vefat eden büyük hukukçu İbn Âbidin, bu usulün zalim hükümdarlara milletin toprak mülkiyeti hakkını zorla elinden alma fırsatını doğuracağından korkarak mes'eleyi daha ayrıntılı olarak izah etmiştir. Bu hukukçunun görüşlerini özetlemek istiyoruz :

«İbnül-Hümam'ın Mısır arazisi hakkındaki görüşünün aynen Şam arazisi hakkında da geçerli olduğunu söylemek doğru olmaz. Zira Şam arazisindeki çiftçilerin ve şu anda araziyi elinde bulunduran zilyedlerin mülkiyet hakkına sahip olmadıkları belli değildir. Vakıf araziler, kesin devlete ait olan mîrî topraklar ve mülkiyeti belli olan bazı köyler hariç durum vazıh değildir. Zilyedlik ve tasarruf hakkının mülkiyete karine teşkil edeceği muhakkaktır. Hem Şam ve Mısır arazisi haraci arazidir. Yani sahiplerinin mülküdür. Diğer mezhep imamları da bu toprakların (Şam ve Mısır) aslının müslümanlara vakıf veya rakabesinin devlete ait olacağını söylemişlerse de, mülkiyete karine olabilecek bir şeye dayanan şahısların mülkiyet iddiasının reddedilemiyeceğini kabul etmişlerdir. Hanefî mezhebine göre zaten bu topraklar haracidir ve sahiplerinin mülküdür. Nasıl olur da hiçbir delile dayanmadan sadece sahiplerinin mirasçı bırakmadan vefat etmeleriyle bu arazi zilyedlerinin elinden alınabilir? Bu durum zulme de yol açabilir. Şam ve Mısır arazisi hususunda yapılacak olan şey şudur :

Meşru yollarla beytülmala ait olduğu bilinen arazi arazi-i miriyedir. Bunlar hakkında İbnül-Hümam'ın görüşü geçerlidir. Bu tip araziden alınan vergi, tam haraç değil, belki haraç yerine geçen bir vergi (ücret) dir. Kesin olarak beytülmala kaldığı bilinmeyen arazi ise, sahiplerinin mülküdür. Bunlardan alınan vergi de haraçtır. Zira bu arazi temelde haracî arazidir.» (60)

---

(59) İbn Âbidin, age., 3/258.
(60) İbn Âbidin, age., 3/256 - 258, Damad, age., 1/663 vd., Haskefi, Dürrül-Müntekâ, c. 1, sh. 663 vd.

İbnül-Âbidin'in bu görüşü zamanında kabul görmüş ve bütün İslâm Dünyasınca iyi karşılanmıştır. Bizim için enteresan olanı Osmanlı Devlet-i Aliyyesi'nin yaklaşık 40 yıl sonra Şam arazisi hakkındaki hükmünün de tıpkı İbn Âbidin'in tavsiye ettiği şekilde tezahür etmesidir. Osmanlı bu konuda da yine şer'-i şerifden hiç bir şekilde ayrılmamıştır. Şimdi de bu kararı inceliyelim.

B) H. 1278 Tarihinden Sonraki Durum

Yapılan araştırmalar sonucu görüldü ki, Berr'üş-Şam arazisi Hz. Ömer zamanından beri harac-ı mukâsemeye tabi araziy-i haraciyedendir. Osmanlılar bu toprakları ele geçirince arazinin mevcut hukuki statüsüne karışmamışlardır. Yine haraci olma özelliğini devam ettirmiştir. Ancak bazı sebeplerle, bu arazinin hukuki statüsü zamanla mîrî arazi haline gelmeye başlamıştır. Mîrî arazinin ekseriyeti teşkil etmesi karşısında, İslâm hukukçularından bazıları toprak özel mülkiyetinin cebren gasbından korkmuşlar ve mülk olan haraci arazinin rastgele mîrî araziden addedilmesine karşı çıkmışlardır. Ancak bu karşı çıkma tarihin akışını durduramamış, arazinin sahipsiz kalmasını engelleyememiştir. Neticede Şam müftüsü Fadlullah er-Rümi bütün Şam arazisinin mîrî arazi olduğunu fetvasıyla ilan etmiştir. Bu görüşün tenkidini yapan İslâm hukukçuları ise, bu topraklarda mîrî arazinin çoğunlukta olduğunu kabullenmişler ve ancak bu arazinin tesbitinde özel mülkiyeti zedelemeyecek bir özen gösterilmesini istemişlerdir. Osmanlı tapu defterleri de bu görüşlere paralel tarihi kayıtları ihtiva etmektedir.

Şam arazisi hakkındaki fikri ve idarî muhteva bu merkezde iken, mîri arazinin tabi olacağı hukuki rejim yeni bir kodifikasyon ile tadil ve ikmal edilmiştir. Bu yeni kodifikasyon 1274/1858 tarihli Arazi Kanunname-i Hümâyûn'udur. Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra, zaten gayr-ı resmi olarak ekseriyeti mîrî arazi haline gelen Şam arazisinin resmen de bu kanunun hükümlerine tabi kılınması zorunluluğu gündeme gelmiştir.

İşte Şam arazisinin Arazi Kanununa tabi mîrî arazi olduğunu ifade eden irade-i seniyyenin sadır olmasından önce ve Sayda (Beyrut) valisinin gerekçeli yazısı üzerine Osmanlı Devlet-i Aliyyesi tamamen yerli ve arazi hakkında mütehassıs olan bir komisyon teşkil ederek, bu komisyonu Şam arazisinin hukuki statüsünü tesbit vazifesiyle görevlendirmiştir. Komisyon oniki kişiden meydana gelmiştir. Komisyonda Şam bölgesi idari ve mahalli meclisinden altı kişi, Meclis-i Vâlâ'dan bir kişi, Şam Müftüsü ve Şam bölgesinin Miralayı da bulunmaktadır. İki tane de yabancı (zımmi) komisyona tayin edilmiştir. Tam bir araştırma sonucu, özel mülkiyete tecavüz edilmemesi şartıyla bu işin yapılmasına gayret göste-

rilmiş (61) ayrıca «Arazinin hukuki statüsünün tesbitinde, mevcut senet ve belgelerin tetkiki şarttır. Hatta tarafların anlaşması bile bu konuda müsbet bir görüşe varılması için yeterli değildir.» (62) diyen Osmanlı Temyiz Mahkemesi kararına da aykırı davranılmayarak gerekli tetkikat yapılmış ve Berr'üş-Şam arazisinden öncelikle Şam ve Sayda Eyâletinde sonra da bütün Berr'üş-Şam topraklarında Komisyon raporunun ışığı altında mîrî arazi hükümlerinin tatbiki hakkında karara varılmıştır (63). Şimdi komisyonun yaptığı tesbitleri görelim sonra da alınan bu kararın idari, siyasi ve iktisadi gerekçelerini, komisyonun kurulmasına sebep olan Beyrut (Sayda) valisi Muhammed Fuad Paşa'nın yazısından öğrenelim :

Berr'üş-Şam (Suriye, Filistin, Lübnan ve Ürdün) da mevcut bütün arazinin tamamı aslında arazi-i haraciyedir. Ancak zamanaşımı ile (64) ve mâliklerinin mirasçı bırakmadan ortadan kaybolmasıyla (inkırazı ile) ekseriyeti araziy-i mîrîye haline gelmiştir. Devlet-i Aliyye tarafından bu zamana kadar, bu arazinin tasarruf cihetlerine karışılmamış ve diğer Osmanlı topraklarında yapılan ıslahat ve tanzimat (özellikle Arzi Kanunu hükümleri) burada yapılmamıştır. Şu anda Şam arazisinin durumunu dört guruba ayırarak incelemek mümkündür :

1) Özel mülkiyete konu olduğundan mülk olarak tasarruf olunan arazi. Bu arazide diğer mülk arazi hakkında geçerli olan hükümler uygulanır. Bu sebeple, Osmanlı Sipahilerine öşür veya kasm namıyla herhangi bir vergi vermezler. Sadece arazi haraciye olduğu için haracını öderler.

2) Rakabesi (kuru mülkiyeti) devlete ait olduğu halde (mîrî) yıllık gelirinden devlete ait olan veya herhangi bir vakfa tahsis edilmiş olan kısmı, yani hasılatının yarıdan onda bire (öşre) varıncaya kadar belirli bir miktarı verilen arazidir. Bu arazide senedsiz veya bir vakıf mütevellisi tarafından verilen sened ve mahkemece ita olunan hüccet ile tasarruf hakkı (meşedd-i müske) iddia edilerek tasarruf olunmaktadır. Bu çeşit arazide şer'an ve kanunen arazi-i mîriye hükümlerinin icra edilmesi gerekir (65) ise de mutasarrıfları malik muamelesi görmüşlerdir (66).

---

(61) İbn Âbidin, age., 3/258.

(62) Osmanlı Temyiz Mahkemesi'nin 12 Teşrinievvel 1309 tarihli kararı, Ceride-i Mahâkim, No: 755 sh. 11208. Dikkat edilirse bu karar İbn Âbidin'in görüşünü aynen yansıtmaktadır (Bkz. İbn Âbidin, age., 3/258).

(63) BVA, İrade, Mec. Vâlâ. No: 20714/1.

(64) Bilindiği gibi mîrî arazinin teşekkül tarzlarından biri de zamanaşımı ile arazinin sahipsiz kalması ve mâliki meçhul hale gelmesiydi. (AK. md. 2/son fıkra, 3).

3) Rakabesi devlete ait olduğu halde yıllık gelirinden devlete veya bir vakfa tahsis edilen kısmı verilerek, bir köy ahalisi tarafından topluca ekilip biçilen arazidir. Bu arazide köy ahalisi tasarruf haklarının (meşedd-i müske) bulunduğu iddiasında da değildir. Sadece müsteir hükmünde olarak araziyi ziraat ve tasarruf ederler.

4) Bir şahsın veya bir hey'etin tasarrufunda olmayıp işletilmeden terk olunan arazi (mezâri-i şemsiye) dir. Bu arazinin bir kısmı boş ve muattal olup, bir kısmı dahi civarında bulunan köylerin ahalisi tarafından ekilip biçilir. Kimse de bu arazi hakkında herhangi bir tasarruf iddiasında bulunamaz.

İşte bu dört gurup araziden birinci guruptakiler özel mülkiyete konu olan arazilerdir ve belirli arazi parçalarından ibarettir. Bunların olduğu gibi bırakılması gerekir (67). Fakat diğer üç gurupta yer alan araziler, mîrî arazi olmalarından dolayı bunlara Arazi Kanunnâme-i Hümâyûnunun ve Tapu Nizamnamesi hükümlerinin uygulanması gerekir. Şöyle ki.

Bu üç gurup araziden tasarruf hakkını isbat edecek şekilde mevcut sebep ve meşru senetlere dayanılarak tasarruf edilen araziler için sahiplerinden sadece intikal harcına benzer bir harç alınarak kanuna uygun şekilde tapu senedi verilmelidir. Tefviz edilecek arazi dahi kanun ve nizamnamenin belirlediği hükümlere ve muamelelere uygun olarak, belirli bedeller karşılığında taliplerine ihale ve tefviz edilmelidir. Bu söylenenlerin tam olarak tatbik edilmesi için, evvelemirde hükümet tarafından bölgeye yeteri kadar memur ve kâtipler tayin edilmelidir. Ancak bu memur ve kâtipler hususi bir yönetmeliğe göre hareket edeceklerdir. Bütün Şam arazisi fidan (bir yüzölçümü birimi) itibariyle tahrir edilmeli, rakabe ve tasarruf hakkı devlete ait olup da tapuya verilecek olan arazi ayrılmalıdır. Daha sonra ise, her köyün civar ve hududu dahilinde bulunan araziden ahalinin muhtaç olduğu arazi yerine ve verim gücüne göre iyi - orta - zayıf olarak taksim edilmelidir. Sonra tarafsız bilirkişilerin belirleyeceği bedel-i misilleri uygun taksitlerle halktan alınmak şartıyla ahaliye tefviz olunmalıdır. Ahalinin ihtiyaçlarından fazla kalan arazi dahi tesbit edilen bedelleri peşin olarak alınmak şartıyla açık artırma ile taliplerine ihale edilmelidir. Kanunen tasarruf hakkı sabit olan şahısların ellerinde bulunan arazi için de intikal harcı kadar bir miktar yani yüzde beş kuruş harç alınarak sahiplerine tapu senedi verilmelidir. Böylece

(65) Krş. İbn Âbidin, age., 3/256 - 258.
(66) Krş. İbn Âbidin, age., 3/256.
(67) Krş. İbn Âbidin, age., 3/258.

hali hazırda ve gelecekte hazineye külli yararlar sağlamış olacak ve arazinin tasarrufu belli bir düzene girecektir.

Zikredilen tasarının yürürlüğe girmesi irade-i seniyyenin tasvibine bağlıdır. İrade-i seniyye sâdr olduğu takdirde Şam'ın dört bir tarafına özel arazi memur ve katipleri gönderilecektir (68).

9 Cemâziyelûlâ 1276 tarihinde hazırlanarak Adliye Nezaretinin emrine sunulan bu hususi Komisyon Mazbatası, Beyrut (Sayda) Umumi Vâlisi Muhammed Fuad Paşa'nın mazbatanın gerekçelerini ifade eden hususi bir arz yazısından sonra hazırlanmıştır.

Berr'üş-Şam arazisinin mîrî arazi ahkâmına tabi kılınmasını mucip olan mazbatanın lüzumu ve irade-i seniyyeye iktirân etmesinin gereği şu şekilde açıklanmaktadır :

a) Berr'üş-Şam arazisinin tamamı zaten, aslında harac-ı mukasemeye tabi haracî arazi olsa da, şu anda sahipleri meçhul arazi durumuna geldiğinden veya sahipleri varissiz münkariz olduğundan, kendiliğinden ekserisi mîrî arazi haline gelmiştir. Buradaki araziyi işleten çiftçiler, tıpkı Rumelindeki çiftçiler gibi araziyi ekip biçmekte ve eski haraç payı ne ise onu öşür bedeli namıyla maktu olarak her sene vergileriyle beraber vermektedir. Realite bu olmakla beraber bu arazinin kesin olarak tapu ile ahalinin tasarrufuna terkedilmemesi, bu arazideki ziraat ve ma'mûriyetin ilerlemesine tabii bir engel teşkil edecektir. Var olan durum kanunen de tescil edilmelidir. Yani ahali de bu arazinin tasarrufunun kendisine ait olduğunu bilsin, ona göre gayret etsin. Bu da arazinin mîrî arazi ahkâmına tabi kılınıp Arazi Kanununa göre tasarruf haklarının kendilerine verilmesiyle mümkün olur.

b) Aslında devlete ait olduğu halde böyle ortada bırakılan araziye, onu işleten ahali önce ağaç dikmekte, sonra da mevcut ağaçları bahane ederek arazinin mülkiyetinin kendilerine ait olduğunu iddia etmektedir. Böylece devlete ait olan arazi rastgele fırsatçılara temlik olunmuş olmaktadır. Bunu engellemek için mîrîye ait araziye ağaç dikme yasağı getirilmiştir, ama bu da arazinin harabiyetine sebep olmuştur. Ayrıca mevcut araziler her köyün mevcut olan ahalisinin ihtiyacından fazladır. Bu nedenle çoğu arazi muattal bırakılmaktadır. Halbuki özel mülkiyete konu olan Cebel-i Lübnandaki bazı araziler taşlık olduğu halde hem gelir hem de ağaçlandırma yönünden günden güne alabildiğine bir ilerle-

(68) Berr'üş-Şam Arazisi Hakkında Arazi-i Mîriye Ahkâmının Tatbiki Hakkındaki Hususi Komisyon Mazbatası, 9 Cemâziyelûla 1278/1871, BVA, İMV, No: 20714/1.

me kaydederken, yanı başında bulunan ve verimlilik itibariyle bütün alemde meşhur olan Bika, Ba'lebek, Hama ve Humus gibi şehirlerin arazileri kendilerinden beklenen gelirin yüzde birini getiremediği üzüntüyle müşahade olunmaktadır. Halbuki bu arazi diğer arazi-i mîrîye gibi yine rakabesi devlete ait olmak üzere Kanunname-i Hümayun gereği, mevcut ahalinin ziraatine yetecek kadar uygun bir tapu bedeli ile ahaliye verilse, fazlası dahi açık artırma ile yine yerli veya komşu ahaliden zuhur ederek taliplerine tapu karşılığı tefviz edilse devlet ve millet için daha yararlı olacaktır. Böylece elde en azından yirmibeş - otuzbin kese olacağı tahmin edilmektedir.

c) Arazinin veriminin artırılması maliyemizin de yükünü hafifletecektir. Zira uzun zamandır gelir - gider dengesini kaybeden Şam Eyâlet Hazinesi böylece devlet için büyük yük teşkil eden borçlarını tesviye edecek ve Devlet-i Aliyyenin bütün memlekette girişmiş olduğu ıslahat bu eyâlet için gerçekleşmiş olacaktır.

d) Komisyon mazbatası başta Şevketlü Müşir Paşa ve Şam Valisi olmak üzere ehliyetli ve araziyi tanıyan dirayetli kimselerden oluştuğundan, alınacak karar yerli yerince tatbik edildiği takdirde bunda ahali de memnun kalacaktır. Eskiden alınan vergilerin ve öşür bedellerinin esasına dokunulmayacaktır. Zaten bu arazide her bir köy ve nahiyenin yıllık öşür bedeli ötedenberi maktu olarak alınmakta olduğundan öşürlerin yeni usule göre tahsili zaten buralarda da yürürlüktedir. Böylece arazinin tefvizi meselesi mevcut idareye ve gelirlere zarar vermeyecektir. Ayrıca ahali artık arazide kendine ait tapu ile tasarruf edeceğinden, arazinin mamûr olmasına daha çok çalışacaklar ve ma'mûriyet arttıkça vergi gelirleri dahi artacaktır.

e) Şam bölgesindeki köylerin bazısı müruruzamanla harap olmuş ve geride kalan ahalisi dahi diğer köylere dağılmış bulunmaktadır. Yok olan bu köylerin vergisi bugün defterde mezkür köylerin namına kayıtlıdır. Ahalisi olmayan bu köylerin vergi yükleri her sene bekâyâya kalmaktadır. Yeni bir tadile gidildiğinde her yıl bekâyâya kaldığı zannedilen beş - altıbin kese diğerlerine de yük olmayacaktır. Böylece yeni rejime göre arazinin tahriri, verginin tadili için de bir vesile olmuş olur. Hem böylece boş ve muattal arazi de kalmamış olur (69).

14 Cemâziyelûla 1277 tarihinde ilgili bakanlığa gönderilen ve Şam Arazisinin araziy-i mîrîye haline gelmesine ait isteği ve bu isteğin gerekçelerini ihtiva eden Beyrut (Sayda) Valisi Muhammed Fuad Paşa'nın yazısı ve bunun üzerine teşkil olunan hususi Komisyonun 9 Cemaziyelûlâ

(69) BVA, İMV, No: 20714/2.

1278 tarihli Mazbatasından (70) sonra, ilgili bakanlık bu meseleyi Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliyeye sevketmiştir. Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye Komisyon mazbatasını Daire-i Kavânin ve Nizamat'a havale etmiştir. Burada Komisyon mazbatası okunmuş, mazbatadaki tesbitler ve Muhammed Fuad Paşa'nın arzettiği gerekçeler yerinde bulunarak hazırlanan 8 Recep 1278 tarihli Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye Mazbatası (71) Sadaret makamına arzedilmiştir. Sadaret dahi 17 Recep 1278 tarihli tezkere yazısıyla (72) meseleyi irade-i seniyyenin tasvibine arzetmiştir. Devlet-i Aliyyenin Şevketlü Pâdişahının Sadaretin tezkeresini tasvip ettiğini ifade eden 18 Recep 1278/1871 tarihli irade-i seniyye-i aliyyesi (73) ise Mâbeyn-i Hümayün Başkatipliğince hazırlanan tebliğ tezkeresiyle sadarete bildirilmiştir.

Böylece 18 Recep 1278 tarihli irade-i seniyye ile ilk etapta bugünkü Suriye topraklarının çoğunu içine alan Şam Eyâleti ile yine bugünkü Ürdün Devletinin tamamına yakınını, Lübnan'ın güney yarısını (Beyrut dahil), Sina hariç ve Gazze dahil İsrail işgali altındaki Filistin topraklarını içine alan Sayda Eyâletinde (73[a]) tatbik edilmek üzere, bütün Şam arazisinin Arazi-i Mîrîye hükmünde olduğundan Arazi Kanunname-i Hümâyünü ve Tapu Nizamnamesi hükümlerine tabi olacağı kesinleşmiştir. Ancak Komisyon mazbatasında da görüldüğü gibi, mülk ve vakıf araziler kendi statülerinde devam edeceklerdir. 1278 tarihinden sonra tutulan Tapu Tahrir defterleri de mülk ve vakıf arazinin bu arazinin yaklaşık %20 sini teşkil ettiğini göstermektedir. Arazinin ferağı ve tefvîzi konusundaki Şurây-ı Devlet Kararları da bu tesbitlerimizi tasdik etmektedir. Bir Şuray-ı Devlet Kararında 1289'larda Kudüs-i Şerif Defter-i Hâkânî memuru Hasan Zihni Efendi olduğu ve bu arazilerin uzun zamandanberi (1278 den itibaren) Arazi Kanunname-i Hümayunun hükümlerine tabi bulunduğu açıkça ifade edilmektedir. Bu ve benzeri kararları o zaman neşredilen resmi yayın organlarında da görmek mümkündür (74).

V — YAHUDİLER'E KARŞI ALINAN TEDBİRLER

Osmanlı Devleti, Filistin Arazisini devlet arazisi haline getirmekle yetinmemiştir. Özellikle II. Abdülhamit döneminde, Yahudilerin bu top-

(70) BVA, İMV, No: 20714/1, 2.
(71) BVA, İMV, No: 20714/3, Daire-i Kavanin ve Nizâmüt, Sayı: 61.
(72) BVA, İMV, No: 20714/3, 4.
(73) BVA, İMV, No: 20714/3, 4.
(73[a]) Öztuna, age., c. 12, sh. 25 (1983 baskısı), BVA, İMV, Belge No: 20714 (1 - 4).
(74) 4 Temmuz 1295 tarihli Şuray-ı Devlet Kararı, Karakoç, Serkiz Tahşiyeli Kâvânin, c. 2, sh. 301 - 303.

raklara yerleşme arzusuna karşı bazı hukukî tedbirler almıştır. Bu hukukî düzenlemelerden de bahsetmek, araştırmanın tamamlanabilmesi için şarttır.

18 Recep 1278/1871 tarihli İrade-i Seniyye ile Filistin Arazisi mirî arazi statüsüne tabi tutulmakla beraber, Filistin toprakları içinde bazı mülk ve vakıf arazi de mevcuttu. Bunları mâlikleri yahut mütevellileri, yüksek bedellerle Yahudilere satabilirlerdi. Ayrıca Yahudiler Araziye ait kanunun boşluklarından da yararlanabilirlerdi. İşte bu mahzurları ortadan kaldırabilmek için bazı önemli tedbirler alındı. Bunları kısaca özetleyelim :

1) İkinci Abdülhamit tahta geçer geçmez 25 Rebiülâhir 1300/1883 tarihli Tebdil-i Tabiiyyet Eden Eşhas Uhdelerinde Olan Arazi-i Miriye Ve Vakfiye Ve Müsakkafât-ı Vakfiye Hakkında Olunacak Muameleye dair bir İrade-i Seniyye (75) neşretti. Bu hukukî düzenleme ile Filistin Arazisi hakkındaki muhtemel boşlukları doldurdu ve Yahudilere mülk satışını dolaylı olarak engellemiş oldu (75[a]).

2) Alınan tedbirlere rağmen Filistin arazisine olan Yahudi akını tam önlenemeyince II. Abdülhamit Sadaret'in ve Meclis-i Mahsus'un basiretsiz ve ileriyi göremeyen rapor ve mazbatalarına rağmen Yahudi meselesini önemli ölçüde çözecek bir İrade-i Seniyye neşretmiştir. Bu İrade-i Seniyye'yi aynen nakledecek ve kısa bir tahlilini yapacağız.

İçlerinde Ahmet Cevdet Paşa'nın da bulunduğu Sadr-ı A'zam Muhammed Sâlih Kâmil Paşa başkanlığındaki Meclis-i Mahsus, Filistin topraklarındaki Safed kazasına turist olarak gelen 400 ve Sayda'ya gelen 40 Yahudi'nin Osmanlı tâbiyyetine alınması yolundaki mazbatalarını 20 Zilhicce 1308/14 Temmuz 1307/1891 tarihinde Sadarete arzederler (75[b]). Sadâret de bu mazbatayı aynı tarihli ve Kâmil Paşa imzalı bir Tezkere ile Padişah'a takdim eder (75[c]). Padişah Abdülhamit ise fevkalâde bir basiret ve ileri görüşlülükle konuyu şu iradesiyle vuzuha kavuşturur:

«YILDIZ SARAY-I HÜMÂYÛNU
BAŞ KİTÂBET DÂİRESİ

Beyrut Vilâyeti dahilinde Safed Kasabasında bulunan ve Sayda'ya gelen 440 (Dörtyüzkırk) ecnebi Musevî'nin istid'aları vechile tâbiiyyet-i

(75) BVA, İrade, No: 3356.
(75[a]) Öke, 139 vd.
(75[b]) BVA, İrade, 5276.
(75[c]) BVA, İrade, 5276.

Devlet-i Aliyye'ye kabulleri istîzanını hâvi resîde-i dest-i ta'zim olan 20 Zilhicce 1308 tarihli Tezkere-i Sâmiye-i Sadâretpenâhîleri manzûr-ı âlî oldu. Musevî'lerin Kudüs civarında ictima' ve iskân etmeleri, ileride orada bir Musevî hükümeti teşekkülünü intac edebileceği mülâbesesiyle kat'â câiz olmadıktan başka; zaten Memâlik-i Şâhâne arâzi-i hâliyeden ma'dud olmadığına ve medeni Avrupa'lıların memleketlerinden tardettikleri eşhâsın Memâlik-i Şâhâneye kabulüne bir sebep olmayıp, hususuyla ortada bir Ermeni fesadı mevcut iken, bu suret aslâ câiz olamayacağına nazaran; ne merkûmenin ne de sâir Musevîlerin kabul olunmayarak Amerika'da iskân etmek üzere geri gönderilmeleri zımnında ba'demâ ayrı ayrı ma'rûzâta hâcet kalmayacak surette Meclis-i Vükelâca umumi bir karar ittihazıyla bâ-mazbata arz ve istîzran-ı keyfiyet olunması muktezây-ı irade-i seniyye-i Cenab-ı Hilâfetpenâhî'den bulunmuş ve binâenaleyh Tezkere-i Sâmiye-i Vekâletpenâhileri takımıyla iade edilmiş olduğundan olbabda emir ve ferman Hazret-i Men Lehül-emrindir.

21 Zilhicce 1308/15 Temmuz 1307
(1891)
Serkâtib-i Hazret-i Şehriyarî
Süreyyâ» (75[d])

Bu tarihî belgede, Filistin topraklarına yerleşmek isteyen Yahudilere şu gerekçelerle karşı çıkıldığı anlaşılmaktadır:

a) Yahudilerin Kudüs başta olmak üzere Filistin topraklarına toplanmaları ve orada yerleşmek istemeleri, bir Yahudi Devleti kurma amacını gütmektedir. Buna engel olmak kesinlikle şarttır. Zaman Osmanlı Devletini ve onun basiretli Padişahını haklı çıkarmıştır.

b) Osmanlı toprakları her isteyenin yerleşebileceği boş topraklar değildir. Ya özel mülkiyet konusudur, ya vakıf arazidir, ya da devlet arazisidir. 1278 tarihli İrade bu noktadan önem taşımaktadır.

c) Kendilerini bütün aleme medeni milletler olarak ilan eden Avrupalıların memleketlerinden kovdukları Yahudileri Osmanlı ülkesine almanın haklı bir gerekçesi ve manası yoktur. Hiçbir hukuk kâidesi ve insanlık da bunu gerektirmez.

d) Osmanlı ülkesinde asırlar boyu gözetlenen Ermeniler, Devletin başına belâ olmuştur. Ortada bir Ermeni fesadı varken, bir de Yahudileri kabul etmek devletin geleceği açısından tehlikelidir. Gerçekten I. Dünya Savaşı ve onu takip eden tarihlerde Yahudiler, en az Ermeniler kadar fesada sebep olmuşlar ve II. Abdülhamid'i bu sözünde haklı çıkarmışlardır.

(75[d]) BVA, İrade, No: 5276.

Bütün bu sebeplerle artık hiçbir Musevi Osmanlı vatandaşlığına alınmayacak ve Yahudilerin Osmanlı ülkesinde yerleşmelerine asla müsaade edilmeyecektir.

3) II. Abdülhamit bununla da yetinmeyerek başta Filistin toprakları olmak üzere bütün Osmanlı Devleti topraklarında Yahudilere toprak ve mülk satışını yasaklamıştır.

4) İttihat ve Terakki Hükümeti tarafından çok zor anlaşılan II. Abdülhamid'in haklı siyaseti kısmen devam ettirilerek, 29 Şevval 1332/7 Eylül 1330 tarihinde (1911 tarihinde), tebea-i ecnebiyenin Arazi Kanunu'nun hakk-ı karar ve ihyay-ı mevatı (ölü toprakların ihyası)na ait 78. ve 103. cü maddeleri hükümlerinden yararlanamamalarına dair Şûrây-ı Devlet Kararı yayınlanmıştır. Böylece Yahudilerin bu yolla da olsa Filistin topraklarına sızmaları engellenmek istenmiştir (75[e]).

VI — SONUÇ

Yapılan incelemeler sonucu görülmüştür ki, Ürdün ve Filistin toprakları Osmanlılar zamanında Berr'üş-Şam diye adlandırılan bölgede yer alıyordu. İdari olarak da buralar sancaklar veya eyâletler halinde Şam'a bağlıydı. Özellikle 1876 da yapılan idari tadilâta kadar Şam, Filistin ve Ürdün şehirlerinin idari, siyasi ve mali merkeziydi.

İslam hukuku kitaplarında da Arz'üş-Şam diye anılan bu bölgenin hukuki statüsü harac-ı mukasemeye tabi haraci arazi olarak bizzat Hz. Ömer'in teklifi ve bütün sahabelerin icmaı ile tesbit edilmişti. 922/1517 de Osmanlılara geçince yine aynı statüde bırakıldı. Ancak yine şer'i olan iki sebepten dolayı (mâliklerinin meçhuliyeti ve varissiz ölmeleri) Osmanlıların şer'i - şerife uygun olarak geliştirdikleri mîrî arazi rejimi bu araziye de uygulanmaya başlandı. 970'lerde tanzim olunan bir tapu defteri bu bölgede mevcut olan mîrî araziye ayrıldı. Gittikçe mîrî arazinin sınırları genişledi. Nihayet H. XI. asırda Şam Müftüsü, Şam bölgesindeki toprakların mîrî arazi olduğunu ileri sürdü. Buna karşı çıkanlar olduysa da, tarihin değişmesi ve hâdiselerin gelişmesi mîrî arazi rejiminin lehine oldu. Nihayet İslâm hukukçuları da, özel mülkiyete tecavüz edilmeden devletin arazisine sahip çıkması gerektiği fikrine geldi. Bu arada 1274 tarihli AK.da mîrî araziyi tam olarak düzenlemişti. Bu kanundan tam dört yıl sonra, yerli ve ehliyetli kişilerce hazırlanan mazbataya dayanılarak, kimsenin mülkiyet hakkına

(75[e]) Karakoç, Serkiz, Tahşiyeli Kavanin, I/270 - 271.

dokunulmadan bütün Şam arazisi AK. ve Tapu Nizamnamesine tabi mîrî arazi olarak tanzim edilmiştir. Bu kanundan tam dört yıl sonra bu arazinin arazi-i mîrîye olduğu 18 Recep 1278/1871 tarihli irade-i seniyye ile de tescil edildi.

Osmanlı devletinin bu toprakları ve özellikle Filistin arazisini arazi-i mîrîye statüsüne getirmesi, birçok idari ve siyasi yararların gerçekleşmesini amaçlıyordu. Başta buraya sızmaya çalışan Yahudilerin engellenmesi için bu toprakların hukuki statüsünün mîrî arazi şeklinde olması bir nimetti. Maalesef Filistin topraklarının ancak %80'i mîrî arazi; %20'si mülk (haraci) arazi statüsünde idi. Yahudiler bu %20'lik mülk araziden satın aldıklarına yerleşebiliyorlardı. Mülk arazinin alım ve satımı devletin gözetiminden kaçabiliyordu. Yerli toprak sahipleri satmayı kabul ettiği müddetçe Bab-ı Âli siyonistlerin Filistin'deki toprak alışverişine müdahale edemiyordu. Bu husus II. Abdülhamid'in gözünden kaçmamış ve daha siyonistler bu boşluktan yararlanmadan hazine-i hâssadaki şahsi servetiyle Filistin'de mümkün olduğu kadar çok toprak satın alarak bu kapıyı kapatmıştır (76).

Mîrî arazi statüsünde olan %80'ne gelince, Filistin'e yerleşmek isteyen Yahudilerin önderi Dr. Theodor Herzl bunlardan da kendilerine pay koparmak için Devlet-i Aliyyenin Padişahı II. Abdülhamid'e başvurdu ve ondan şu cevabı aldı :

«Ben bir karış dahi olsa toprak satmam, zira bu vatan bana değil Osmanlı milletine aittir. Milletim bu toprakları kanlarını dökerek kazanmışlar ve yine kanlarıyla mahsuldar kılmışlardır. O bizden ayrılıp uzaklaşmadan tekrar kanlarımızla örteriz. Ne ile aldıysak onunla geri veririz. Benim Suriye ve Filistin alaylarımın efradı birer birer Plevne'de şehit düşmüşlerdir. Ben onun hiçbir parçasını satmam. Bırakalım Yahudiler milyarlarını saklasınlar. Benim devletim yıkılırsa, maalesef Filistin'i karşılıksız ele geçirebilirler. Fakat biz sağken bu devlet ayaktayken, sadece bizim cesetlerimiz taksim edilebilir. Ben canlı bir beden üzerinde ameliyat yapılmasına müsaade edemem.» (77) Selânik'te sürgünde olan Padişah yine aynı endişeleri dile getiriyordu :

«Yahudilerin bizim memleketimizde bir maksatları vardır. Kudüs ve Yafa'yı satın almak istiyorlar.» (78) «Siyonistlerin şefi olan Herzl fikirleriyle beni ikna edemez. Siyonistler Filistin'de yalnız ziraat yapmak değil, orada hükümet kurmak, siyasi temsilcilerini seçmek gibi şeyler istiyorlar. Bu haris tasavvurlarının manasını, gayet iyi anlıyorum. Lâkin siyo-

(76) Öke, age., sh. 141 - 142.
(77) Öke, age., sh. 76 vd.
(78) Öke, age., sh. 85 vd.

nistler bu teşebbüslerini kabul edeceğimi zannetmekle saflık ediyorlar. Devletimiz dahilindeki yahudilere ne kadar kıymet veriyorsam, Filistin'e dair kurdukları tasavvurlara da o kadar düşmanım.» (79)

Osmanlı bu toprakları AK.na tabi kılmakla buraya talip olan yahudilerin karşısına da devlet olarak dikilmişti. Bu yüzden AK.nun yahudilere açık bıraktığı kapılar, daha sonra yayınlanan hukuki düzenlemelerle engellenmiştir (80).

Hülâsa Filistin'i devlet garantisi ile koruyan Osmanlı devleti, ittihad ve terakki iktidarı ile zayıflayınca Filistin davası da zayıfladı. Osmanlı Devlet-i Aliyyesi yıkılınca Filistin davası da yıkıldı ve yahudiler maalesef emellerine kavuştular. İslâm Dünyası'nın kendilerini birbirine bağlayan manevi bağları yeniden canlandırıp biraraya gelmesi ve Türk milletinin kendilerine hizmetini layıkıyla tanımasıyle Filistin davası beklenen haklı çözüme kavuşmak için önemli bir mesafe katetmiş olacaktır.

(79) Sultan Abdülhamit, Siyasî Hâtırâtım, İstanbul, sh. 76 - 77, Öke, age., sh. 97.
(80) Öke, age., sh. 139 vd.; BVA, İrade, No: 3356; 5276; Karakoç, I/270 - 271.

BELGE NO : 1

Huzur-u Fehâmet-Nüşûr-i Hazret-i Vekâletpenâhîye,

Ma'rûz-u Çakir-Kemîneleridir ki,

Alel-umum Berrüş-Şam taraflarında ve bilhssa Şam eyaletinde bulunan kâffe-i arazi harac-ı mukasemeye merbut iken mürur-u ezman ile ashabı münkariz olarak arazi-i mezkûrenin külliyetlüsi doğrudan doğruya canib-i mîrîye kalmış ve elyevm ahali-i mevcude bu arazide Rumeli canibindeki çiftliklerin zürrâı bulunan ahali gibi ziraat etmekte ve kasm-i harac-ı kadîm her ne ise onu bedel-i öşür namıyla maktu' olarak beher sene vergileriyle beraber vermekte bulunmuş olup, ancak arazi-i mezkûre ahalinin taht-ı tasarrufunda bulunmaması ziraat ve ma'mûriyetinin ilerlemesine mani-i tabiî olduğu gibi bu makule araziye ahali tarafından gars-ı eşcar olunsa ilerde temellük iddiasına sebebiyet vermekte olduğundan gars-i eşcar maddesi dahi vaktiyle men' edilmiş olduğundan ve arazi-i mevcude ise her karyenin ahali-i mevcudesinin ziraatına derece-i kifayeden pek çok ziyade idüğünden ekser arazi muattal kalmakta olduğuna ve halbuki bervech-i mülkiyet ahalinin yed-i tasarrufunda bulunan Cebel-i Lübnan arazisi taşlık yerler iken eşcâr ve mahsulat-ı mütenevvia cihetinden günden güne kesb-i terakki ve ma'mûriyet etmekte olduğu halde yanı başında bulunan ve feyz ü bereketçe şöhret-i alemgîr olan Bika', Ba'lebek ve Hama ve Humus ovaları hasıl edebilecekleri şeyin öşr-ü mi'şârını vücuda getiremediği maat-teessür müşahede olunduğuna binaen arazi-i mezkûrenin sair arazi-i emîriye gibi yine rakabesi beytülmalda olmak üzere Kanunname-i Hümâyûn mûcibince mutavattın olan ahalinin ziraatine kâfi olacak miktarı bir mutedil tapu ile ahaliye verilip fazlası dahi alenen bil-müzâyede yine yerlisinden ve civar ahalisinden zuhur edecek taliplerine ahkâm-ı kanuna tevfîkan ba-tapu tefvîz olunur ise külliyetli akçe hasıl olacağı ve yalnız Şam Eyaletinde pek mübalağa ediliyor ise de hiç olmaz ise yirmi beş-otuz bin kese ele geçeceği kaviyyen me'mûl olunup bu hal hasıl olduğu takdirde Şam Eyaleti hazinesinin bir müddetten berû harabiyetine sebep olup elyevm esbab-ı tesviye ve ıslahdan memurîni nâ-ümid etmekte olan güzeştelû düyûn-ı vâfiresine verilerek bununla eyalet bir hayli bargirânın altından kalkıp Hazine-i Celîle hasârât-ı külliyeden kurtuluş olacağı gibi arazi-i mezkûrenin ferağ ve intikalâtından âtîde dahi daimî bir nef' hasıl olarak ve bundan başka ahali ve memleket ve ma'mûriyetçe fevâidi- mütenevviayı ve bihasebil-ma'-

mûriye hazinei- celilece âtî için dahi menâfi-i külliyeyi mûcip olacağından saye-i muvaffakıyetvâye-i Hazret-i Şahanede bu havalice husul ve takririne çalışılmakta olan cümle ıslahattan bir başlıcası dahi bu arazinin ıslah-ı kâide-i tasarrufiyesi addolunarak ilerde Sayda Eyaletinin arazisi maddesine başkaca bakılmak üzere evvel emirde Şam ciheti mevki-i mütalaaya konularak bunun için Şevketlû Müşir Paşa ve Şam Valisi hazerâtiyle memurîn-i mahsusa rüfekasından ve Eyalet memuriyetinden mürekkep olarak teşkil olunan bir Komisyonda birlikte müzakere-i maslahat ile arazi-i mezkurenin enva' ve ahvalini ve ol babda tasavvur olunan sureti havi yapılan mazbata leffen takdim-i huzur-u mekârim-nüşûr-i Cenab-i Vekâletpenâhîleri kılındı. İşbu arazinin bâlâda beyan olunduğu üzere lüzum u miktarının ahali-i kurâya ve fazlasının sair talibine tapu ile fürûhatı gerek vergiy-i kadîmin ve gerek bedelât-ı öşriyyenin esasına dokunmayıp çünkü saye-i adaletvâye-i Cenab-i Padişahîde gün be gün ilerlemekte olan ıslâhât-ı umumiye cümlesinden olarak Memâlik-i Mahrûsa-i Şahânenin mahâll-i malumesinde bedelât-ı öşriyyenin bit-tadil maktu' vechile ahali uhdesine tefvîz ile tahsili sureti icra buyurulmakta olduğu gibi burada dahi her bir karye ve nahiyenin bedel-i öşr-i senevîsi ötedenberi maktuan alınmakta olmasıyla a'şârın suret-i mutbaka-i cedîde vechile iradesi burada elyevm tabiatıyla cereyan etmekte olduğu cihetle şu tefvîz-i arazi maddesinin vâridat-ı hazıraya halel vermeyeceği gibi vergiy-i kadîmce dahi bir gûne mahzuru olmadıktan başka ahalinin mutasarrıf olacakları arazinin ma'mûriyetine ne vechile çalışacakları ve ma'mûriyet tezâyüd ettikçe verginin dahi ilerleyeceği emr-i müsellem olmasıyla suret-i ma'rûzanın icrasında her türlü fevâid ve muhsenat mahsûs olup eğerçi icraatına teşebbüs olunması dahi bu baba müteallık buyurulacak irade-i seniyyenin sahife-pîrây-ı sudur olmasına mütevakkıf idüğünden şimdiden bir şey yapılmak lazım gelmeyeceği derkâr ise de bu maddenin icrasına esas olacak tahrir maddesi nasıl olsa faideli ve mazbûtiyeti mûcip bir şey olduğuna ve bununla beraber Şam Eyaleti dahilinde bulunan karyelerin birazı mürur-u ezman ile harap olmuş ve bakiyye-i ahalisi dahi diğer karyelere dağılmış olduğundan bu makule madum olan karyelerin vergisi elyevm defterde karyelerin namına mukayyed olarak ahalisinin mefkudiyeti cihetiyle bekaya kalmakta olmasıyla ve bu cihetle eyalet içinde bir tadil yapılır ise beher sene bekâyâ denilmekte olan beş-altı bin kesenin diğerlerine bâr olmayacak suretle yerleştirilmesi kâbil görünüp bu dahi elde olan mütalaâttan bulunmasıyla şu tahrir maddesi buna dahi sühûlet vereceğine binaen hem vergi için sermaye-i tadil olur ve hem de arazi-i mezkûrenin vechi meşrûh üzere ba-tapu tefvîzine irade-i seniyye-i Hazret-i Şehriyârî şeref-sudur buyurulduğu halde buraca icraâtın mukaddemât-ı mahsusası

evvelce istihsal edilmek üzere mazbata-i mezkûrede gösterildiği vechile eyalet-i merkûme emlâkinin şahıs üzerine olmayarak yani her bir karye ve nevâhî dahilinde bulunan emlâk bu havalinin miktar-ı itibarîsi üzere kaç fidandır ve kurâ ahalisi tarafından ne miktarı ziraat olunup ne kadarı fazladır bu yolda tahririne müteaddit memurlar tayiniyle teşebbüs ettirilmiş olduğu muhat-ı ilm-i âlem-ârây-ı vekâletpenâhîleri buyurulduk-ta olbabda şerefsudur buyurulacak irade-i aliyye-i Sadaretpenâhîlerinin emir ve iş'arına müsaade-i maâli-i âliye-i âsıfâneleri sezâvâr buyurulmak babında emir ve ferman Hazret-i Menlehül-emrindir.

Beyrut, 14 Cemâziyelûlâ 1277
Muhammed Fuad
İmza

(Başvekâlet Arşivi, İrade, Meclis-i Vâlâ, Vesika No: 20714/2)

BELGE NO : 2

BERRÜŞ-ŞAM ARAZİSİ HAKKINDA MAHALLÎ KOMİSYON MAZBATASI

Pîşgâh-ı Fehâmet-iktinâh-ı Hazret-i Nezaretpenâhîye,

Şam ve Sayda Eyaletinde kâin arazinin kâffesi fil-asl arazi-i haraciye olduğu halde mürur-u ezmine ve mutasarrıflarının inkırazı cihetiyle cümlesi arazi-i mîriye hükmünü iktisap etmiş iken canib-i hükümetten bu arazinin cihât-ı tasarrufiyesine sarf-ı enzar-ı ehemmiyet ve itina olunmamasından ve hususiyle buraların ahval-i malumesi şimdiye kadar usul-i ıslahiye ve tanzimiye tahtına konulmamasından dolayı arazi-i mezkûrenin suver-i tasarrufiyesi esasen dört nev'e münhasır olup;

Nev'-i Evvel, ber-vech-i mülkiyet tasarruf olunan arazidir ki bu arazide emlâk-i saire hakkında cereyan eden muamele cari olarak mutasarrıfları tarafından canib-i mîrîye kasm ve öşür namiyle bir şey verilmeyip harac-ı arz gibi bir miktar vergi ita olunmaktadır.

İkinci Nevi, rakabesi mîrînin olduğu halde hâsılât-ı seneviyesinden doğrudan doğruya ait olan veyahut bir vakfa tahsis kılınan kısmı yani hasılât-ı vakıanın nısfından öşre varıncaya kadar hisse-i muayyenesi ita kılınan arazidir ki, bu arazide bila-senet veyahut bir mütevelli-i vakf tarafından verilen senet veya mahkemeden ita olunan hüccet ile meşedd-i müske yani hukuk-u tasarrufiye iddia olunarak tasarruf olunmaktadır.

Bu makule arazide şer'an ve kanunen arazi-i mîriye ahkâmı icra olunmak lazım gelir ise de mutasarrıfları beynlerinde bazan mülkiyet muamelesi icra etmektedir.

Üçüncü Nevi, Rakabesi mîrînin olduğu halde mahsulât-ı seneviyesinden canib-i mîrîye ait olan veyahut bir vakfa tahsis kılınan kısmı ita olunarak bir karye ahalisi tarafından hey'etçe ziraat olunan arazidir ki, bu arazide ahali-i karye meşedd-i müske iddiasında olmayıp yalnız müsteîr hükmünde olarak efrâd-ı zürrâ' beynlerinde bu araziyi ziraat ve tasarruf ederler.

Dördüncü Nev'i, bir şahsın veya bir hey'etin uhde-i tasarrufunda olmayıp mezâri-i şemsiye tabir olunan arazidir ki, bu arazinin bazısı hâlî ve muattal olup bazısı dahi civarında bulunan kurâ ahalisi tarafından ziraat olunur. Ve bir kimse bu arazide hakk-ı tasarruf iddia etmez.

Bu dört nevi araziden nev-i evvel yani sırf mülkiyet vechile tasarruf olunan arazi pek az ve kıtaât-ı malumeden ibaret olarak bunun hali üzere ibka olunması lazım gelir. Fakat bundan başka bâlâda zikrolunan üç nevi arazi-i mîriye olmak mülâbesesiyle bunlara Kanunname-i Hümâyunun ve Tapu Nizamnamesinin ahkâmı icra olunmak iktiza eder. Şöyle ki: Şu üç nevi araziden hukuk-u tasarrufiyeyi isbat edecek surette esbab ve senedât-ı sahihaya istinaden tasarruf olunan arazi için sahiplerine yalnız harc-ı intikal misillû harç alınarak nizamına tevfîkan tapu senedi verilmesi ve müstahakk-ı tefvîz olan arazi dahi nizam ve kanunun tayin eylediği ahkâm ve muamelâta tatbîkan bedelât-ı malume ile taliplerine ihale ve tefvîz kılınması iktiza eylediğine ve bunun suver-i icrâiyyesini meydana koymak için evvel emirde canib-i hükûmetten taraf memur ve kâtipler tayin olunarak ve yedlerine talimat-ı mahsusa verilerek kâffe-i arazi fidan itibariyle tahrir ve rakabe ve hakk-ı tasarrufu taraf-ı mîrîye ait olup müstahakk-ı tapu olan arazi tefrîk olunduktan sonra da her karyenin civar ve hududu dahilinde bulunan araziden ahalinin muhtaç olduğu arazi rağabât-ı mevkiiyye ve kuvve-i nâbitesine göre a'lâ ve evsat ve ednâ itibar olunarak bî-garaz erbab-ı vukûfun tayin edeceği bedelât-ı misliye tekâsît-i münasibe ile istîfâ edilmek şartıyla ahaliye tefvîz olunmak ve ahalinin derece-i ihtiyaçlarından fazla kalan arazi dahi bedelât-ı mukarreresi peşin olarak alınmak üzere bil-müzâyede taliplerine ihale kılınmak ve kanunen hukuk-u tasarrufiyesi sabit olan eşhâsın yedlerinde bulunan arazi için dahi harc-ı intikal miktarı yani yüzde beş kuruş harç alınarak sahiplerine tapu senedi verilmek hazinece halen ve istikbalen menâfi-i külliyeyi dâî ve arazinin cihât-ı tasarrufiyesinde mazbûtiyet-i muntazamanın husûlüne bâdî olacağına binaen mütalaât-ı meşrûha karîn-i tasvîb-i âli-i Hazret-i Nezaretpenâhîleri olarak heman icra-

âtına teşebbüs olunması muktezay-ı irade-i aliyye-i efhamînlerinden olmasıyla şimdiden Şam'ın nevâhi-i erbaasına talimat-ı mahsusa ile memur ve kâtipler tayin ve irsal kılınmış olmakla her halde emir ve ferman Hazret-i Men lehül-emrindir.

9 Cemâziyelûlâ 1278

Arabistan Miralayı
(Okunamadı)

Muhasib-i Şam
Es-Seyyid Muhammed
Hâzim

Müfti-i Şam
Ahmed Hâlid

Azay-ı Meclis-i Vâlây-ı Adliye
Es-Seyyid Muhammed Rüşdü

Muhâsib-i Fevkalâde
Muhammed Reşîd

Müfettiş-i Şam
Muhammed Emin

An A'zay-ı Meclis-i Mahallî
Muhammed Şâkir

An A'zay-ı Meclis-i Mahallî
Muhammed Şerif

Kâdib-i Meclis-i Mahallî
Şiblî

Anton-ı Şamî
(Yabancı)

Be Metrî
(Yabancı)

(Başvekâlet Arşivi, İrade, Meclis-i Vâlâ, Adliye, Vesika No: 20714/1)

BELGE NO : 3

Berrüş-Şam Arazisi Hakkında Arazi-i Emîriye Ahkâmının Tatbiki Hususunda

BAB-I ALİ
MECLİS-İ VÂLÂY-I AHKÂM-I ADLİYE MAZBATASI
(ADED:61, DÂİRE-İ KAVÂNÎN VE NİZÂMÂT)

Berrüş-Şam arazisinin suret-i tasarrufiyesince ittihaz ve icrası lazım gelen usûl ve tedâbîri mutazammın olup mukaddemce şeref-vârid olmuş olan bir kıt'a tahrirat-ı aliyye-i âsifâneleri bu husus için teşkil buyrulmuş olan Komisyonun melfuf mazbatası ile beraber Meclis-i Ahkâm-ı Adliyeye ita buyurulmakla Daire-i Kavânîn ve Nizâmâtta kıraat olundu. Mütalaalarından müstefad olduğu üzere arazi-i mezkûrenin fil-asl arazi-i haraciyeden iken müruruzaman ile ashabı münkariz olarak külliyetlüsü doğrudan doğruya canib-i mîrîye kalarak arazi-i emîriye hükmünü kesbeylemiş olmasıyla bunlar hakkında Arazi Kanunname-i Hümâyûnu ve

Tapu Nizamnamesi ahkâmının icrası lazım geldiği halde Eyalet-i Merkûmede henüz arazi kanun ve nizamı icrasına mübaşeret olunmamış idüğünden arazisi suver-i mütenevvia üzerine ziraat olunmakta ve bu suret ise bit-tab' ziraat ve ma'mûriyetin ilerlemesine mani olmakta olduğu ve arazi-i mevcude her karye ahalisinin ziraatine derece-i kifayeden pek ziyade bulunduğu ve halbuki sair arazi-i emîriye gibi rakabesi beytümalda olmak üzere bunlardan ber-mûcebi kanun kâfi miktarının ba-tapu ahaliye tefvîzi ile fazlasının bil-müzâyede yine yerlisinden ve civar ahalisinden zuhur edecek taliplerine ba-tapu ihalesi halinde ma'mûriyet-i mülkiyece fevâd-i mütenevviayı mûcip ve bundan mebâliğ-i külliye ele geçerek Şam Eyaleti hazinesinin tesviye-i düyûnunca yüsr ve sühûlet ve arazi-i mezkûrenin ferağ ve intikalâtından dahi daimî bir menfaat hasıl olacağı cihetlerle mazbata-i mezkûrede tafsil olunduğu üzere mülkiyette kalmış olan arazinin halli üzere ibkasıyla arazi-i mîriye hükmünü iktisap eylemiş olan arazinin kâffesi hakkında Arazi Kanunname-i Hümâyûnu ahkâmının icrası mahz-ı hayr ve menfaat ve Eyâlet-i Merkumede mübaşeret olunan tahrir usulünün badehû Sayda Eyaletinde dahi icrası muvafık-ı maslahat olacağı bî-iştibah olduğundan olvechile icray-ı icabı hususuna müsaade-i aliyye-i Vekâletpenahîlerinin irzan buyurulması tensip olunarak evrak-ı mezkûre huzur-u âli-i Sadaretpenahîlerine takdim kılındığı muhat-ı ilm-i âli-i âsıfâneleri buyuruldukta herhalde emir ve ferman Hazret-i Men lehül-emrindir. 8 Recep 1278.

Yusuf Rıza — Ahmet Cevdet
Edhem Paşa (Komisyonda) — Es-Seyyid Muhammed Nuri
Yusuf Kâmil

(Başvekâlet Arşivi, İrade, Meclis-i Vâlây-ı Adliye, Vesika No: 20714/3).

BELGE NO : 4

BERRÜŞ-ŞAM ARAZİSİ HAKKINDA TEZKERE-İ MA'RUZA

Atûfetlû Efendim Hazretleri,

Berrüş-Şam arazisinin suret-i tasarrufiyesince ittihazı lazım gelen usulün tayini zımnında memuriyet-i mahsusa ile oralarda bulunduğ esnada mahallince teşkil olunan Komisyonun netice-i karar ve mütalââtını şamil olup ba-tahrirat-ı âcizî bu tarafa irsal olunan mazbata üzerine Meclis-i Vâlâ Kavânîn ve Nizâmât Dairesinden kaleme alınmış olan mazbata manzûr-u âli-i cenab-i Padişahî buyurulmak için arz ve takdim kılındı. Meallerinden müstefad olacağı vechile arazi-i mezkûre fil-asl arazi-i haraciyeden iken müruruzaman ile ashabı münkariz olarak külliyet-

lüsi doğrudan doğruya canib-i mîrîye kalıp arazi-i mîriye hükmüne girmiş olmasıyla bunlar hakkında Arazi Kanunname-i Hümâyûnu ve Tapu Nizamnamesinin ahkâmının icrası lazım geldiği halde Eyalet-i Merkumede henüz arazi kanun ve nizamı icrasına mübaşeret olunmamış idüğünden arazisi suver-i mütenevvia üzere ziraat olunmakta ve bu suret ise bit-tab' ziraat ve ma'mûriyetin ilerlemesine mani olmakta olduğu ve arazi-i mevcude her karye ahalisinin ziraatine derece-i kifayeden pek ziyade bulunduğu ve halbuki sair arazi-i emîriye gibi rakabesi beytülmalda olmak üzere bunlardan ber-mûceb-i kanun kâfi miktarının ba-tapu ahaliye tafvîz ile fazlasının bil-müzâyede yine yerlisinden ve civar ahalisinden zuhur edecek taliplerine ba-tapu ihalesi halinde ma'mûriyet-i mülkiyece fevâid-i mütenevviayı mûcip ve bundan mebâliğ-i külliye ele geçerek Şam hazinesinin tesviye-i düyûnunca yüsr ve suhûlet ve ferağ ve intikalâtından dahi daimî bir menfaat hasıl olacağı cihetlerle Komisyon-u mezkûrun mütalaası vechile mülkiyette kalmış olan arazinin hali üzere ibkasıyla arazi-i mîriye hükmünü iktisap eylemiş olan arazinin kâffesi hakkında Kanunname-i Hümâyûn ahkâmının icrası ve Eyalet-imezkûrede mübaşeret olunan tahrir usulünün ba'dehû Sayda Eyaletinde dahi icray-ı iktizasına bakılması tezekkür olunmuş ise de ol babda her ne vechile emir ve ferman-ı cenab-ı mülûkâne müteallık ve şeref-sudur buyurulur ise ona göre hareket olunacağı beyanıyla tezkere-i senâverî terkîmine ibtidar kılındı efendim. 17 Recep 1278

(Başvekalet Arşivi, İrade, Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye, Vesika No: 20714/3).

BELGE NO : 5

MABEYN-İ HÜMAYUN BAŞKATİPLİĞİNİN İRADE-İ SENİYYEYİ MÜBELLİĞ TEZKERESİ

Ma'rûz-u Çâkîr-Kemîneleridir ki,

Enmile-pîrây-ı ihtiram olan işbu tezkere-i samiye-i âsıfâneleriyle ma'rûz-u âli-i Hazret-i Mülûkâne buyurulmuş ve hususat-ı mezkûrenin tezekkür ve istîzan olunduğu üzere iktizalarının icrası müteallık ve şeref-sudur buyurulan emir ve irade-i seniyye-i cenab-ı şehriyârî muktazay-ı münîfinden olarak evrak-ı merkume yine savb-ı âli-i Sadaretpenâhîline iade kılınmış olmakla ol babda emir ve ferman Hazret-i Men lehülemrindir. 18 Recep 1278.

(Başvekâlet Arşivi, İrade, Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye, Vesika No : 20714/3).

محضر في خصوص تسوية وقف ولاية [illegible]

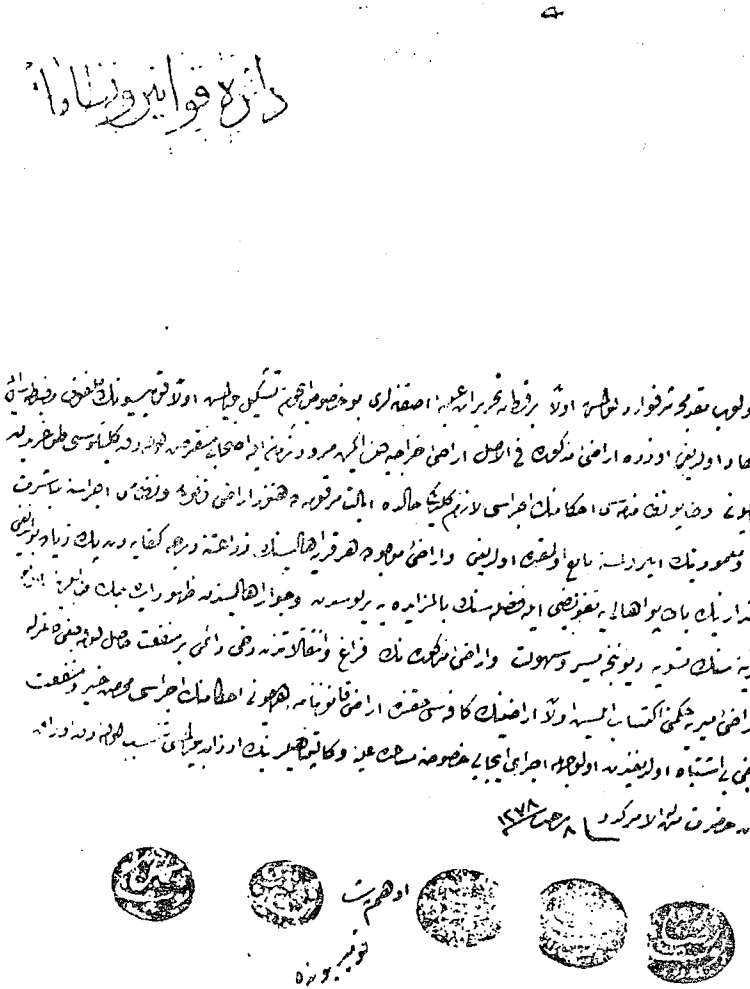
محضر [illegible] في [illegible]

على العموم بإتمام طرفنا وبالخاصة تمام الباقي بولاية كافة أراضي قرى مقاسية ويوجد بكمية مرور أيام ابن اصحابها منقضية
وهذه الأراضي تكون بين كليات من طرفين طرفين جانب بريه قاسية والبعض أهالي موجودة بهذه الأراضي ومن الجانبين كل
مقتضاهن زراعة بوقاية أهالي زراعة أنجاك وهم مرجع قديم هذه إلى أن بدل تأجيله مقطوع الله [illegible] وبولاية بزار وبرقة
بجانبه الأول أنجو الأراضي تكون أهالي تحت تصرف بولاس زراعة ومعروفين ابدولسه مانع طبيعي الأنفاس بوقفها
الأراضي أهالي طرفين غرس أشجار الفس ابدوده تملك ارعاسه سبيه وبرقة الأنفية غرس أشجار حادس وهن [illegible]
ايلسه الأنفية والأراضي موجود إلى هذه بين أهالي موجوده سنك زراعة وجه كفاية ربه بين موجود زياد ابه وكذلك
أكثر الأراضي معطل فالقطع الأنفية وحابكه بروجه ملكيت أهالي يتصرفون بولاية جبل لبابه الأراضي [illegible] بريه أنكيه
أشجار وحلاله مقطعه جهنه كونه كبه زرقي ومعروفين أنجاك الأنفية حالي بأي باشي بولاية وفيه دركيه سهريه
عالكبر الأولاد بقاع وبعلبك وهما وهمي أوصل ما حصل ايه بله جكلاه شبك غرس مقاسين وجود كفه مدكي مع أفاتر
مشاهد الأنفية بأن الأراضي تكون سائر الأراضي أميريه كيه بنه رقبه سن بيه الأولاد أولاد أوزره فالقناة هذه موجبه مقطعه الأولاد
أهالي زراعة كافي الوجه مقداري بمقدار هو بوايه أهالي وبريه فقط سن وهن هنا بالغرابه بنه بولسنه وجهه
أهالي سنه ظهور ايه جلب هو لبنه أحكام قانونه تقيفا باه يو تفويضه التقرير إلى نظام أنجه حاصل الوجه وبالكتاب
[illegible] بالمالية ايلجو إلى هيج الطرف إلى بكر مرسه الوقت بلك كيس الم كه جكل قبلاً مقطع الأنفية بوجاق حاصل الأنفية
تقديره تسلم الباقي قرية سنك برمتزرو قرابيه سبب [illegible] مبلغ تسعه [illegible] اصلاحيه مقدرين ناحيه تكاليف الآلة
كه نسته لوديه وافره سنه وبريلرن بوتكله ايله برفيع باركرانك الذين فالقطعه قرية جبليه صاحب كلمه ولد قدر تعلمه [illegible]
أراضي تكون قرابه وانتقالاتنه ايه وهن وانمي برفع حاصل الوجه وبوزنه بتسه أهالي ومالكه ومعروفين قواته
مقطوعه يا وبحسب المعروفيه قرية جبليه إلى ايجون وهن مانع كله يا موجب الوجه الأنفية سنج مقتضيانه مقدر شاهده بوجه البحر
حصول وتقديره جايتسانه الآلة جبله اصلاحاتنه بريا تسليم وهن بوراضيك اصلاح قاعده نصف عدد الوجه ايدوده

Belge No : 1

Berr'üş-Şam Arazisinin Arazi-i Mîriyeden sayılması için Beyrut (ve-ya Sayda) Vâlisi Muhammed Fuad Paşa'nın ilgili Bakanlığa gönderdiği talep yazısı ve bu talebin hukuki gerekçelerini bildiren vesika (Beyrut, 14 Cemâziyelûlâ 1277, BVA, İMV, No: 20714/2).

بیشگاه فخامت آگاه حضرت نظام تیمانی

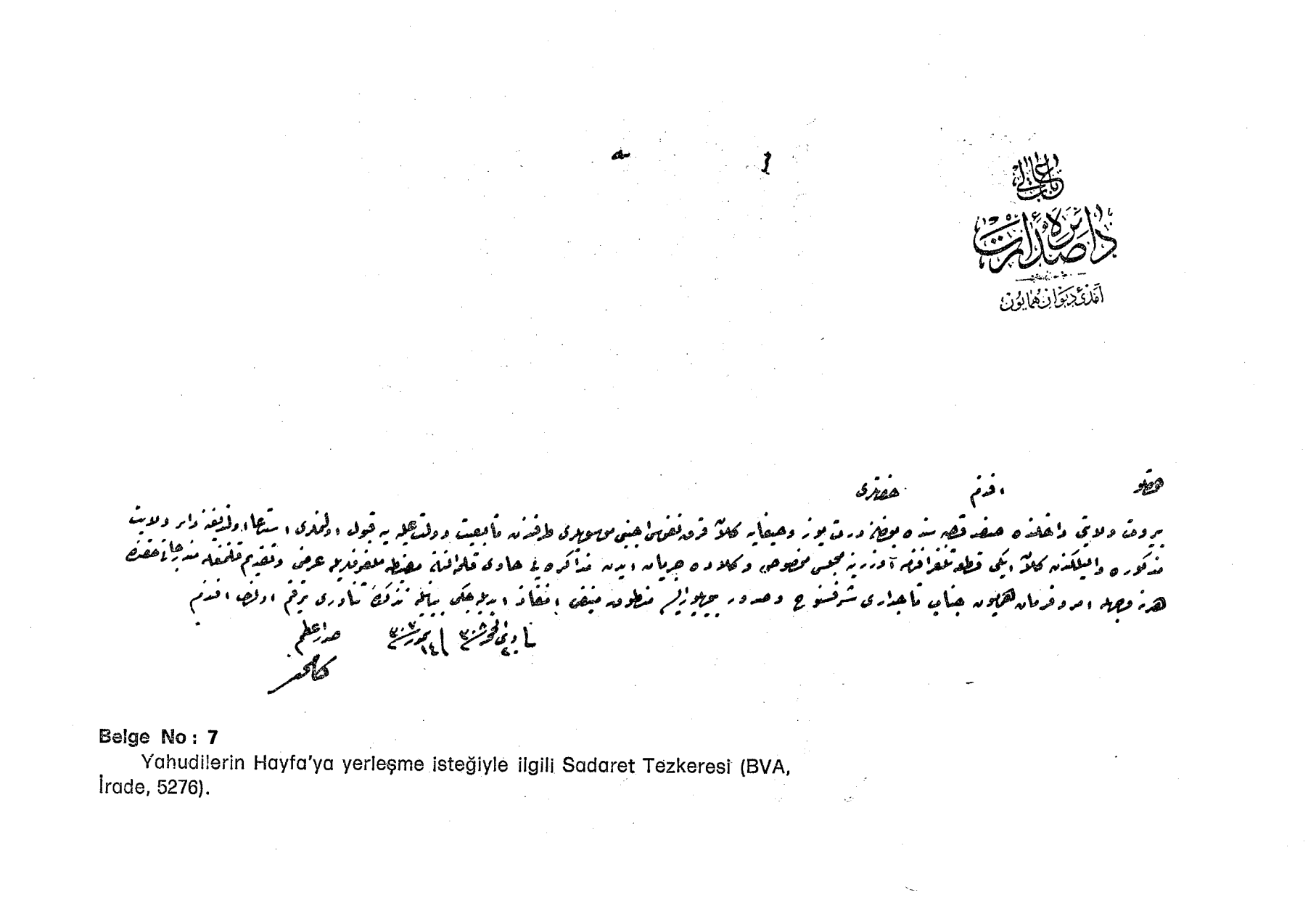


Belge No : 3

Berr'üş-Şam Arazisi hakkındaki Meclis-i Vâlây-i Adliye'nin Dâire-i Kavanîn ve Nizâmâtında hazırlanan 61 sayılı Mazbatasıdır. Sadaret Makamına arzedilmiştir. (8 Recep 1278, BVA, İMV, No: 20714/3).

عطوفتلو افندم حضرتلری [illegible]

احوال اعداد بلاد و قراء و مزارع و اقطاع و خانها و مجردان و محصولات اوقاف
قدس شریف و مزارعات و سیاهان



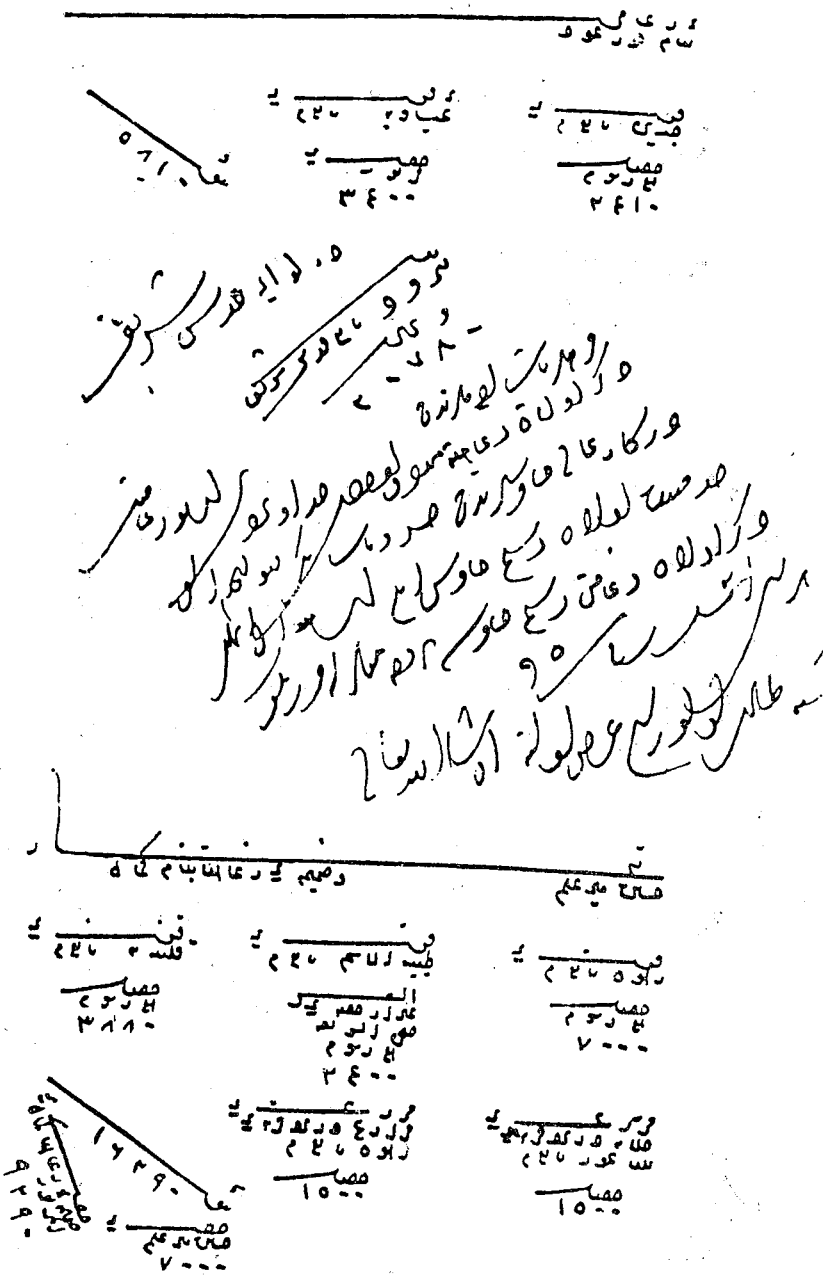
Belge No : 7

Yahudilerin Hayfa'ya yerleşme isteğiyle ilgili Sadaret Tezkeresi (BVA, İrade, 5276).

بیروت ولایتی داخلنده صفد قصبه‌سنه بولنان وحیفا نامنده قصبه‌لری اسندعالری وجهد نائبیت دولت علیه‌یه قبولری استیذانی حاوی رسیده‌ست
موسویلرک اسندعالری وجهد نائبیت دولت علیه‌یه قبولری استیذانی حاوی رسیده‌ست
تعظیم اولنه‌رق ۱۰ ربیع الآخر سنه‌سی تاریخلی مذکره سامیه صدارت‌پناهیری مظهر عالی اولدی موسویلرک
قدس جوارنده اجتماع واسکان ایتمکلری البته اراده برموسوی حکومتی تشکیلنی انتاج
ایده‌جکی ملاحظه‌سیله قطعا جائز اولمقدن بشقه ذاتاً ممالک شاهانه اراضی خالیه‌سنه
محدود اولمدیغنه ومدتی اوروپالیلر مکثندنده طرد ایتدکلری اشخاص ممالک شاهانه‌یه
قبولنه بر سبب اولمیوب خصوصیله اورنه‌م برامنی فسادی موجب وایکمه بوصورت اصلا
جائز اولمه‌جغنه نظراً نه‌مرقومونک نه‌م سائر موسویلرک قبول اولنمه‌رق امر نظام
اسکان ایتمک اوزره کیرو کوندرملری ضمننده بعدما آیری آیری معروضانه حاجت قالمیوب
صورت مجلس وکلاجه عمومی برقرار انخاذیله بابمضبطه عهد واستیذانه کیفیت اولنمق مقتضای
اراده سنیه جناب خلافتپناهیده بولنمق وبنائرعلیه مذکره سامیه وکالتپناهیری طاقیله
اعاده ایدلمش اولمغله اولباب امر وفرمانه حضرت حق اولمرکدر ۱۱ ربیع الآخر سنه ۱۳۰۷ ۵ کانون ثانی سنه ۱۳۰۷
شریف مصطفی پاشا

Belge No : 8

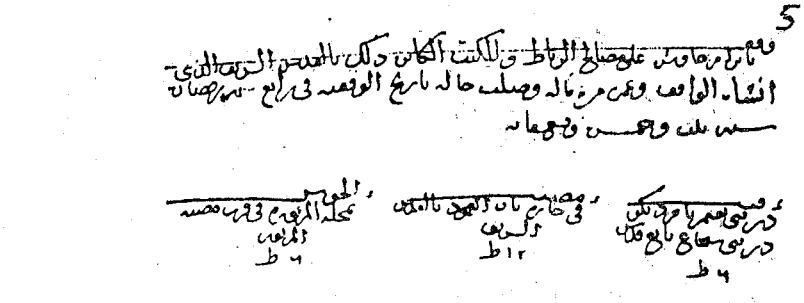
Yahudilerin Filistin'e yerleşmelerini ve Osmanlı vatandaşı olmalarını kesinlikle yasaklayan II. Abdülhamid'in İradesi (BVA, İrade, 5276).



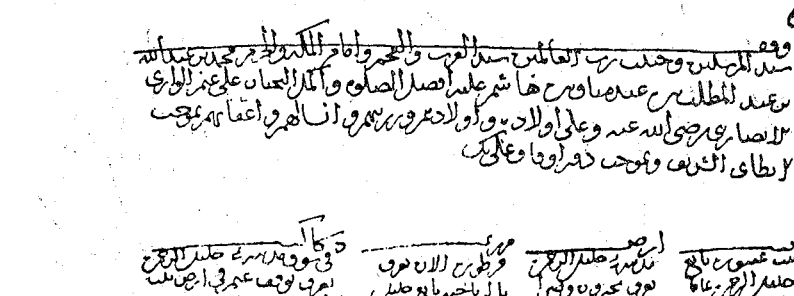
Belge No : 9

Mirâlem Hüseyine ait Zeametleri gösteren bir belge ve Kudüs-ü Şerif'deki bir mîrî arazinin Kethüda çavuşlarından Rüstem Çavuş'a zeâmet olarak verilmesini emreden siyâkat-divânî karışımı bir yazı ile yazılmış emirname sureti. (970/1562 tarihli ve 346 nolu Tapu Tahrir Defteri sh. 27).

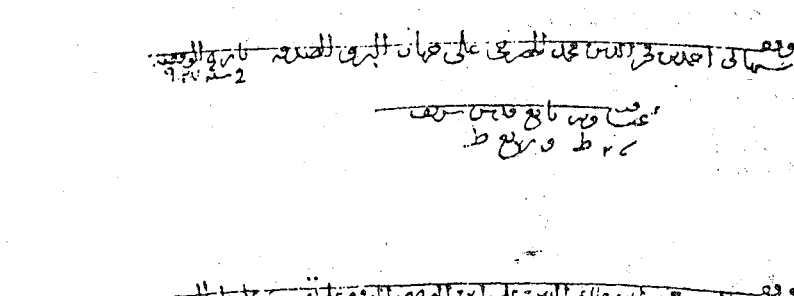
5



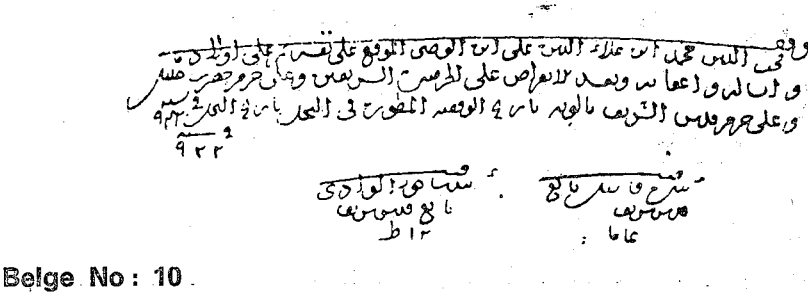
6



7



8



Belge No : 10

Filistin arazisinde Hz. Peygamberin sahabeden Temin Dari'ye vakfettiği arazinin kaydını gösteren sayfadır. (980/1572 - 1573 tarihli 522 sayılı Tapu Tahrir Defteri, BVA, sh. 166).

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي ملك السموات والارض وهو على كل شيء قدير
جناب خاقان روي زمين وخليفه رسول رب العالمين
مالك ممالك العالم ظل الظليل عين الخلق الامم مهد قواعد
الشرع المبين مؤيد مقاصد الدين المتين مظهر كلمة
الله العليا رافع اعلام الاسلام الراية القصوى
فاتح بلاد المشارق والمغارب بسيف السلطنة
وجنده الغالب على الخاص والمشهورة فيما بين الخلائق
والوقائع المشهورة طي صحائف الايام المجاهد
في سبيل الله بعزم ما اقتحام لجج مخاطر ممالك
الحرب الى دار الاسلام حامي الامانة العظمى
والسلطان الباهر وارث الخلافة الكبرى كابر عن كابر
ناشر الفواضل السلطانية عاشر الخواقين العثمانية
قاهر الاكاسرة قاهر القروم سلطان العرب والعجم
والروم حاكم الحرمين المحترمين والمقامين المعظمين
المغفور السلطان ابن السلطان سلطان سليمان خان
ابن السلطان سليم خلد الله سلسلة سلطنته

مسلسلة

مسلسلة الى يوم معين ولا برحت احكام عدله
جارية في اقطار الربع المسكون مقترنة بتوفيق ربانية
ايده ولا زالت يد يوم [illegible] كافة رعاياه
وحاشيه برايا اوزرينه احكام عدالت زهر اولزر اجرى
اولنمغه تصدير اولندقده امر جليل القدر وفرمان
جليل الاثار ولري بو وجهله ايدلمشدر كه موداداتك
مرقومه تك اهلي يرلي يرنده مقرر اولوب الكزنده
اولان اموال مقوله لري وقصاتده وقرايده اولان
اولري وباغلرينك وباغچه لرينك جماعتلري ايدمكلرينك
فكري اولوب هر نجه دكسه تصرف ايده ربعه
وجهيه وسائر وجوه تمليكانه قادر اولدقلري باغلرينك
وباغچه لرينك حقوقني اداء ايده لر فوت اولدقلري
ورثه لرينه تمليك طريقيله انتقال يلمه اصلا كيمسه دخل و
تعرض ايلمه زراعت وحراثت ايده كلمه طريقيله ناملاري
دفتر الكزنده مقرر اولمغين ذكر اولنان اماكنك
ناملري فلك اولدقلري كبي ناملاري دخي مكرر اولمسه
بلكه سائر ممالك محروسه ده ارض ميري دمكله
معروف اولان اراضي مملكت قسطنطينيه اولوب
رقبه ارض بيت المال مسلمين ايكن اليوم تصرف
حاريت طريقيله رعايانك تصرفلرنده اولوب
انواع حبوبه ودسائر مزروعاتدن هر نه دلمسه
اكوب بحوب عشر آدينه اولان خراج مقاسمتي
وسائر حقوقني اداء ايدوب بيعه دكمسه مستقلان

ايده لر اما دائما راضي تعطيل اسبوب كما ينبغي زراعت
حراثت تقرير ايدوب بمقصود حقوقني اداء ايده لر
كمسنه دخل و تعرض ايلمه يوب اولنجه دك
بيعه طريقيله تصرف ايده لر فوت اولدقده
اوغللري كندي طريقاطريقه قائم اولوب تفصيل مذكور
اوزرينه تصرف ايلمه لر اوغللري قالمازايسه
سائر ممالك محروسه لكلر اراضيلري اسلوب
سابق اوزرينه عاجزه تقرير قادر كمسنه لر
اجرت مقابله النوب طابو ايله ويريلا فرمان تفصيل
سابق اوزره تصرف ايده لر وباغلرينك
وباغچه لرينك يرلري بو فصلده اولوب باغ و
باغچه لر خراب اولدقده يرلري سائر ناملاري
كبي تصرف ايده لر اولان جاري تكرر تكلري
اولمق نوعهم اولمزيه دائر

اعلم بالصواب

بحسب التشريف ارض عراقيه وارض حضريه
ندر تفصيلا بيان بيورلمشدر جناب قلمه الجواب
امام ومملكتي فتح ايدوب اراضيسني غانميه
قسمت ايله ياخود قبل الفتح اهل حرب اسلحه
كلوب اوانسي الكزنده اعطا ايله اول اراضيي حضرت
نبي مسلم اوزرينه وضع اولنان وظيفه جهاد
مقوله سندن اولمق لازمدر خراج مؤنت لازمه
محضه دمابعد المسلم اوزرينه خراج وضع اولنمق

ممكن

ممكن دكلدر همان عشر وضع ايدوب اكر امام اول
مملكتي فتح ايدوب اهليسني قويوب وكيفيت قرب
بلكه نه يرلرنده مقرر قلنمش واقرنده اولان يرلرنك
كندولره سائر طوارلري كبي تمليك ايدوب
كندولره جزيه وضع ايدوب يرلرينه وظيفه تعيين
ايدرسه اول وظيفه البته خراجدر عشر اولمق
احتمالي بولمقدر يرلرينه عشر وضع ايدلمسي
وارد دكلدر انكا اما في كلدر البته خراج وضع
اولنور اولدقجه كه نوعدر بري خراج موظفه در كه
يلده بر مقدار اقچه النور وبري خراج مقاسمه در كه
حاصل اولان غله نك عشري بيدر فسيحيدر اولمغله
خطه مذكوره تعيين اولنور نصفه دكين تعيين
اولنمق مشروعدر ارض غايت ايدوب اولمق اكر
نوع ارض كه ذكر اولندي اكيسي ايله صاحبلرينك
فكري بيدر بودار بركت شعار تك خاصه اراضيسي
بولنمق كبي دكلدر نه عشريه در ونه خراجيه در
بلكه مملكتيدر رقبه سي بيت المال كلدر تصرف ايدوب
اجاره طريقيله طابو ويريلمشدر تصرف ايدوب
خراج موظفي وخراج مقاسمه سني سباهي
ويرلر بيع وتمليك قادر اولمازلر فوت اولدقلرنده
اوغللري قالمكوسه كندولركبي تصرف ايدرلر
والاسباهي كمسنه طابو ايله ويرلر بو مقوله يرلر بلاد
اسلام طرفنده تمليك اولنيجه كمسنه يه تمليك اولماز

مسلسلة

زراعت وحراثت ایدوب خراج موظفنی
وخراج مقاسمه سنی ویروب تصرف ایدرلر
بحر اولنان احکامک ودیعت وعاریت
قلنماسی سر عرض کلدر ناس الجنده جاری
اولان بیع وشرا وقف دکانلری اجاره
ساکن اولنلر بیع ایدکلری کبی درسعادتی
اذ تنزل اولان معاملات کلیا باطلدر باخصوص
تصرف صحیحون بر مقدار نسنه مقابلسنده فراغت
ایدوب سکره سباهی طابو اولیه ویرمک
شرع شریفه مخالف دکلدر الدیغز فرمانک
اجرت متحصله سیدر قضاة محضار عاملک
ویروب المنده بیع وشری اطلاق ایدوب
حجت ویرمک اصلا شرع شریفه موافق دکلدر
نشاسی وامضاسی حرر باطلدر
کتبه الفقیر ابو السعود

بو صورتده اناطولیده اولان اراضیلرک دواعکاری
ودودیعت وعاریت وسلاطین وقف ایتدکلری
اراضی دخی بو یله سیدر ورعایا الزمنده اولان اراضی
کندولری زراعت ایتمیوب آخره اجاره ویرمکلری
صحیح سیدر الدنظری ایچون کندوزه حلال سیدر
یوخسه وقف ایچون ضبط ایلمک جائز سیدر
بیان بیوریلان اعراب بوارانیک احکامنی
بو طرز ودودیعت وعاریت مقولدلازمدر کلدر

اصحابی دیلرسه استرداد ایدرلر اجاره یه ویرلری
باطلدر وقفه تمام اجرتی حاصل اولدقدن سکره
مستاجر اصحاب اراضی یه بر مقدار نسنه ویرمکلری
حرام اولمز اجر مثل اراضی باخلطه تمام اولور
اولدیغی وقفه ضبط اولنمق لازمدر
رعایا یه چرا ایدرکتبه الفقیر
ابو السعود

اراضی میریه کتابلرده ارض عشریه دیدکلری سیدر زیرا
خراجیه سیدر وتصرف ایدن رعایانک بیع ایلمکی
ورهن قوملری ووقف ایلمکی ووصیت ایلمکی
وهبه ایلمکی ومیراث دکرسی وشفعه جاری سیدر
وسائر احوالی نجه در وقضاة دخی سجلاته قیدیدر
وحجت ویروب امضا ایده کلدر در حقده شرع
مقبول سیدر وکندولری زراعت وحراثت ایتمیوب
آخره اجاره یه ویرمکلری صحیح سیدر والدنظر فرمانه
کندوزه حلال سیدر وکذلک اولان وقف ایدکلری
اراضی دخی بو یله در بیان بیوریلان اعراب کتابلرده
اولان ارض عشریه وارض وخراجیه صاحبلرنک
ملکلری سیدر یکسنده بیله تفصیل اولنان احکام
جمیعا جاری در ارض میریه احکام مزبوره نک
هیچ بری جاری دکلدر تا صلح خراجیه در اما کسنه
تملیک اولنمیوب بیت المال ایچون افراز
اولنوب تصرف ایدنلره اجاره طریقیله ویرلمشدر

بحسب شرع شریف مملکت روم ده رعایا الزمنده
اولان ارض عشریه نک وارض خراجیه نک
بیعی ورهنی ودودیعتی واعاره سی وشفعه سی
واستبدال اولنزمه تعامل ناس واقع اولوب
قضاة حجت ویرلری سر عسکر سیدر رعایا بو یله
بیوب ارض عشریه وارض خراجیه صحیحه
اخراجه بیان اولنمشدر رایلمشده بیله
تصرفات مذکوره نک جمله سی سر عسکر
اما رعایا الزمنده اولان اراضی عشریه در
ونه خراجیه در سه ارض مملکتیدر ارض میریه
دیکلمیوب ده وشهوره در رقبه سی
بیت المالکدر رعایا یه تصرفی تفویض اولنمشدر
کندولر بحق خراج موظفنی جهت الخزینه سی آدینه
بعض دیارده تا سمه الخزینه سی آدینه وخراج
مقاسمه سنی عشر آدینه زیر زلر قوتلو اولوب
اوجدقالمکه زیر تصرف ایدرکسنه دخل ایده
والا سباهی آخره طابو اولیه ویرر قزقالسه
ال ویرر دیکل طابو اولیه اکا ویرر متصرف
اولنلر اصلا تصرفات مزبوره دن سر عسکر
برینه قادر اولمازلر اکر برسی برینه حق قرارین
الوب تصرف ایدن تفویض ایدکده سباهی
اکر جائز کورسه تصرف قادر در والا دکل
قضاة بیع وشری حجتی ویرمک باطل محضدر

ایلمک کبی واقع اولیجق سباهی نه یله خلاف
شرط مقدار نقود الوب برینک تصرفنی انکا
تفویض ایدوب سباهی دخی انکا طابو
ویردی حق قرارین یازمق کرکدر ودودیعت
قومق وعاریت ویرمک برجلم شرعی
ایجاب ایدرسنه دکلدر رعایا الزمنده
قول لنفسه باخود خط ایتمکدر بسنه
ویرسه دیلدی وقتی نیته لنفسه
قادر زیرا تصرف شرعی اسلم
کتبه الفقیر ابو السعود

فی زماننا روم ایلنده اولان رعایانک الزمنده
اولان اراضی عشریه وخراجیه نک بیعی ورهنی
ودودیعتی واعاره سی وبیع اولندقده شفعه
جاریه دلمسی واستبدال اولنزمه تعامل مقرر
اولنوب قضاة دخی سجلاته قیدایدوب
یدلرینه حجت ویروب امضا ایده کلمکله
عند الشرع قضاتک ایتدکلری شرع شریفه موافق
بیان بیوریلان وجه اراضی مرقومه نه عشریه در
ونه خراجیه در ارض مملکتیدر نه عین محمده عائدیه
قسمت اولنوب عشریه تملیک ایدرلر وذات صاحبنه
تملیک اولنوب خراجیه تصرف تملیک ایدرلر
حکمه رقبه ارض بیت المالکدر افراز اولنوب
متصرف اولنلره اجاره طریقیله ویرلمشدر

اکوب بجوب خراج موظفی جهت انجه سی دیه
ویره وخراج مقاسمه سی عشر رسنه اید وب
فوت اولدقلرنده اوقطری قالنه القزنده قالوب
اوغلی کلمیوب قری قالور سال ویردیکی
ایله اکاویرلمک امر اولنوب کسنه سی قالمایوب
آخره اجاره یه ویرلمک امر اولنمشدر طابو دیه
ویرلان انجه اجرت مقطوعه زمان نصر ظهرنده
اولنمامغین اجاره فاسده دیه تاویل
ایتدیمن اولدیغنه الوب آخره ویرلمه سباهی
منع اولنمغین الماغه شرعا قادر دکلدر بیان اغنوب
ارضی نه انیه آن الور روم ایلنده رعایانک
اقرنده کی ارضی نه عشریه درونه خراجیه در ارض
ممکندر وجهین مقدمه نه قانینه قسمت اولنوب
عشریه ظلمشدر ونه اصحابنه تملیک اولنوب
خراجیه صرف ظلمشدر بکه رقبه سی بیت المال احراز
اولنوب متصرف اولنلره اجاره مرتبه ویرلمشدر
زراعت وحراثت ایدوب خراج موظفی وخراج
مقاسمه سنی ویروب تصرف ایدرلر تحریر اولنان
احکامک ودیعت وعاریتدنه قلانی شرعدکلدر
ماس ایلنده جاریه اولان بیع وشری وقف کاتبی
اجاره ایله ساکن اولنلر بیع ایتدکلری کبی دیر سباهی
اذنسز اولان معاملات کبی باطلدر اما حق شرعیدن
بر مقدار سنه الوب قراءت ایتدکدن مسکره

سباهی

سباهی طابو اولدیغی بر یک شرع شریفه مخالف دکلدر
الدین بارمک اجرت مقابله سیدر قضاة محضا
رعایانک ویروب آلمسنه بیع وشری اطلاق
ایدوب حجت ویرمک اصلا شرعه موافق
دکلدر انت ایسی عقود لازمه دن دکلدر اصحابی وقت
دیلرسه استرداد ایدرلر اجاره یه ویرلمز دیمن
باطلدر وقف برلره وقف تمام اجرتلی واصل
اولدقده مکره مستاجرلر اصحاب اراضی یه بر مقدار
سنه ویرسه حرام اولماز اجرتلی اراضی نه انکله
تمام اولور رسه اولدیغی وقف النمق لازمدر رعایانه
حرامدر شهرلر انجنده اولان یلدری صاحبی بیعه
وهبه ووقفه قادردر فوت اولنجق جمیع ورثه
انتقال ایدر میری ارضی قریه لر اطرافنده ملوکلان
زراعت اولنور برلر درکم صاحبلری قولقلری

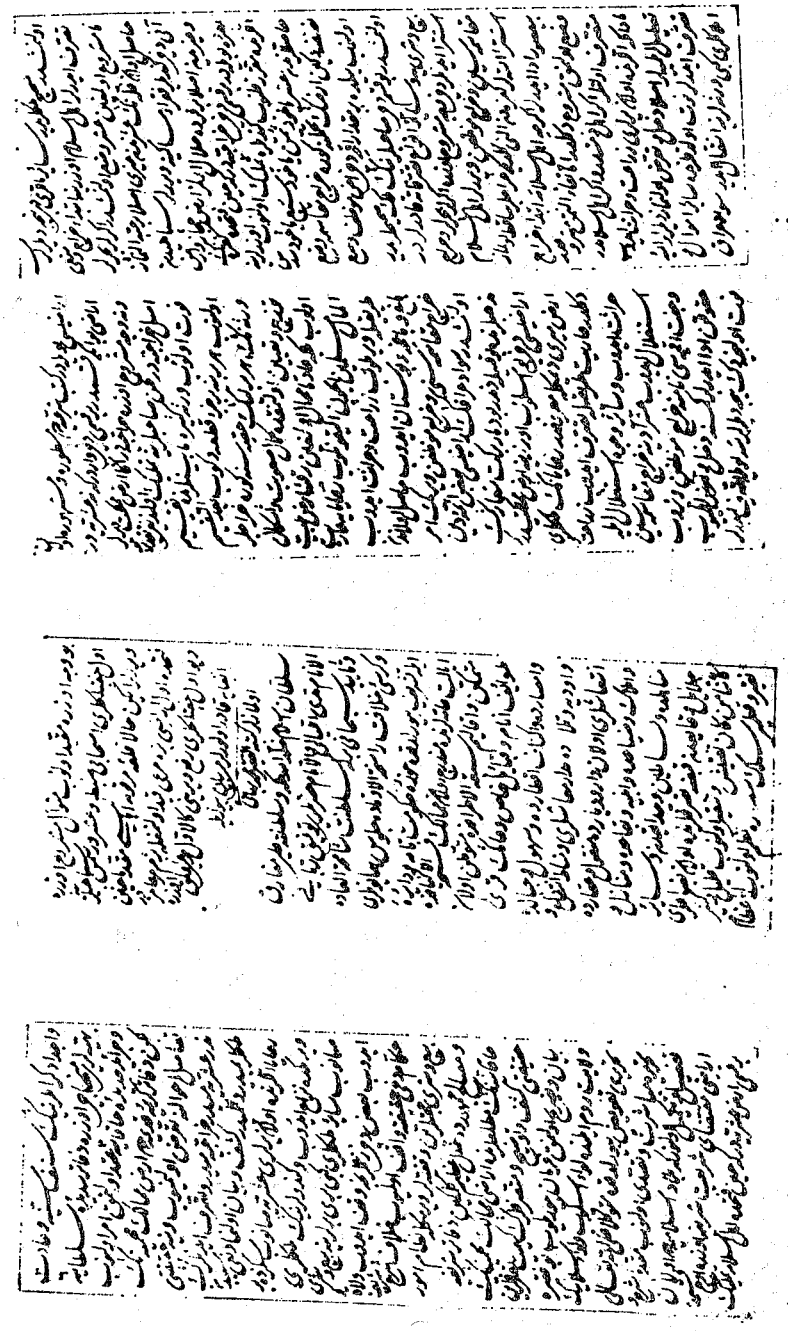
بحر سین ودر ابعد وهبه ووديعه
قادر دکلدر مسئله اجرت
ابو السعود

اراضی بر عامه وقف ورسوم قریه سی سباهی
تیمار براولان ولایتده محلول اولان بر یرنی قوللنمق
طابو دیه ویرلیوب سباهی ویرلمیان بیوریله
اعراب طابو سی یک نصرفی مقابله سنده
ویرلوب سه یرک رقبه سی وقف اولنجق نافع
مقابله سنده ویرلمز دیمن وقف اجرت عملیسی

اولوب سایر اجرت سنویه واجرت عشریه سی
کبی منقول ضبط ایلمک کرکدر سباهی الدیغر اول
برلرک عشری اوندن بر یاخود سکزنده بر ویرلمز
خراج مقاسمه سی وجهت رسمی ادینه ویرلمز
خراج موظفی بوینک انکسی بلیر رسوم عشریه قدر
سباهینک حلال حقیقدر رسوم مرقومه لنده
اصلا بر اولیان رعایادن جبابانک آدینه
آلنان واکلک امثالی رسومدر انکله باطل اولمز
اراضی سلطانیه نک طابو سی رسمی دیمن
سباهینک ایدیکی محققدر لکن دیار روم که
اراضیسی ایکی یک شقیقه نک رسم طابو سنی اصلا
اصحاب املاک دعوی ایدرلر وقف آلیکلیوب
سباهیلری آلیکلوب دفع ایدیلدیکی صورتده
انده حاصل قیدلو اولنشدر معمافیه اراضی
مقابله سنده ویرلمکلا اجرت مقابله دیو قضاة
جمعیتی یاخود بعض بنی امر سلطانیه نزد وقفه
حکم ایتمکه قادر دکلدر در
بحر النهر ابو السعود

زیرا اول طابو اولرین دطوار طابو لرین حولوایله
متصل اولان زنج باغچه لرین وقف بنا ایلیوب
وقفیتی مستحق دخی اولسه و هم عشری دخی لقدمه
مکلفه ویرلوب اولسه شرفا وجه مشروح اوزره اولان
مذکور انک وقفیتی صحیح اولور بیان بیوریله

جواب اراضی سلطانیه اوچ قسمدر بر قسمی اراضی
خراجیه در بر قسمی عشریه در بر قسمی دخی
اراضی ممکنه در وبو قسمنه قالندقده بین الناس
اراضی میری دیمکله معروفدر اراضی خراجیه اولدیکه
فاتح اولان پادشاه اهل ایله صلح ایدوب اهلی
انده قرار ایتدرلب برلرین الرنده ابقا ایتدروب
اوزرینه ارضی خراج وضع ایلمشلر اوله یاخود قهرا
کیدروب آخر کافرلری انده کتوروب اسکان
ایلیوب برای انلره بر مقدار خراج الوب ویرمش اوله
بونلرک کمارنک بیعی وهبه سی وتوریثی و
وقفیتی صحیحدر اما اهلیه تقریر اسکان طایفه اوله
مالک اولور وارض عشریه اولدیکه فاتح اول بلده
عنوة الوب اهلی اجلال ایدوب ایدر کیرو
مسلمانلره تقسیم ایلیوب ارصدنه حاصل اولانلر
بعضی باقیه قیوب بعضی مصارف بیت المال
ایچون ضبط اولنمش اوله بوکه ارض صدقه در برلر
خلفا وتابعین زمانلرنده همان اون حصه نه
برحصه آلنوب باقیسی صاحب ارضه قوملرکه
ارض عشریه دیکله معروفدر اولمش بونک دخی
اصلنه مالک اولمغین بیعی وهبه سی ووقفیتی
وتوریثی صحیحدر وارض حوان مملکت اولدیکه
حین فتحده نه جمله الذینی ونه وجهله ویرلدیکی
معلوم اولمیوب یاخود مالکلری منقرض اولوب



Belge No : 11

Mîri arazinin hukuki statüsünü ve meşruiyet gerekçelerini açıklayan ve Ebussuud Efendi tarafından yapılan Arazi Kanunnamesinden bazı sayfalar (İstanbul Süleymaniye Kütüphanesi, Carullaf Efendi No: 968 vrk. 1 - 11).

MAHALLİ İDARELER ÜZERİNDE MERKEZİ İDAREYE TANINAN İDARİ DENETİMİN KAPSADIĞI YETKİLER

Prof. Dr. Süleyman ARSLAN*

GİRİŞ

Bugün dünyanın hemen hemen her yerinde merkezî idare, mahalli idareler üzerinde idarî bir denetim uygulamaktadır. Zira mahalli idarelerin belli bir ölçüde merkezî idarenin denetimi altında bulunması zorunluluğu inkâr edilmez bir gerçektir. Bununla beraber mahalli idareler üzerinde idarî denetimin uygulanış şekli, kapsamı, metodu ve müeyyidesi çeşitli ülkelere göre farklılık arzetmektedir.

Mahallî idare sistemlerini başlıca birbirine zıt iki teori üzerine inşa etmek mümkündür. Bunlardan ilki mahallî otoriteyi, merkezî idarenin emirlerine ve politikasına göre mahallî işleri gören bir merkezî idare görevlisi veya başka bir deyimle merkezî idare ajanı kabul eden görüştür. Genel olarak belirtmek gerekirse, bu merkezileştirilmiş idarî kontrol sistemi, Fransa'da eski zamanlarda uygulanmış ve şimdi de belirli bir ölçüde uygulanan bir sistemdir (1). Gerçi bugün Fransa'da mahallî idare kuruluşları belli bir ölçüde idarî özerklikten yararlanmaktadırlar. Ne varki bu özerklik sınırlı bir özerkliktir. Mahallî idare birimleri her nekadar merkezî idarenin hiyerarşik taşra örgütleri niteliğinde değillerse de, sıkı denetime bağlı örgütlerdir (2).

Bunun zıddı ise, mahallî işlerin yönetiminin, merkezî idarenin asgari müdahalesine maruz özerk (otonom) mahallî otoritelere bırakılmasıdır. Bu ikinci husus mahallî idareler konusunda ananevi İngiliz görüşüdür (3). Bu iki sistemin karşılaştırılmasında merkezden yönetimden yerinden yönetime doğru bir gidiş kendini gösterir. İşte bu sistemlerden birinin seçimi idarî denetimin kapsamına tesir eder. Merkeziyetçiliğe yaklaşan bir

---

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) MILLER, J. Bennett: An Outline of Administrative and Local Government Law in Scotland, Edinburgh, 1964, sh. 86.

(2) HOWEN, W. - ELSHOUT, A. van den (Çev.: YALÇINDAĞ, Selçuk) : Mahalli İdareler için Merkezde Yürütülen Hizmetler, TODAİE yayını, Ankara, 1972, sh. 161.

(3) MILLER, J. Bennentt : a.g.e., sh. 86.

mahallî idare sisteminde idarî denetim daha geniş ve kapsamlı olacaktır. Buna karşılık yerinden yönetim sisteminin ve özerk mahallî idarelerin benimsendiği bir sistemde ise normal olarak idarî denetim daha dar kapsamlı bir mahiyet arzedecektir.

Kabul edilen mahallî idare sistemi ne olursa olsun, merkezî idarenin mahallî idareler üzerindeki denetimi üç yolla olmaktadır (4) : Bunlar idarî vesayet, ikili görev yoluyla denetim ve malî yardımlar yoluyla denetimdir.

Merkezî idareye tanınan idarî denetimin kapsadığı yetkileri ele alırken bu üç denetim yolunu da göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

A. MERKEZÎ İDARENİN DENETİM YETKİSİNİN KAYNAĞI

Merkezî idareye mahallî idareler üzerinde tanınan denetim yetkisinin, esas itibariyle Anayasa ve kanundan doğduğu herkesçe bilinen bir gerçektir. Bununla beraber, bazı hallerde merkezî idare, kanunda yer almasa da mahallî idareler üzerinde denetim uygulayabilmektedir. Bu yetkinin kanunda yer almamasına bakarak, bunu hukuk dışı (illegal) saymak imkanı yoktur; zira idarî denetimin bir özelliği de, denetim yetkisinin bazan kanunda yer almasa da mevcut olmasıdır.

1 — Kanundan Doğan Denetim Yetkisi

Denetim yetkisi, kural olarak Anayasa ve kanundan doğar. Anayasalar denetim konusunda prensipleri ve genel hükümleri koyarlar. Bu prensiplerin ışığı altında teferruatı kanunlar düzenler. Bizde 1982 Anayasasının 127. maddesindeki düzenleme buna örnek teşkil eder.

Denetim yetkisi esas itibariyle kanunla verilir ve bu gibi hallerde denetim mutlak surette kanuna dayanır. Kanun hem yetkiyi verir hem de sınırlarını çizer.

Bu denetim yetkisi her konuda kanunun yetki vermesinden doğar ve merkezi idare kanunun verdiği bu yetkiden başka bir yetkiye de sahip değildir (5). Kanun genellikle denetim yetkisinin nasıl kullanılacağını da aynı zamanda tayin etmektedir. Velhasıl kanuni denetim yetkisi sınırlı ve belirli olan bir yetkidir.

---

(4) Bk. ARSLAN, Süleyman : Türkiye'de ve İngiltere'de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, A.İ.T.İ.A. yayını, Ankara, 1978, sh. 54 v.d.

(5) FİNER, Herman : English Local Government, London, 1950, sh. 301.

Kanundan doğan denetim yetkisinin en güzel örneğini idarî vesayet teşkil eder.

Kanunlar tarafından verilen denetim yetkisi, hemen hemen birçok ülkede başlıca mali denetimi, düzenleyici işlemlerin tasdikini, teftişi, memurlar üzerindeki denetimi ve plan, proje ve kararların tasvibi gibi hususları kapsamaktadır.

2 — Kanundan Doğmayan Denetim Yetkisi

Denetim yetkisi kanunda yer almamaktadır. Ancak kanunda yer almamasına rağmen bu yetki uygulamada kullanılmaktadır. Bu denetim yetkisinin kanunda yer almadığından hareketle, bunun hukuk dışı bir denetim şekli olduğunu ileri sürmek hatalı olur. Zira kanunda yer almamasına rağmen böyle bir denetim yetkisinin mevcudiyeti idare hukuku prensiplerinden ve idari denetim müessesesinin mahiyetinden doğmaktadır (6).

Gerçekten kanuni saha dışında da önemli ölçüde denetim metodları mevcuttur ve bunlar çeşitli alışılagelmiş şekillerde uygulanırlar. Bu denetim metodlarının en önemli özelliği, mahalli idarelerin merkezi idarenin resmi olmayan karar veya kaidelerine uymamaları halinde merkezi idarenin kanuni zorlama yetkilerini kullanabilmesi gibi nihai bir müeyyidenin her zaman mevcut olmasından ileri gelir (7).

---

(6) Hukuk sistemimiz açısından böyle bir denetim yetkisinin mevcut olup olamıyacağı tartışılabilir. Zira hukuk devletinin unsurlarından olan kanunilik prensibi esas itibariyle idareye uygulanır. Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını» öngörmektedir. Durum böyle olunca merkezi idarenin kanundan doğmayan denetim yetkisinin mevcut olmaması gerekir. Bu izah tarzi ilk bakışta teorik olarak doğru gözükebilir. Ancak böyle bir açıklama idare hukuku prensiplerine ve idarî denetimin temel felsefesine aykırı düşer. Çünkü idare hukukunda zaten kanundan doğmayan denetim yetkisi mevcuttur. Hiyerarşik denetim yetkisi bunun örneğini teşkil eder. Diğer taraftan idarî denetimin en önemli amacı hukuka uygunluğu sağlamaktır. Kanuniyet denetimi işte bu amaçla yapılır. Bu sebeple denetim yetkisi kanunda yer almamakla birlikte, denetimi yapan şahıs veya makam hukuk kaidelerine veya hukukî esaslara uygun şekilde hareket etmişse, bu denetimin de hukuka uygun bir denetim sayılması gerekir. Bu ikinci açıklama aynı zamanda kanunilik prensibinin amacına da uygun düşer. Kaldı ki kanunda mevcut olmayan bir yol gösterici yahut teşvik edici denetim yetkisinin kullanılmasının faydaları inkâr edilemez. Buna karşılık, kanunda mevcut olmayan denetim yetkisine dayanarak engelleyici, kısıtlayıcı yahut hukuk kaidelerine aykırı olarak yapılan denetim konusunda aynı şeyleri söylemek mümkün değildir.

(7) BARBER, M. P.: Local Government, London, 1969, sh. 81 - 82.

Kanundan doğmayan denetim başlıca şu üç yolla uygulanabilir (8):

a) Genelge, izahname, sirküler, tebliğ veya açıklama gibi çeşitli adlar altında yazılar göndermek suretiyle istenilen ve arzu edilen hususlar konusunda denetlenecek idarelerin dikkatleri çekilir, merkezi idarenin siyaseti izah edilir veya verimlilik seviyesini arttırmayı öngören fiili prensipler dikkatlerine sunulur.

Burada çeşitli yazılı metinlerin yayınlanması sırasında bir denetim söz konusu değildir. Denetim bu metinlerin arkasında gizlidir. Daha doğrusu merkezi idare bu yazılı metinlerdeki hususlara riayet edilmesini ister. Bunlara riayet edilmemesi halinde ise merkezi idare denetim yetkisini kullanarak mahalli idareyi zorlar. İşte buradaki yetki kanundan doğmayan bir denetim yetkisidir. Ama merkezi idare burada kanuni bir denetim yetkisini de kullanabilir.

Genelge, izahname, sirküler, tebliğ veya açıklama gibi çeşitli adlarla anılan bu yazılar, merkezi idare tarafından çıkarılan metinlerdir. Bu metinler merkezi idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı bir kategoriyi meydana getirirler; zira bunlar yayınlanmazlar. Bunlar kanun hükümleri çerçevesinde kalarak, ilgili Bakanlık adına, bakanın mahallî idarelere vereceği tavsiyeleri ihtiva ederler. Genel olarak bu tavsiyeler idarî talimat (administrative instruction) derecesinde olup kanunî bir gücü haiz değildirler. Zaten normal olarak bu metinlerin amacı, herhangibir şeyi açıklamaktır. Bu sebeple, bu metinler çoğunlukla genel ifadeler yahut genel tavsiyeler taşırlar. Tavsiyelerin genel olmasına rağmen, bu tip yazılar mahallî idareler tarafından ciddi surette ele alınır. Çünkü bu yazılara riayet etmeyen mahallî idare, ileride başının derde girebileceğini bilir.

İngiltere'de bu tip yazılar bakanın politikasının bir açıklaması olarak kabul edilmektedir. Gerçekten, herhangibir sirkülerin, bakana verilecek teklif hususunda, bakanın muhtemel davranışının ne olacağını gösterdiği söylenebilir. Böyle yazılar mahallî otoriteleri bazı proje harcamaları konusunda daha fazla kararsızlığa sevkedebilir ve bakan izin vermekten çekindiği zaman da (meselâ istikraza izin vermemesi) bu durum, mahallî otoritede daha az şaşkınlık yaratabilir. Diğer bir deyimle, böyle sirküler malî iklimin barometresi gibidir ve bunu dikkate almayan mahallî idareler kendilerini çabucak sıkıntı içinde bulurlar (9).

Kanundan doğmayan denetim yetkisi konusunda istatistiklerin rolü

(8) Bk. BARBER, M. P.: y.a.g.e., sh. 81 - 82.
(9) JENNINGS, Sir İvor: Principles of Local Government Law, London, 1965, sh. 221 - 223.

de önemlidir. İstatistiklerin ve diğer tatbiki bilgilerin toplanması ve yayını bakanlık denetiminin pasif bir yönü olduğu kadar aynı zamanda verimli bir yönüdür. Zira teşvik edici güçler, mahalli otoriteyi mukayeseli istatistiklerin kullanılması yoluyla rekabete sevkederler (10).

İzahname, genelge, tebliğ veya sirküler bazan da bir kanunun veya düzenleyici işlemin açıklanması amacıyla merkezi idare tarafından gönderilebilir.

Bütün bu hallerde aslında doğrudan değil de dolaylı yoldan bir denetim mevcuttur ve dolaylı yoldan yapılan bu denetimlerde, denetim yetkisi genellikle kanundan doğmayan bir yetkidir.

Ancak şunu hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda zikri geçen dolaylı denetim vasıtaları, dolaysız denetim vasıtalarını etken bir şekilde tamamlarlar (11).

b) Kanundan doğmayan denetim yetkisinin ikinci uygulama yolu sorulan sorulara ve meselelere ait fikir bildirmektir. Buna mütalaa denilir.

Kısaca mütalaa, yapılacak tasarrufun veya muamelenin uygunluğu, elverişliliği hakkında izhar edilen bir kanaattir (12). Burada soruyu soran veya mütalaa talebinde bulunan idare, merkezin mütalaasıyla veya fikriyle bağlı değildir. Ancak bu konuda ileride merkezle karşı karşıya gelirse, merkezin tepkisiyle karşılaşması imkanı çok fazladır.

İngiltere'de mahalli idareler tarafından bakanlıkların yol göstermesi sık sık talep edilmekte ve böyle bir yol gösterme, belirli soruları cevaplandırma ve tavsiyelerde bulunma yoluyla gerçekleştirilmektedir (13).

c) Merkezi idare tavsiyelerde bulunmak suretiyle de kanundan doğmayan bir denetim yetkisini kullanır.

En fazla kullanılan ve en faydalı olan tavsiyede bulunma ve malumat verme metodu, doğrudan doğruya şahsi temastır. Şahsi temasın çok büyük bir kısmı müfettişlikler vasıtasıyla temin edilir. Bakanlıkların teknik kadrosu genellikle müfettişliklerdir ve onlar çeşitli mahalli idarelerin neler yaptıkları ve mahalli müşkülleri neler olduğu konusunda kaynağından bilgi alırlar. Aynı zamanda bunlar, tavsiyelerde bulunma husu-

(10) CHESTER, D. N.: Central and Local Government, London, 1951, sh. 88.
(11) HUMES, S. - MARTİN, E. M.: The Structure of Local Governments Throughout the World, International Union of Local Authorities Yayını, The Hague, 1961, sh. 48.
(12) AYGEN, Cemal: «*Mahalli İdareler Üzerinde Düşünceler*», S. B. F. D., C. XVII, No.: 3 - 4, Eylül - Aralık 1962, sh. 372.
(13) BARBER, M. P.: a.g.e., sh. 82.

sunda en iyi durumdadırlar. Ayrıca bakanlıkların idari personeli ile mahalli memurlar arasında önemli derecede fikir alış - verişinin mevcut olduğunu da belirtmek gerekir (14).

Müfettişler tarafından tavsiye ve tekliflerde bulunmak yoluyla mahalli idarelere yardımcı olmak, merkezî idarenin yol gösterici denetiminin örneğini oluşturur. Burada, müfettişlerin, mahalli idarenin görmüş olduğu hizmetin belirli yönlerden noksan, verimsiz veya hatalı olarak yönetildiği hususunda bir kanaatleri söz konusu ise, bunların düzeltilmesi için yine onlar tarafından resmî olmayan tavsiye ve tekliflerde bulunmaları sözkonusudur.

Bizde vali, kaymakam ve bucak müdürlerinin köy muhtarını teftişleri sırasında bu tür bir denetim uyguladıklarını söyleyebiliriz. Vali, kaymakam ve bucak müdürleri, köyleri teftiş ettikten sonra teftişle ilgili fikirlerini köy idaresinin teftiş defterine yazarlar. Köy muhtarları bu defteri okuyarak noksan veya hatalı bulunan hususları tamamlatır veya düzeltirler.

Mahalli idarelerin hizmetine sunulan tavsiyeler içinde en önemli gurubu teknik tavsiyeler oluşturur. Teknik tavsiyeler, mahalli idarelere en önemli yardım etme yollarından birisi olduğu kadar, aynı zamanda onları denetleme araçlarından da birisidir. Mahalli idarelerin büyük bir çoğunluğu, özellikle küçük olanları, çok sayıda uzmandan müteşekkil geniş bir personel kadrosu meydana getiremezler. Bunun neticesi olarak onlar, yüksek kademe ünitelerinin geniş ve oldukça uzmanlaşmış kadrosuna bağlı kalmaya âdeta zorlanırlar. Mesela Fransa'da kırsal belediye başkanları tavsiye için sık sık kaymakama (subprefect) müracaat ederler. Genellikle tam gün çalışmayan belediye başkanı ve belediye kâtibinin birçok meseleler hakkında bilgisi ve tecrübesi yoktur ve kaymakam, bütçenin hazırlanması gibi meselelerde tavsiye için başvurulması en muhtemel olan kişidir (15).

İşte bu müracaat sırasında merkezi idare dolaylı bir denetim uygular.

Görüldüğü gibi merkezi idarenin mahalli idareleri denetlemesine yarayan araçlar pek çok ve çeşitlidir. Bu araçlardan bir kısmı denetimde hemen sonuca ulaşmayı sağlamamakla birlikte, ileride yol gösterici bir denetim unsuru olabilirler. Daha başka bir ifade ile bu araçlar idarî denetimin yardımcı malzemesidirler. Buna karşılık diğer bazı araçlar yol gösterici denetimin örneğini teşkil ederler. Bununla beraber denetimde,

(14) CHESTER, D. N.: a.g.e., sh. 79.
(15) HUMES, S. - MARTİN, E. M.: a.g.e., sh. 48 - 49.

bu araçların haiz olduğu önemden ziyade onların kümülatif etkileri daha fazla önem taşır.

B. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE MERKEZİ İDAREYE TANINAN BAŞLICA DENETİM YETKİLERİ

Mahalli idareler üzerinde merkezi idareye tanınan denetimin ihtiva ettiği yetkiler, çeşitli ülkelere göre farklılıklar göstermektedir. Bu yetkileri başlıca şu başlıklar altında toplamak mümkündür :

1 — Mahalli Kararları Tetkik Yetkisi

Hemen hemen her ülkede mahalli kararlar merkezî idarenin tetkikine tâbidir. Merkezi idare tetkik neticesinde bu kararları iptal, tehir, tasdik edebilir veya yürütülmesini durdurabilir.

Mahalli idarelerin hangi kararlarının merkezi idarenin tetkikine tâbi tutulacağı çeşitli memleketlere göre değişmektedir. Bu konuda başlıca iki usûl vardır. Birinci usûlde mahalli otoritenin bütün kararları merkezi idarenin tetkikine tâbidir. Bu durum ağır bir denetim şeklidir ve mahallî idarenin özerkliğini zedeleyici niteliktedir. Bizde il genel meclisleri tarafından alınan bütün kararlar valinin tasdikine tabidir.

Buna karşılık çoğunlukla uygulanan şekle göre, mahalli idarelerin bir kısım kararları merkezi idarenin tetkikine tabi kılınmıştır. Burada merkezi idarenin tetkik yetkisi sınırlandırılmış ve belirli kararlara hasredilmiştir. Bu kararların neler olacağı, o ülkede mahalli idareyi veya denetimi düzenleyen kanunlarda belirtilir.

Mahalli kararların tetkiki, kırsal mahalli üniteler üzerinde, kalabalık şehirsel mahalli ünitelere nazaran daha sert ve daha fazladır. Zira şehirsel mahalli üniteler genellikle geniş, ihtisas sahibi ve tecrübeli bir kadroya ve kabiliyetli yönetici ve mahalli meclis üyelerine sahiptirler. Bu sebeple buralardan verilecek kararların iyi düşünülmüş ve kanunen doğru olma ihtimalları çok fazladır. Bundan da öteye geniş mahalli üniteler tarafından verilen kararların son derece kapsamlı ve karmaşık olması sebebiyle merkezi ünitelerin bu otoritelerin bütün kararlarını dikkatli bir şekilde ve belirtilen usûlde tetkik etmeleri imkânsızdır (16). Ancak bütün bu durumlarda dahi mahalli kararları tetkik yetkisinin etken ve güçlü bir denetim aracı olduğunu belirtmek gerekir.

Mahalli kararların tetkiki iki yönden olur. Bunlardan birincisi mahal-

(16) HUMES, S. - MARTİN, E. M.: a.g.e., sh. 43.

li otoriteyi gayri kanunî veya uygun olmayan tarzda karar almaktan veya yetkisi dışında faaliyette bulunmaktan korumaktır ki buna hukuki yönden tetkik denilir. İkincisi ise, hukuki yönden doğru olsa bile, merkezi idare organlarının fikrine göre umumi menfaate aykırı faaliyetlerde bulunmak veya kararlar almaktan mahalli üniteyi korumaktır. Buna da elverişlilik yönünden tetkik adı verilir (17).

Hukuki yönden tetkik veya hukuka uygunluk denetiminin amacı, idarenin hukuk devletinin gereği, hukuk kurallarına uygun surette kamu hizmetini yürütmesini sağlamaktır.

Bu denetim sistemi, mahalli idarelerin faaliyetlerinde, hukukun icaplarını yerine getirmelerini temin etmek için tesis edilmiştir. Bu denetim, denetleyen makamın eline verilmiş bir müeyyideler sistemini ihtiva eder (18). Ancak bu müeyyidelerin çeşitli ülkelere göre farklılıklar arzettiğini belirtmek gerekir. Ayrıca merkezi idarenin, denetlediği tasarrufu hukuka uygun veya aykırı bulması, bu konuda yargı denetimine başvurulmasını önlemez. Daha güzel bir ifade ile, idari denetim, dava yollarını kapatmaz. İlgili şahıs veya makamlar, meseleyi yargı organına götürerek muhkem kaziyeye bağlanmasını temin edebilirler.

Elverişlilik yönünden tetkik yahut elverişlilik denetimi, hukuka uygunluk denetiminden farklıdır. Bu tür denetleme, denetlenen konunun takdirinde, denetleyiciye geniş bir serbestlik bırakmaktadır. Denetleyici burada, belli ve açık bir kurala uygunluğu değil fakat ideal bir çalışma kuralına, çok genel anlamda bir iyi davranış kuralına elverişliliği denetler. Bunun ölçüsünü tesbit etmek, denetleme yapan kişiye bağlıdır.

2 — Müsaadeye Tabi Tutma Yetkisi

Merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki denetiminin uygulandığı zamanın önemi vardır. Zira denetimin uygulanış zamanına göre merkezi idarenin tatbik ettiği denetim yetkisi değişir.

Meseleye bu açıdan baktığımızda, merkezi idarenin denetiminin bazan kararın alınmasından önce uygulandığı görülmektedir. Karardan önce yapılan denetleme, önceden izin, müsaade, muvafakat ve hatta mütalaa şeklinde olabilir.

İdari denetimin ihtiva etmiş olduğu izne tabi tutma yetkisi sonucunda, mahalli otorite faaliyete geçebilmek için merkezi idareden izin al-

(17) HUMES, S. - MARTİN, E. M.: a.g.e., sh. 39.
(18) HARDER, Erik : Local Government in Denmark, Copenhagen, 1973, sh. 90 - 91.

mak zorundadır. Mahalli otoritenin merkezi idareden izin almaksızın harekete geçmesi kanunsuz bir hareket teşkil eder.

Mahalli otoritenin bazı faaliyetlerinin müsaadeye tabi tutulması mahalli idarenin özerkliğini zedeleyeceğinden, merkezi idarenin böyle bir yetkiyi kullanması ancak kanuni bir yetkiye istinaden mümkün olabilir.

O halde önceden izin, yerinden yönetim makamlarınca yapılması lâzım gelen işlerde kanunun emri dairesinde karar alınmadan evvel idari vesayet makamından sorularak alınan izin (müsaade) üzerine karar alınması şeklidir (19). Bu gibi durumlarda kararın kanunen geçerli olabilmesi için vesayet makamından önceden izin alınması şarttır. Eğer izin verilmezse ve bundan dolayı vesayet makamını küçük düşürücü teşebbüslere girişilirse, merkezî idare, ihtiyat olarak elinde bulundurduğu diğer yetkilerinin (20) tamamını uygulama alanına koyabilir (21). Bu yetkilerin uygulanması halinde mahallî idarenin direnmesi imkânsız hale gelir.

Kelime manasından da anlaşıldığı üzere burada karar alınmadan

(19) GÖRELİ, İsmail Hakkı: İdarî Vesayet - Âmme Hükmi Şahıslarının İdarece Murakabesi, Ankara, 1944, sh. 14.

(20) Merkezi idarenin ihtiyatî yetkilerini kullandığı son derece enteresan bir olay Fransa'da cereyan etmiştir: Saint Junien belediye meclisi yeni açılacak bir stadyuma isim koymuş ve buna bitişik bir bulvarın adını da değiştirmiştir. Açılıştan birkaç gün önce vali, gönderdiği bir yazıda, bu hususlarda valilik kararnamesi ile yetki alınmasının şart olduğunu ilgililere bildirmiş ve yetki alınmadan konulan bu isimlerin kullanılamıyacağını, eğer açılış merasimi sırasında isim plaketleri çakılırsa bunların söktürüleceğini ve bu konuda yapılacak masrafların belediyeye yükleneceğini yazısının sonuna eklemiştir. Buna rağmen belediye yetkilileri isim plaketlerini değiştirmemişlerdir. Vali ise belediyeye bildirdiği şekilde plaketleri söktürmüştür. Mesele bununla kapanmamış ve mahalli parti üyeleri adeta valiye savaş açarcasına bir propoganda kampanyasına girişmişler ve plaketleri tekrar değiştirmişlerdir. Bunun üzerine vali ihtiyati yetkilerini kullanmaya karar vermiştir. Devletin ve vilayetin bütün servisleri, bu kararla birlikte bulvarın eski adını kullanmaya başlamışlar, yeni adla gelen bütün posta, telefon ve yazışmaları «adresi bilinmiyor» diye geri çevirmişlerdir. Ayrıca plaket tekrar değiştirilmiş ve polis muhafazası altına alınmıştır. Kamu malınan zarar verilmesini önlemek amacıyla Ceza Kanunu hükümlerine dayanarak Cumhuriyet Savcısından tevkif müzekkeresi istenmiş ve yapılan bütün bu muamelelerin masrafı belediye bütçesine yüklenmiştir. Herhangibir olayı önlemek için belediye sınırları içine ilâve polis kuvvetleri sevkedilmiştir ve masrafları mahalli bütçeden karşılanmıştır. Bütün bunların neticesinde hemen hemen bölgede asayiş sağlanmış ve merkezi idarenin dediği olmuştur (Le Monde, 24, 25, 29, 31 Ağustos, 12 Eylül 1950 ve 9 Nisan 1951 tarihli nüshalardan naklen CHAPMAN, Brian: French Local Government, London, 1953, sh. 131 - 132).

(21) CHAPMAN, Brian : French Local Government, a.g.e., sh. 131.

evvel merkezî idareye müracaatla izin istenmesi bahis konusudur. Bu sebeple karışıklığa mahal vermemek ve durumu daha güzel ifade etmek için «önceden izin» tabiri kullanılmıştır. Zira karar alındıktan sonra da izin bahis konusu olabilir. Ancak buradaki izin kararın yürütülebilmesi için gerekli olan izindir ve bu da tasvip veya tasdik terimleriyle ifade edilebilir.

3 — İkame Yetkisi

Merkezi idare, idari denetim yetkisinin sonucunda bazı hallerde mahalli idarenin kararları veya eylemleri yerine kaim olmak üzere kendisi karar alabilir veya eylemde bulunabilir. Daha açık bir deyimle, ikame yetkisi, vesayet makamının mahallî organlar yerine karar alması veya mahallî idare organlarının aldıkları kararlar üzerinde değişiklik yapabilmesidir.

Vesayetin ağır bir şekli olan ikame daha çok idarî hiyerarşi prensibinden çıkar ve İngiliz mahallî idarelerindeki ihmal halindeki yetkilere benzer. Bununla beraber Fransız hukukunda ikamenin kullanma alanı İngiliz hukukuna nazaran daha geniştir (22).

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, vesayet makamına tanınan ikame yetkisi aslında istisnai bir mahiyettedir. Zira böyle bir yetkinin vesayet makamına istisnaen değilde genel olarak verilmesi mahallî özerklik fikrini büyük ölçüde zedeler ve hatta ortadan kaldırır.

Onar'a göre, «mahallî otoritenin kararının tadili demek mevzuun yâni tasarruftan doğması beklenen ve istenen neticenin, durumun değiştirilmesi demektir. Halbuki kararın mevzuunu tayin etmek doğrudan doğruya yerinden yönetim idaresinin yetkisi dahilindedir. Tasarrufun hak sahibi, yerinden yönetim idaresidir; o bu tasarrufu yapıp yapmamakta, mevzuunu tayinde, kanunun verdiği imkân ve yetkiler dahilinde serbesttir» (23). Göreli ise, «Teşebbüs kuvvetinin daima yerinden yönetim hükmi şahsına ait olması özerkliğinin mantıki sonucudur. Bu sebeple vesayet makamının yerinden yönetim idaresinin kararını değiştirmek yetkisini haiz olması halinde, hükmi şahsın özerkliği, teşebbüsün elinde bulunması hakkı manasız bir noktadan ibaret kalır» demektedir (24).

Bununla beraber kanunlar bazı hallerde vesayet makamına, yerinden yönetim idarelerinin kararlarında muayyen bazı değişiklikler yap-

(22) RİDLEY, F. - BLONDEL, J.: Public Administration in France, London, 1969, sh. 105.

(23) ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 3. bası, sh. 627 - 628.

(24) GÖRELİ, İsmail Hakkı: a.g.e., sh. 12.

mak yetkisini verebilir. Bu durumda genellikle kanunun amacı, yerinden yönetim idaresini, kanunen verilmiş bazı zorunlu görevleri yerine getirmeye veya alması gereken kararları almaya zorlamaktır. Burada yerinden yönetim idaresi yönünden bir kanuna aykırılık söz konusudur. Ama bu aykırılık bir davranışta bulunmak suretiyle ortaya çıkan bir aykırılık olmayıp, tabiri caizse pasif bir aykırılıktır; yâni kanunun yapılmasını emrettiği bir hususta pasif kalmak suretiyle ortaya çıkan bir kanuna aykırılıktır. İşte bu durumda kanun, vesayet makamına ikame yetkisini vermekte ve böylece yerinden yönetim idaresinin yapmaya mecbur olduğu husus gerçekleştirilmektedir. Aksi halde, vesayet makamının takdirine bırakılan veya alanı yahut konusu belirtilmeyen ikame yetkisi istisnai olmaktan çıkar ve mahallî idareler için bir sakınca teşkil eder. Bu sebeple vesayet makamına ikame yetkisi verilirken kanun koyucunun da çok titiz davranması gerekir.

Bu yetki idari denetimin en ağır yetkilerinden olup istisnai mahiyettedir. Bu sebeple idari denetimin diğer birçok yetkilerinde olduğu gibi bunda da kanuni bir hükme dayanarak bu yetkinin kullanılması mümkün olabilir.

Yukarıda belirtildiği gibi ikame yetkisi mahalli idarenin kararları üzerinde olabilir: Şöyle ki, mahalli otoritenin kanunen emredilen bir konuda gerekli kararı almaması halinde merkezi idare onun yerine karar alabileceği gibi, ikame yetkisi mahalli idare organlarının aldıkları kararlar üzerinde merkezi idare makamlarının değişiklik yapabilmelerini de ihtiva eder (25).

Merkezi idare ikame yetkisine dayanarak mahalli otoritenin yerine eylemde de bulunabilir. Eğer mahalli otorite kanunun yapmasını istediği şeyleri yapmazsa merkezi idarenin bazı durumlarda onun yerine hareket etmek yetkisi vardır (26).

Gerçekten kanuna aykırılık müsbet bir eylemde olmayıp bir görev ifasından kaçınma sonu ortaya çıkmışsa, vesayet makamı enerjik bir süreç uygulayabilir. Vesayet makamının uyguladığı süreç, yerinden yönetim makamı yerine eyleme geçmesidir ki, buna «**eylem ikamesi** (substitution d'action)» adı verilir (27).

Bazı memleketlerde merkezi idareye kanunla, fonksiyonlarını ifada

(25) Örnek olarak bizde il özel idare veya belediye bütçesine konulmayan kanuni ödenek ve payların merkezi idare tarafından res'en bütçeye konulmasını veya bunların eksik konulması halinde kanunî hadde kadar yükseltilmesini zikredebiliriz.

(26) FİNER, Herman: English Local Government, a.g.e., sh. 318.

(27) WALİNE, M.: Droit Administrative, Paris, 1959, sh. 391.

ihmale düşen mahalli ifadelerin görevlerini yerine getirmek yetkisi de verilmektedir (28). Ancak bu yetkinin nihai ve mahalli idare için utandırıcı bir tedbir olduğunu ve mahalli meclisleri makul olan asgari bir seviyede harekete zorladığını belirtmek gerekir (29).

4 — Plan ve Projeleri Tetkik Yetkisi

Birçok ülkede mahalli idare tarafından hazırlanan plan ve projeler merkezi idarenin tetkikine tabidir.

Merkezi idarenin denetimi geniş ölçüde plan ve projelerin tasvibi sistemi vasıtasıyla uygulanmaktadır. Çok yakın bir geçmişe sahip olmakla beraber bu denetim şekli son derece etken ve hızla gelişmekte olan bir denetim usûlüdür (30). Zira plan ve projelerin tetkiki suretiyle yapılan denetim aslında hem icra safhasından önce hem de icra safhasında vaki olmaktadır.

Bugün, birçok ülkede, kanunun düzenlediği hizmetin yönetimi ile ilgili olarak, mahalli idarenin proje hazırlama zorunluluğuna dair olan eğilim açıkça görülmektedir. Diğer yandan zamanımızda planlamanın gittikçe gelişmekte ve önem kazanmakta olduğu herkesin malumudur. Öyle ki plan ve projelerin yol, inşaat, köprü v.s. gibi sadece teknik hizmetlere hasredilmesi devri artık geçmiş, bunun dışındaki alanlarda planlama kendini esaslı bir şekilde hissettirmeye başlamıştır. İşte gerek teknik, gerekse idari veya mali mahiyette olsun, hazırlanan plan ve projelerin icra safhasından önce merkezi idarenin tetkikine sunulması birçok memlekette kabul edilmiştir. Merkezi idare burada icra safhasından önce plan ve projeleri denetlemiş olmaktadır.

Gerçekten kanunlarda, mahalli otoritelere plan, proje veya teklifler hazırlamak yoluyla kendilerine kanunla yüklenen görevleri nasıl gerçekleştireceklerini tasarlamaları konusunda gittikçe artan ölçüde yükümlülük hükümleri yer almaya başlamıştır. Kanunlar geniş çizgilerle izlenecek yolu belirtmekte ve her mahalli otorite kanunun uygulanmasındaki yolu kendisi ayrıntılı olarak belirleyerek, tasarlanan hizmetin nitelik ve kapsamı ile birlikte mahalli meclisin gelecekte gerçekleştireceği geliş-

(28) İngiltere'de mahalli otoritenin fonksiyonunu yapmaması halinde, bazı durumlarda, bakan o otoriteyi önce ikaz eder ve sonra da o hizmetin ifası için mahalli otoritenin yerine kaim olmak üzere kendi memurlarından bir veya daha fazlasını tayin eder. Tayin edilen bu şahıs veya şahıslar, ihmalde bulunan otoritenin bütün yetkilerini haiz olurlar.

(29) FİNER, Herman: Governments of Greater European Powers, London, 1956, sh. 258.

(30) BARBER, M. P.: a.g.e., sh. 85.

melerin çizgisini de tesbit etmektedir. Bununla açıklanmak istenen, plan yapmada otoritenin kendi insiyatifini kullanmasına esneklik getirmektir (31).

Plan veya projenin hazırlanmasından sonra tasdik için ilgili merkezi idare ünitesine sunulması gerekir. Merkezi idare, mahalli otoritenin projesini tasdik eder, reddeder veya değiştirdikten sonra tasdik eder.

Plan ve projelerin merkezi idare tarafından tasdik veya tasvip edilmesiyle birlikte mahalli idare, tasdik edilen bu plan ve projeye göre hizmetleri yürütmek mükellefiyeti altına girer. Böylece merkezi idare icra safhası sırasında da denetimini devam ettirmek durumunda olur. Ancak burada asıl önemli olan, merkezi idarenin mahalli idarelerin görevlerini ileride nasıl yürüteceğine ayrıntılarıyla karar verebildiğinden, önemli ölçüde bir denetim uygulamış olmasıdır (32).

Hemen belirtmek gerekir ki, buradaki tasdik sadece bir formaliteden ibaret değildir. Merkezi idare bu projeleri teknolojik, idari ve malî açıdan dikkatli bir incelemeye tabi tutar ve projenin teknik uygunluğuyla, maliyetiyle ve mahalli otoritenin bütçesindeki oranıyle ilgilenir (33). Bu yetkiler sayesinde merkezi idare temin edilen hizmetin standartlarını denetlemek ve mahalli idareler arasında bir ölçüde yeknesaklığı sağlamak imkânını elde eder (34).

Gerçekten plan, proje ve tekliflerin tasdiki yoluyla hizmetlerin planlanması ve gerçekleştirilmesinde merkezi idare büyük ölçüde etkili olabilmektedir. Mahallî idarenin teklifinin yeterli kabul edilen bir standarda uyması ve bütün ülkede hizmet eşitliğinin sağlanması bu yolla gerçekleştirilmektedir. Merkezi idare sık sık model projeler hazırlayarak, mahallî idarelerin ortak ve kabul edilebilir bir esasa dayalı olarak planlarını hazırlamalarına olanak sağlarlar. Ayrıca mahalli ve merkez memurları arasında planın şekillenmesi safhasında bazı görüşmelerin cereyan etmesi, planın sunulmasından önce belirli bir ölçüde anlaşmaya varılmasına yol açar (35). Buna rağmen bu denetim, merkezi idareyi, bakanlık politikasına uymayan projeleri değiştirmek veya reddetmek yetkisi vasıtasiyle, mahallî otoritelere kendi siyaset ve arzusunu empoze etmeye muktedir kılar (36). Aynı zamanda bakanlığa müdahale fırsatı veren bu

(31) CROSS, C. A.: Principles of Local Government Law, London, 1966, sh. 176.
(32) Bk.: STONES, P.: Local Government for Students, London, 1964, sh. 107.
(33) FİNER, Herman: a.g.e., sh. 316.
(34) CLARKS, H. W.: Administrative Law for Surveying Students, London, 1970, sh. 31.
(35) CROSS, C. A.: a.g.e., sh. 177 - 178.
(36) BARBER, M. P.: a.g.e., s. 86.

yöntem, mahallî otoritenin kendi işlerinin organizasyonunda haiz olduğu takdir yetkisini sınırlandırmaya yönelir (37).

5 — Düzenleyici İşlemleri Tetkik Yetkisi

Hemen hemen her memlekette kanunlar mahalli idarelere ait genel hükümler koyarlar. Bunların teferruatı ise merkezi idare tarafından ve mahalli idareler tarafından çıkarılan düzenleyici işlemlerle düzenlenir. Mahalli idareler tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler genellikle merkezi idarenin tetkikine tabidir. Merkezi idare böylece mahalli idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla bir denetim icra eder.

Burada merkezi idarenin geniş tecrübesi, hüküm ve hukuk hatalarından sakınmada veya mahalli idarenin niyetinin en iyi şekilde başarılmasına yardımcı olmada mahalli idarenin emrine verilmiş olmaktadır. Ancak şunu hemen belirtmek gerekir ki merkezi idarenin tasdiki mahalli idarenin hazırladığı düzenleyici işleme, kanuna uygunluk vasfını kazandırmaz. Eğer bir düzenleyici işlemin tabiatında gayri kanunilik varsa, merkezi idarenin müsbet veya zımnı tasdiki onu kanuni hale koymaz (38).

Merkezi idare kendisine tasdik için sunulan düzenleyici işlemi, ya tasdik eder veya tasdik etmeyi reddeder. Bu yetkiler tamamen tasdik makamının iradesi dahilindedir.

Bizde belediye zabıta yönetmeliklerinin mahalli en büyük mülkî âmir tarafından tasdik edilmesi, bu hususa örnek teşkil eder (Bel. K. mad. 71).

Bazı ülkelerde, merkezi idare, mahalli idareler tarafından kopya edilebilecek türden **«örnek düzenleyici işlem»** yayınlar ve eğer mahalli otorite bu modelden ayrılmak isterse makul sebepler göstermelidir.

Örnek düzenleyici işlemler, merkezi idare tarafından, uzun tecrübelere ve mahalli otoriteler tarafından sunulan yüzlerce teklife dayanılarak hazırlanır (39) ve genellikle, örnek düzenleyici işleme göre hazırlanmayan veya bazı önemli hususlarda ondan ayrılan düzenleyici işlemlerin tasdikini elde etmek oldukça zor olabilir (40).

6 — İtirazları ve Anlaşmazlıkları Karara Bağlama Yetkisi

Merkezi idare, daha alt kademelerdeki organlarının mahalli idare-

(37) JACKSON, W. Eric: The Structure of Local Government in England and Wales, London, 1967, sh. 130.
(38) FİNER, Herman: a.g.e., sh. 312 - 313.
(39) FİNER, Herman: a.g.e., sh. 313.
(40) CROSS, C. A.: a.g.e., sh. 96.

leri denetlemesi sırasındaki mahalli idare itirazlarını ve mahalli idareler arasındaki anlaşmazlıkları da karara bağlar.

Birçok kanun, fertlere, mahalli otoritenin kararları aleyhine merkezi idareye başvurma hakkını vermektedir. Bu yolla merkezi idrae, aynı zamanda, mahalli idarelerin işlemleri üzerinde denetimde bulunmak fırsat ve yetkisini de elde eder. Daha güzel bir ifade ile, fertlerin merkezi idareye müracaatı, idarî denetimi harekete geçirmektedir.

Bu tip bir denetim Türkiye'de de mevcuttur. Bizim sistemimizde buna, **«idari vesayet makamına müracaat»** denilmektedir ve bu da müracaat yoluyla denetimin bir çeşididir. Bilindiği gibi bizde, idari vesayet makamına müracaat, idari vesayet altında bulunan makamlar tarafından yapılan eylem ve işlemlerden dolayı hakkının veya menfaatinin haleldar olduğunu iddia eden kimsenin vesayet makamına başvurarak hatalı veya yolsuz bulduğu hususu o makama göstermesi ve sonuç olarak idarenin eylem ve işleminin iptal veya düzeltilmesi dileğinde bulunmasıdır. Memleketimizde idari vesayet makamları yerinden yönetim idarelerine emir ve direktif veremiyeceği ve bunların kararlarının konu ve muhtevasını kaideten değiştiremiyecekleri ve esasen vesayet yetkisinin kullanılacağı saha da sınırlı olduğu için idari vesayet makamına müracaat yoluna başvurmak fert bakımından önemli bir hüküm ve sonuç doğurmaz; ancak vesayet yetkisinin kullanılabileceği sahalarda veya bu yetkinin kullanılmasına karşı bir sonuç husule getirebilir.

Merkezi idareye yapılan müracaatları üç kısıma ayırarak incelemek mümkündür.

a) Mahallî İdareler Arasındaki Anlaşmazlıkların Çözümlenmesi

Mahallî idareler arasında birçok durumlarda anlaşmazlıklar çıkabilir. Mahallî idareler arasında anlaşmazlık çıktığı zaman, birçok kanunlar bunu çözümlemek için merkezi idarenin hakemlik yapmasını temin etmişlerdir. Bu yolla da merkezî idare mahallî idareler arasındaki ilişkiler üzerinde de bir denetim uygulamış olur (41).

Mahallî idareler arasındaki anlaşmazlıkların merkezi idare tarafından çözümlenmesi bir bakıma isabetli bir yoldur; zira merkezi idare, sorunu herhangibir mahkemeden daha iyi bilme durumundadırlar ve uygulanan usûl, daha dostça olduğu gibi, aynı zamanda mahkemelerde yapılan masrafa ve zamana kıyasla daha az masraflı ve daha çabuk karar alma gibi yararları da vardır.

(41) STONES, P.: a.g.e., sh. 107.

Mahallî idareler arasındaki anlaşmazlığa İngiltere'den örnek olarak, il meclisinin bazı tipdeki yolların işletilmesine izin vermemesi halinde şehirsel bölge meclisinin buna Ulaştırma Bakanı nezdinde itiraz etmesini belirtebiliriz (42).

b) Mahallî İdare ile Onun Personeli Arasındaki Anlaşmazlıkların Çözümlenmesi

Mahallî idare ile onun personeli arasında çıkan anlaşmazlıklarda nihaî karar merkezi idare tarafından verilebilir. Pek tabii olarak bu tür bir müracaat her ülkede sıkça rastlanan bir müracaat değildir.

Örnek olarak, İngiltere'de, Eğitim Kanununda mahallî eğitim idaresiyle okul yöneticileri arasındaki anlaşmazlıklar konusundaki itirazlarda Eğitim Bakanının karar vereceği hükmü yer almaktadır.

c) Mahallî İdare Kararlarına Fertlerin İtirazı

Mahallî idarenin verdiği karardan dolayı zarara uğrayan yahut etkilenen fertlerin merkezi idareye itirazda bulunmaları hususu oldukça yaygındır.

Bizde, Belediye Kanununun 73. maddesine göre, belediye meclisinin kesin kararlarına karşı vesayet makamına yapılan itirazı bu konuya örnek gösterebiliriz.

Yapılan itirazlara karar vermek yetkisi daha az merkezi kontrol metodudur. Mahallî idareler arasındaki veya bir mahalli idare ile onun memurları arasındaki anlaşmazlık halinde ise, merkezi idarenin kararı onun politika hattını gösterir (43). Böylece merkezi idareye, hakemlik yapmak suretiyle, mahalli idareler arasındaki ilişkiler üzerinde de denetimde bulunmak yetkisi verilmiş olmaktadır.

Burada merkezi idare yerine yargı organına başvurma yolu da mevcuttur. Fakat idari usûl, yargısal usûle nazaran daha süratli olduğundan genellikle mahalli otoriteler ona karşı çıkmazlar ve onu tercih ederler.

7 — Teftiş ve Soruşturma Yetkisi

Mahalli idare üzerinde merkezi idarenin haiz olduğu önemli yetkilerden birisi de teftiş ve soruşturma yetkisidir.

Bilindiği gibi teftiş, fiili bir denetim usûlüdür ve merkezi idarenin

(42) CHESTER, D. N.: a.g.e., sh. 83.
(43) CHESTER, D. N.: a.g.e., sh. 98.

haiz olduğu idari denetim yetkileri içinde en etken olanlarından biridir. Fiilî denetimin konusu ise, fiilî durumun hukukî duruma ve uygulanması gereken diğer hukukî durumlara uygun olup olmadığını tesbitten ibarettir; yâni bu denetimin konusu münhasıran eylemler ve maddi hadiselerdir. Bu sebeple, bu kontrol bazı durumlarda eylemlerin kanunîliğini denetlemeyle sınırlandırılmıştır.

Bu denetim, mahalli idarelerin yalnız müsbet sahadaki eylemlerine değil, kanunî görevlerinin ihmalini tazammun eden menfi hareketlerine de şamildir.

Teftiş esas itibariyle müfettişler vasıtasıyla yapılır. Her bakanlığın kendi müfettişleri vardır ve bakanlıkların müfettişlerinin aralarında işbirliği yapmaları çok nadir olarak görülür. Ayrıca her bakanlığın denetim derecesi ve denetim telâkkisi de birbirinden farklıdır (44).

İkili görev sistemini kabul eden ülkelerde, merkezi idarenin bir ajanı olarak hareket eden vali ve kaymakamların da mahalli idareler üzerinde teftiş yetkisinin varlığını göz önünde bulundurmak gerekir.

Teftiş genellikle idari işlem ve eylemlerin vukuundan sonra yapılır. Teftiş sonucunda bu işlemleri yapan mahalli memurların hukuk kurallarına ve merkezi idarenin emir ve talimatlarına yahut isteklerine ne dereceye kadar uymuş oldukları bu suretle tesbit edilir.

Teftişin bazan istikrazlara müsaade etmemek veya merkezce tasvip edilen hususlara mali yardımda bulunmak yetkisi vasıtasıyla mali denetimle irtibatlandırıldığı da görülür. Hatta bazı hususlar için, resmi olarak müfettiş raporu istenir; fakat bu özel durum olmasa bile müfettişler tarafından belirtilen ölçüler herzaman önem taşır (45).

Teftişi sadece mahalli idaredeki uygunsuzlukları ve aksaklıkları ortaya çıkaran bir denetim usûlü olarak ele almak eksik ve yanlış bir düşünce olur. Zira teftişin fonksiyonu gerçekte iki yönlüdür. Herşeyden önce, çeşitli bakanlıklara bağlı müfettişler âmirlerine mahalli idarelerin kendilerine verilen görevleri etkili ve verimli olarak ifa edip etmedikleri hakkında rapor vereceklerdir. Fakat müfettişlerin asıl önemli görevi ihtisas sahibi kimseler olarak mahalli idarelerle istişarede bulunmak ve yıllar boyunca edinilmiş tecrübe ve yapılmış incelemeler mahsulü bilgileri sağlamaktır. Her müfettiş ne aradığını ve onu nerede bulacağını bilen bir mütehassıstır. Bir meselenin ruhunu çabucak kavramak ve ciddi kusur-

(44) FİNER, S. E.: A Primer of Public Administration, London, 1965, sh. 105 - 106.

(45) MACKENZİE, W. J. M. - GROVE, J. W.: Central Administration in Britain, London, 1961, sh. 405.

larla sathi ve eldeki konuyla ilgili olmayan şikayetleri birbirinden ayırmak müfettişliğin esas görevidir. Müfettiş irtibat ve danışma görevlerini sağlamakta, sahasındaki bilgilerinden, nezaket, aklı selim ve ikna etme kabiliyetinden faydalanır. Ceza vermeye veya emretmeye prensip itibariyle kalkmamalıdır (46). Bunları yaparken müfettişin elinde son derece etkili müeyyidelerin bulunduğunu da hatırdan çıkarmamak gerekir.

Bu müeyyidelerin en ağırı kanuna aykırı hareket eden mahalli memuru yargı organı önüne çıkarmaktır. Bu maksatla müfettişin yaptığı teftişe «soruşturma» adı verilir. Diğer bir deyimle soruşturma da aslında bir teftiştir. Ancak soruşturmanın gayesi belli bir isnadın yahut kanuna aykırılığın tesbitidir. Halbuki teftişte genel bir inceleme söz konusu olur.

Teftiş veya soruşturma neticesi uygulanan diğer ağır bir müeyyide de mahalli idarenin parasını usulsüz harcayan veya buna sebep olan şahıslar adına borç çıkarmadır. Bu müeyyide mali teftiş veya hesap teftişi sonunda uygulanabilen bir müeyyidedir.

Hesap teftişi veya mali teftiş mahalli idare için en fazla önemi haiz olan bir teftiş usûlüdür. Çünkü her mahalli idare bundan özellikle çekinir. Ancak mahalli idare parasını kanuni yetkisi olmayan gayeler için harcadığı derecede mali teftiş veya hesap teftişi suretiyle sıkı bir denetime tabi tutulur (47).

8 — Tayin ve Azil Yetkisi

Merkezi idarenin mahalli memurları tayin ve azletmesi, mahalli idare ünitelerinin faaliyetlerini en açık ve etkili bir şekilde denetleme vasıtasıdır. Merkezi idare bu vasıtalarla denetimi mahalli ünitenin teşkilat yapısı içinde de sürdürür (48).

Merkezi idarenin tayine yetkili olduğu mahalli memurlar her memlekete göre değişmektedir. Meselâ mahalli idarenin yöneticileri seçimle işbaşına gelebilecekleri gibi tayinle de getirilebilirler. Bazı devletlerde bu yöneticilerin Mahalli İdareler Bakanlığı tarafından tayin edildiği görülmüştür (49).

Merkezi idareye dahil bir şahsın yöneticilik gibi özel bir görevle gö-

(46) HARRİS, John S.: *«İngiltere'de Mahalli Hizmetlerin Merkezi Hükümet Tarafından Teftişi»*, Amme İdaresi Seçme Yazılar (Der: LARSEN, William F.; Çev: AVCIOĞLU, Gülgûn), Ankara, 1959, sh, 247.

(47) Bk. CHESTER, D. N.: a.g.e., sh. 99.

(48) HUMES, S. - MARTİN, E. M.: a.g.e., sh. 47.

(49) MADDİCK, Henry: Democracy, Decentralization and Development, New York, 1968, sh. 181.

revlendirilmesi, mahalli meclis kararlarını hükümsüz kılan bir yolla siyasetin onun tarafından yorumlanmasını ifade eder. Bunun tersi de olabilir: Şöyle ki, mahalli meclis üyelerinin tecrübeli ve anlayışlı olmaları ve halkın refahı için gayretli bulunmaları halinde merkezi idarenin yöneticiler olarak tayin edilen memuru tamamen meclise tabi olabilir. Merkezi tayinin başlıca sakıncaları, bakanlık emirlerinin, sirkülerlerinin ve yazışmalarının yöneticinin mahalli yetki ve teşebbüse sahip olmasını önleyecek kadar artmasına yol açması veya mahalli halkın yöneticiye meclisten daha fazla önem atfetmeleri ve mahalli olmaktan ziyade merkezi idareye ait olan problemler de dahil olmak üzere herşeyi ona tevcih etmeleridir (50).

Merkezi idare, yukarıda belirtildiği gibi mahalli otoritenin yüksek kademe idari memurlarını yani yöneticilerini tayin edebildiği gibi teknik memurlarını, sağlık memurlarını ve hatta bazan da mahalli meclis ve meclis komite üyelerini de tayin edebilmektedir.

Meclis üyelerinin tayin edilmesini benimseyen sistemlerde amaç, merkezi idare hiyerarşisindeki bir şahsın veya üst makamın mahalli meclis üzerinde etkili olmasını veya meclisi kontrol etmesini sağlamak veya belirli vasıflara sahip yahut belirli makam sahibi fertlerin meclis üyesi olmasını temin etmektir (51).

Diğer bazı memleketlerde merkezi idarenin tayin yetkisi mevcut olmamakla beraber mahalli idarenin bazı memurlarının tayinini tasdik etme yetkisi vardır. Mesela İngiltere'de eğitim müdürü veya polis müdürü gibi bazı yüksek kademe mahalli memurların tayininin ilgili bakanlık tarafından tasvibi gereklidir (52).

Merkezi idarenin mahalli memurları azil yetkisi onları tayin etmeden daha kapsamlıdır ve Asya ve Güney Amerika ülkelerinde olduğu kadar bir çok Avrupa ülkelerinde de yüksek kademe üniteleri, tayin edilmiş memurları olduğu kadar seçilmiş memurları da azledebilirler. Bu ülkelerin çoğunda seçilmiş memurları azletme hakkı ağır ehliyetsizlik, isbatlanmış ve inat derecesinde bir emre itaatsizlik, disiplinsizlik veya siyasi faaliyetsizlikten yararlanarak fonksiyonlarını yerine getirmemek gibi durumlarla sınırlandırılmıştır. Bununla beraber uygulamada bu yetki az kullanılır ve bu kullanma da esas itibariyle Lâtin ve Asya devletlerine münhasırdır. Merkezi idare seçilmiş memurları azletmeyi kesinlikle lüzum his-

(50) MADDİCK, Henry: a.g.e., sh. 182.
(51) MADDİCK, Henry: a.g.e., sh. 160 - 161.
(52) Bk. FİNER, S. E.: a.g.e., sh. 104; SMİTH, S. A. de: Constitutional and Administrative Law, London, 1971, sh. 399.

setmedikçe, genellikle siyasi yönden uygun bulmaz. Birçok durumlarda azledilen seçilmiş memurlar yeni seçimlerde tekrar yerlerine iade edilirler. Buna benzer birkaç önemli durumda merkezi idare tarafından tayin edilenler kalan sürede mahalli işleri idare etmek için atanırlar (53).

9 — Emir ve Direktif Verme Yetkisi

Bazı durumlarda merkezi idareye, mahalli idarelerin yetkilerini nasıl kullanacaklarını belirten teferruatlı idari emirler verebilmek özel yetkisi tanınmıştır (54). Bu yetki genel olarak kanunla verilmiş olabileceği gibi seçilen idari denetim şeklinin mahiyetinden de doğabilir. Şöyle ki, «ikili görev sistemi»ni kabul etmiş olan ülkelerde merkezi idare kendi ajanı vasıtasıyla emir ve direktif verme imtiyazını kısmen elinde bulundurmuş olmaktadır. Yine bunun gibi sübvansiyon yoluyla denetimde merkezi idare mahalli idareye bazı emir ve direktifler verdikten sonra, bunların yerine getirilmesi halinde mali yardımda bulunacağını açıklayabilir. İşte bütün bu haller merkezi idarenin mahalli idareye emir ve direktif vermesinin örneklerini teşkil ederler.

Merkezi idarenin mahalli idarelere emir ve direktif vermesi, ilk bakışta, otoriter mahalli idare sistemini benimsemiş ülkelerde söz konusu olabilecek bir yetki intibaını vermekte ise de, bu yetkinin demokratik mahalli idare sistemini kabul etmiş ülkelerde de mevcut olduğunu açıklamamız gerekir. Bu durum, kaçınılmaz olarak, bu yetkinin mahalli idare özerkliğini zedeleyip zedelemediği sorununu gündeme getirmektedir.

İkili görev sisteminin uygulandığı ülkelerde merkezi idareye tanınan emir ve direktif verme yetkisi, mahalli idare ünitesinin özerkliğini zedelemektedir. Buna karşılık yardımlar (sübvansiyon) yoluyle yapılan denetimde, bu yetkinin tanınması, özerkliği zedeleyici bir niteliğe sahip değildir.

Merkezi idarenin emir ve direktif verme yetkisi, merkezin mahalli idarelere teklifte bulunmasının bir anlamda kısmen zorlayıcı bir şeklidir. Ancak merkezi idare ile mahalli idare arasındaki gündelik iş ilişkilerinde emir verme yetkisine ihtiyaç duyulmaz. Bunun tersi bir uygulama mahalli idareyi merkezin bir organı haline getirir. Zaten bu haliyle bile, merkezin emir ve direktif verme yetkisi eleştirilmekte ve bunun mahalli kendi kendine yönetimi (local self - government) yoketme eğiliminde olduğu belirtilmektedir.

---

(53) HUMES, S. - MARTİN, E. M.: a.g.e., sh. 47 - 48.
(54) HART, William O.: İntroduction to the Law of Local Government and Administration, London, 1962, sh. 351.

Merkezi idare emir ve direktiflerini yazılı olarak verebileceği gibi sözlü olarak da verebilir. Ancak merkezi idarenin haiz olduğu bu emir ve direktif verme yetkisinin sınırlı olduğunu belirtmekte yarar vardır. Bunun aksini düşünmek yukarıda da belirttiğimiz gibi, mahalli özerklik fikrine aykırı düşer.

İdarî denetimin merkezi idareye verdiği bir yetki olarak emir ve direktiflere uymak mecburiyetinin sınırı yahut uyulmaması halindeki müeyyidenin ne olacağı konusuna da temas etmek gerekir.

Herşeyden evvel kanuna aykırı emir ve direktife mahalli idarenin uymak mecburiyeti olmadığını kesinlikle söyleyebiliriz. İkinci olarak, merkezi idareye tanınan emir ve direktif verme yetkisi kanunen verilmişse ve merkezi idarenin emri kanuna aykırı değilse, mahalli idarenin bu emri yerine getirmemesi halinde merkezi idare kanunda belirtilen mekanizmayı harekete geçirebilir; yâni merkezi idare, denetimin müeyyidelerinden birisini kullanabilir.

Emir ve direktif verme yetkisinin kanundan değilde idari denetim şeklinin mahiyetinden doğması halinde, mahalli idarenin esas itibariyle buna uyma zorunluluğu yoktur. Ancak merkezi idare, mahalli idarenin bu emirlere uymaması halinde başka tedbirlere başvurabilir; mesela mahalli idareyi belli bir faydadan mahrum edebilir.

Gerçekten merkezi idare tarafından, mahalli idarelere yapılan yardımlarda bu durumu müşahade etmek mümkündür. Herhangibir mahalli idare, merkezi idareden yardım aldığı zaman, bu yardım merkezi idarenin denetimini de beraberinde getirmektedir. Zira yardım hükümlerine göre, merkezi idare mahalli idareye malî yardım yapmak için, denetimi şart koşmaktadır. Bu denetimin arkasından gelen kuvvetli bir yetki, mahalli idareleri merkezin emir ve direktiflerine uymaya zorlamaktadır. Bu yetki, yardımları azaltmak veya vermemek yetkisidir.

Yardımları azaltmak veya vermemek yetkisi, hernekadar dolaylı ise de, mahalli idarelerin kendilerini denetime hatta merkezi idarenin emirlerine arzetme pahasına olan ve özellikle pahalı hizmetlerle ilgili yardımları kazanmak için gerekli imtihana ancak çok az sayıda mahalli otoritenin dayanabildiği en etkili ve mahirane seçilmiş bir merkezi denetim şeklidir (55).

Sonuç olarak diyebiliriz ki, mahalli serbestiye izin veren yetkilerin böylece merkezi idarenin tesirine tabi kılınması mahalli kendi kendine yönetimi yoketmeye doğru gider ve mahalli otoriteleri merkezi idarenin

(55) HART, William O.: a.g.e., sh. 356.

mümessili seviyesine indirir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu yetkiler mutlaka son derece sınırlı olmalıdır.

10 — Gözetim Yetkisi

Merkezi idare bu yetkiye dayanarak verdiği emirlerin yerine getirilip getirilmediğini veya mahalli organların vazifelerini yapıp yapmadıklarını kontrol edebilir.

Bu yetki esas itibariyle tayin ve azilleri merkezi idareye ait olan mahalli memurlar üzerinde daha geniş bir şekilde kullanılır. Merkezi idare nezaret yetkisine dayanarak bu tip memurları daha sıkı bir şekilde ve daha yakından denetlemek imkanını elde eder.

Bazan da merkezi idare, mahalli meclislerin toplantılarına temsilci göndermek suretiyle gözetim yetkisini kullanır. Burada merkezi idare temsilcisi ya gözlemci olarak hareket eder veya mahalli meclisin kanuna aykırı davranışlarda bulunmasını ve isabetsiz karar almasını hukuken değil de fiilen önlemeye çalışır. Ama her iki durumda da genellikle merkezi idare temsilcisinin mecliste oy hakkı mevcut değildir.

Bu konuya örnek teşkil etmek üzere bizde Belediye Kanununun 56 ncı maddesini zikredebiliriz. Buna göre, belediye meclisinin gizli toplantılarına mülki âmir bizzat girebileceği gibi kendisini temsilen bir memur da gönderebilir. Buna benzer bir durum da İngiltere'de mevcuttur. İngiltere'de İskân ve Mahalli İdareler Bakanlığı memurları, mıntıka meclislerinin toplantılarında bulunmaya ve görüşmelerde yer almaya yetkili kılınmışlardır. Ancak bunların görüşmelerde oy hakkı yoktur (56).

Gerek verilen emrin yerine getirilmemesi gerekse nezaret yetkisinin kullanılmasıyla yolsuz bir durumun görülmesi halinde merkezi idarenin ilk tatbik edecekleri vasıta ihtardır. İhtar en hafif bir müeyyidedir. İhtar bir hukuki tasarruf olduğundan, merkezi idare kanuni bir yetkiye dayanmaksızın ihtarda bulunamaz (57); bulunsa bile bir kıymet ifade etmez.

11 — İhbar ve Beyana Tabi Tutma Yetkisi

Merkezi idarenin belirli hususların kendisine bildirilmesini mahalli idareden istemek yetkisi hemen hemen her ülkede mevcuttur. Bu yetki iki türlü işleyebilir. Ya merkezi idare mahalli idareden belirli bir hususun kendisine bildirilmesini isteyebilr ve bunun sonucunda mahall idare o

(56) Bk. JACKSON, W. Eric: Local Government in England and Wales, Aylesbury, 1963, sh. 197.
(57) ONAR, S. Sami: a.g.e., sh. 1494 - 1495.

hususta merkezi idareye bilgi verir veya merkezi idare sormadan mahalli idare otomatik olarak bildirimde bulunur.

Bizde belediye meclisleri tarafından toplantılarda alınan kararların özetlerinin mahalli en büyük mülki âmire gönderilmesi ve yapılacak gizli toplantıdan ve gündeminden mülki âmire bilgi verilmesi ihbar ve beyana tabi tutma yetkisine örnek teşkil eder. İngiltere'de ise çeşitli kanunlar merkezi idarenin mahalli otoriteden raporlar, istatistiki bilgiler ve çeşitli malümat isteyebileceğini açıklıkla belirtmektedirler (58).

İhbar veya beyana tabi tutma bazı hususlar yapılmadan evvel, yapılma hazırlıkları sırasında, icra safhasında ve icranın tamamlanmasından sonra cereyan edebilir. İhbar veya beyana tabi tutma sistemi mahalli otoritenin hareket serbestisini hiçbir surette kısıtlamaz; yalnız merkezi idarenin lazım gelen tetkikleri ve hazırlıkları yapmasını ve hareketten husule gelebilecek menfi neticeleri önleyici tedbirleri almasını, lazım gelen nezaret ve denetim vazifesini ifa etmesini temin eder (59). Velhasıl geniş bir merkezi denetimin asli şartı, mahalli şartlar hakkında bilgi sahibi olmaktır (60). Merkezi idare bunu ihbar ve beyana tabi tutma yoluyla elde edebilir.

SONUÇ

Merkezi idarenin mahalli idareleri denetlemesi hemen hemen her ülkede önem taşıyan bir husustur. Merkezi idarenin mahalli idareleri denetlemesi ile ilgili yetkiler, her ülkede kanundan doğmasına rağmen, bu yetkilerden bir kısmı kanunda mevcut olmasa da idari denetimin mahiyetinden ortaya çıkmaktadır.

Mahalli idare üzerinde merkezi idareye tanınan denetimin kapsamı ve denetimle ilgili yetkiler de çeşitli ülkelere göre farklılık arzetmektedir. Zamanımızda kamuya ait işlerde devletin rolünün artması, düzenli bir kalkınmanın sağlanmasından devletin sorumlu olması, devletin ve idarenin bütünlüğünün sağlanması, mahalli idarelerin ve mahalli halkın korunması gibi sebepler de merkezi idareye tanınan yetkileri çeşitlendirmektedir.

---

(58) Bk. CHESTER, D. N.: a.g.e., sh. 56; FİNER, Herman: a.g.e., sh. 322.
(59) ONAR, S. Sami: a.g.e., sh. 1495 - 1496.
(60) FİNER, Herman: a.g.e., sh. 322.

KARAHANLILARIN BÜYÜK HUKUKCUSU EBÛ ZEYD DEBBÛSÎ VE MEZHEBLERARASI MUKAYESELİ HUKUKA TE'SİRLERİ

Doç. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ
Selçuk Ün. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi

I — KARAHANLILAR VE DEBBÛSÎ'NİN HAYATI

Karahanlılar, IX - XI. asırlar arasında Büyük Türk Hâkanlığının hâkimiyetini ele geçiren ve ilk müslüman Türk Devleti olma şerefine eren Mâverâünnehirde kurulmuş bir devlettir. Mâverâünnehir, Seyhun ve Ceyhun nehirleri arasında kalan Batı Türkistan bölgesine denmektedir. 940 tarihlerinde müslümanlığı resmî din olarak kabul eden Karahanlılar, İslam hukukunu ve özellikle de Hanefi mezhebinin görüşlerini, sistematize eden ve bütün müslüman Türk devletlerine bu konuda kaynaklık edecek eser ve ilim adamlarını hazırlayan bir devlet olmuştur. Müslüman oldukdan çok kısa bir zaman sonra 300'e yakın müçtehid vasfı verilebilecek İslam hukukçusu yetiştirmişlerdir. Sünnî ve Hanefî olan Karahanlılar, İslâmiyetin yayılmasını millî bir siyâset hâline getirmişler ve büyük şehirlerini birer İslamî ilimler merkezi durumuna sokmuşlardır. Buhara, Semerkand, Üstrûşen, Fergana, Serahs ve Debbûs bunlar arasında yer almaktadır (1).

Debbûsî'nin hayâtı, Karahanlıların en parlak devirleri olan 977 - 1039 yılları arasına rastlamaktadır. Büyük bir Türk hukukçusu olan Debbûsî, bir görüşe göre Semerkand'ın, diğer bir görüşe göre ise Buhara'nın bir köyü olan Debbûs'da dünyaya gelmiştir. Debbûs, şu anda Rus hudutları arasında bulunan ve Karahanlılar devrinde büyük bir ilim merkezi olan şirin bir Türk köyüdür. Buradan Debbûsî'den gayrı ilim adamları da yetişmiştir. Doğum tarihi ve ölüm tarihi hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bâzıları 367/978 de doğduğunu ve 430/1038 tarihinde öldüğünü kabul ederken, bir kısım ilim adamları da ölüm tarihini 432/1040 olarak zik-

---

(1) Hudarî, Muhammed, Târih'üt-Teşrî'il-İslâmî, Mısır, sh. 275 - 298; Kavakçı, Yusuf Ziyâ, Karahanlılar Döneminde İslam Hukukçuları, Ankara 1976, sh. 2 - 3, 300.

(2) Leknevî, Abdülhayy, El-Fevâid'ül-Behiyye, Kahire 1324, sh. 109; İbn-i Kutlubğa, Tâc'üt-Terâcim, Leipzig 1862, sh. 27; Taşköprüzâde, Miftâh'üs-Sâ'âde, Kahire 1968, II/184; Kavakçı, 186 - 193; İbn-i Kemal, Tabâkât'ül-Hanefiyye, Sül. Kütp. Kınalızade, no: 1032, vrk. 7/a.

retmişlerdir. Bu büyük hukukçunun asıl adı Ebu Zeyd Abdullah bin Ömer ed-Debbûsî'dir. Bazıları Ubeydullah olarak zikretmektedir. 63 yaşında Buhara'da vefât eden bu büyük hukukçu, arkasında çok sayıda talebesini ve eserlerini bırakmıştır (2).

Debbûsî'yi yetiştiren hocalar silsilesi şu şekilde sıralanabilir: Ebu Ca'fer bin Abdullah Üstrûşenî; Ebu Bekr Cessâs; Ebül-Hasan Kerhî, Ebu Saîd Berduî, Ebu Hafs-ı Sağîr ve Kebîr, İmam Muhammed ve İmam-ı A'zam. Debbûsî çok sayıda hukukçu da yetiştirmiştir (3).

II — DEBBÛSÎ'NİN İLMÎ ŞAHSİYETİ VE İSLÂM HUKUKUNDAKİ YERİ

Debbûsî, fıkhın yani İslâm hukukunun çok yönlü bir şahsiyetidir. Biraz sonra zikredeceğimiz gibi, o İslâm hukukundaki mezheblerarası mukâyeseli hukukun da sistematik olarak ilk kurucusu sayılmaktadır. Hârikülâde zekâsı ve ilmî dirâyeti ile bütün ilmî münâzara ve münâkaşalarda hep üstün gelen Debbûsî olmuş ve hatta onun bu zekâsı İslâm hukukçularının arasında meşhur bir hâl almışdır. «Kendisini kesin delillerle mağlûb ettiğim hasımlarımın aptal aptal bana karşı gülmekle yetinmeleri gibi bir cezaya beni nasıl lâyık görürler?» sözü ona aittir. Karahanlıların resmen kadılık görevini yürütmesinden dolayı kendisi bütün İslâm hukuk eserlerinde Kadı Zeyd olarak anılmaktadır. Hanefi hukukçuları arasında eserleri ve ilmî dirâyetleriyle meşhûr olan kuzât-ı seb'a=yedi kadıdan biri de Debbûsî'dir. Sadece maddî ilimlerle yetinmeyen Debbûsî, ma'nevî ilimler sahasında da kendisini yetiştirmiş ve tasavvuf alanında bugüne kadar izleri kaybolmayan «El-Emed'ül-Aksâ» isimli eserini yazmıştır (4).

Ebu Zeyd Debbûsî'nin İslâm hukukundaki yerini tesbit etmeden önce, şunu belirtmemiz gerekir. Bilindiği gibi İslâm hukukuna ait ilimler iki kısımdır: Birincisi; fıkıh veya fürû'-ı fıkıh dediğimiz İslâm tatbîkî hukukudur. İkincisi ise; usûl'ül-fıkıh denilen İslâm nazarî hukukudur. Debbûsî bu her iki ilim alanında büyük bir ihtisâs sahibidir. Kısaca görelim:

İslâm hukukçuları, İslâm hukukunda söz hakkına sahip ilim adamlarını ilmî dirâyetlerine göre çeşitli guruplara ayırmışlardır. Bu gruplamalardan biri de, büyük Osmanlı hukukçusu İbn-i Kemâl'in yaptığı tasnifdir. İbn-i Kemal, yaptığı yedili tasnifde şöyle bir sıralama yapıyor ve

(3) Leknevî, 57, 58, 144, 176; İbn-i Kemal, vrk. 7/a.
(4) Kâtip Çelebi, Süllem'ül-Vüsûl, Sül. Kütp. Şehit Ali Paşa, 1887, vr. I/143; İzmirli İsmail Hakkı, İlm-i Hilâf, sh. 4, 14; El-Emed'ül-Aksâ, Râğib Paşa, No: 509, vrk. 1 - 10.

Debbûsî'nin İslâm tatbîkî hukukundaki yerini şöyle tesbit ediyor: Birinci gurup, mutlak müçtehitlerdir. Dört mezhebin imamları gibi. İkinci gurup, mezhebde müçtehitlerdir, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed gibi. Üçüncü gurup ise, sadece belli mes'elelerde içtihât yapabilen mes'elede müçtehitlerdir. Bunlara misâl olarak Tahavî, Serahsî ve Halvânî gibi ilim adamlarını zikrediyor, sonra da Debbûsî'yi Halvânî'nin gurubuna dâhil ediyor. Zaten Koca Debbûsî, kendisinin mes'elede müçtehid olduğunu El-Esrâr isimli fıkıh kitâbının giriş kısmında zımnî olarak belirtiyor (5).

İslâm hukukunun önemli bir dalı da İslâm nazarî hukuku diye ifâde edebileceğimiz usûl'ül-fıkıh ilmidir. İnsanlık tarihinde, ilmin terâkkî devreleri içerisinde, müslümanlar istisnâ edilecek olursa, mücerret hukuk ilminden bahseden bir kitâba müslümanlarınkinden evvel rastlamak mümkün değildir. İslâm hukukçularının «fürûât» dediği vaz' edilmiş hukukî kâideler, İslâm hukukçularına göre «hukuk ağacının dalları» olub aslâ mücerret manada «hukuk ilmi» sayılmazlar. Bu sebeble erken devirlerden beri müslüman hukukçulara hâs bir ilim dalı olarak görülen usûl'ül-fıkıh alanında da Debbûsî'nin hizmetlerine değinmek gerekmektedir. Bu ilim dalı ile alakalı bize kadar ulaşan ilk yazılı eser, İmam Şafiî'ye aittir. Hanefi mezhebi açısından bu ilmin esaslarını geniş ve sistemli bir şekilde ilk defa inceleyen eserin sâhibi ise Karahanlıların ilk hukukçularından Cessâs ünvânıyla meşhûr olan Ebubekr er-Râzî'dir. Başta kıyas bahsi olmak üzere usûl'ül-fıkıh ilminin bütün meselelerini mukayeseli olarak ele alan hukukçu ise, Kadî Ebu Zeyd Debbûsî olmuşdur. Bu büyük hukuk otoritesi, kendine hâs bir araştırma sistemiyle usûl'ül-fıkıh ilminin mes'elelerini yeni baştan birer birer şerh ve tahlil eylemiş ve özellikle de kıyâsın çeşitlerini ve hükümlerini ilk defa ayrıntılı olarak kaleme almıştır. Ve biraz sonra kendisinden kısaca bahsedeceğimiz Takvîm'ül-Edille isimli İslâm nazarî hukuku ile alakalı eserini ortaya çıkarmıştır. Bu eser, kendisinden sonra gelen bütün usûl'ül-fıkıh eserlerine kaynaklık etmiştir. Debbûsî'nin bu ilme getirdiği yenilikleri şöylece özetleyebiliriz : (6).

1) İslâm nazarî hukukunu bugün elimizde mevcut sistematiğine göre ilk defa tanzim ve tertip eylemiştir. 2) İslâm hukukunun kaynakları (edille-i şer'-iye bahsini ilk defa en geniş bir tarzda inceleyen Debbûsî olmuştur. 3) İlhâm ve nehyin hükmü gibi daha önce izahı yapılmamış bir

(5) İbn-i Kemâl, vrk. 1/a, 7/a; Leknevî, 6 - 7; Debbûsî, El-Esrâr, Sül. Kütp. Beşir Ağa, No: 310, vrk. 1/b.

(6) İzmirli, İlm-i Hilâf, 12 - 15; Hamidullâh, Muhammed, İslâmın Hukuk İlmine Yardımları, sh. 32 - 35; Kevserî, Zâhid, Hüsn'üt-Tekâdî, 40 - 41; Ali Hasan Abdülkadir, Nazratün Âmme Fî Târih'il-Fıkh'il-İslâmî, sh. 272-275; Seyyid Bey, Usûl-ı Fıkıh, Medhal, sh. 44 - 45; Brockelman, GAL, I/191.

çok nazarî mes'eleleri ilk defa Debbûsî gündeme getirmiştir. 4) Takvîm'ül-Edille adlı eserini sadece Hanefi mezhebinin görüşlerine değil, diğer mezheplerin görüşlerine de tahsis etmiş ve mezhepler arası mukayeseli metodu benimsemiştir. Bu sebeble eseri mukayeseli metodla yazılan İslâm nazarî hukuku kitablarının da ilk örnekleri arasında yer almaktadır (7).

Eski hukukçular, Hanefi usûl'ül-fıkhının üç bânîsi bulunduğunu belirtmekte ve üçü de Karahanlıların yetiştirdiği hukukçu olan şu ilim adamlarını zikretmektedirler: Ebu Zeyd Debbûsî, Fahr'ül-İslâm Pezdevî ve Sems'ül-Eimme Es-Serahsî. Münferit hukukî mes'elelerden küllî hukuk kâidelerine giderek neticeler çıkarmayı kendilerine metod edinen Hanefi mezhebinin bu usulcü âlimleri, üçü de birbirinin muâsırı oldukları gibi aynı beldelerin de çocuklarıdırlar (8).

Debbûsî her konuda i'tidâli elden bırakmamış olan bir Türk hukukçusudur. Aynı şey onun akidesi yani inancı hususunda da geçerlidir. Eserlerinde verdiği izahlardan da açıkça anlaşılacağı üzere, Debbûsî akîde açısından ehl-i sünnetin Mâtüridiye koluna mensubdur. Ancak ba'zı konularda müstakil ve farklı görüşler ileri sürdüğünü eserlerinden öğreniyoruz (9).

Debbûsî'den sonra Karahanlı hukukunun parlak bir siması haline gelen Serhas'lı Ebubekr Ahmed es-Serahsî, yazmış olduğu eserlerinde Debbûsî'den çok istifâde etmesine karşılık, bir çok konuda «ba'zı insanlar şöyle der» diyerek Debbûsî'nin görüşlerini zikretmiş ve sonra da tenkide tâbi' tutmuştur. Bu tenkitlerin etkisi kesin bilinmemekle beraber, İslâm hukukçuları arasında Serahsî'nin eserleri daha çok tutulmuştur. Ancak şurasını hemen belirtelim ki, Serahsî'nin hem İslâm nazarî hukuku ve hem de tatbîkî hukuku ile ilgili eserleri, çoğu yerlerde Debbûsî'nin eserlerinden iktibâs edilmiş gibidir. Özellikle usûl adlı eseri buna müşahhas bir delildir (10).

---

(7) Debbûsî, Takvîm'ül-Edille, Sül. Kütp. Laleli, No: 690, vrk. 19/a - 20/b, 137/a - 178/a.

(8) Meselâ bkz. Ebû Sünneh, Ahmed Fehmi, El-Vasît Fî Usûl'il-Fıkh'il-Hanefiyye, Mısır, sh. 164 vd.

(9) Debbûsî, Takvîm, Vrk. 248/a - b; Ebû Sünneh, 187 - 188.

(10) Hamidullah, 43 - 45; Debbûsî, Takvîm, Vrk. 74/a; 3/b - 4/a; 70/a; Serahsi, El-Usûl, Kahire, sh. I/251 - 252, 277.

III — DEBBÛSÎ'NİN ESERLERİ

Debbûsî, başta fıkıh, fıkıh usûlü ve tasavvuf olmak üzere çeşitli sahalarda kıymetli eserler vermiştir. Her eseri kendi konusunda bir kılavuz özelliğini kazanmıştır. Ancak şunu önemle belirtelim ki, Debbûsî'nin eserleri, XV. ve XVI. asırlara kadar, ilim adamlarının ellerinden düşmezken ve başta Molla Hüsrev ve Ebüssuud olmak üzere Osmanlı hukukçularına da kaynaklık ederken, bu tarihlerden sonraki dönemlerde nerdeyse unutulmaya yüz tutmuştur. Hatta ilim adamları, eserlerinin ismini ve konularını bile birbirine karıştırmaya başlamışlardır. Halbuki İstanbul kütüphanelerinde yüze yakın yazmaları mevcuttur (11).

Debbûsî'nin isimleri bilinen ancak elimizde yazma da olsa bulunmayan eserleri arasında, İslâm nazarî hukuku ile ilgili El-Envâr Fî Usûl'il-Fıkh; İmam Muhammed'in El-Câmi'ül-Kebir adlı eserinin şerhi ve benzeri kitapları bulunmaktadır. Bize kadar gelen eserlerinden ise şu ikisi Türk hukuk tarihinin temel kaynakları arasında yer almaktadır. Bu sebeble biraz ayrıntılı bilgi vereceğiz:

1) Takvîm'ül-Edille: Debbûsî'yi Koca Debbûsî yapan eser, İslâm nazarî hukuku ile alakalı bu eseridir. İslâm hukukçularının ilm-i hilâf dediği mukayeseli hukukdaki asıl mahâretini bu eserinde isbât etmiştir. Kendisinden sonra yazılan bütün usûl-i fıkıh kitaplarına kaynaklık eden bu eser, hem Hanefi mezhebinde hem de diğer mezheblerde ilk ve tam bir usul kitabı olma özelliğine sahiptir. En önemli özelliklerini şöylece özetlememiz mümkündür: Dili çok sâde ve anlaşılır haldedir. Bir Türk olmasına rağmen Arap dilini çok güzel kullanmıştır. Sistematiği fevkaladedir Tatbikattaki münferit hukukî meselelerden hareketle, hukukun mücerret küllî kâidelerini açıklamaya çalışmıştır. Eski hukukçuların ta'biriyle Hanefi veya fukahâ mesleğini tercih etmiştir. Mezheplerarası mukayeseli bir usul eseridir. Nesih meselesinde hiristiyanların ve yahudilerin nesih anlayışına bile yer vermiştir. Debbûsî, bu eserinde İslâm hukukunun kaynağı demek olan hüccet ve delilin tarifiyle söze başlamış ve İslâm hukukunun kaynaklarını tasnif ettikten sonra edille-i erbaa denilen dört ana kaynağı yani Kur'an, Sünnet, İcmâ' ve Kıyâsı uzun uzadıya incelemiştir. Bu arada mukaddes metinlerin yorum kâideleri üzerinde de tafsilâtlı olarak durmuştur. Daha sonra hucec-i mudille adı altında İslâm hukukunun tâlî kaynaklarını yani istishâb, ilhâm, delilsizlik ve benzeri konuları ele almış, kitabının son kısmını ise, taklîd, içtihat ve diğer aklî delillere ayırmıştır. Eserin te'lif gayesi olarak ise, İslâm hukukunun bu ilim sâyesinde

(11) Kâtip Çelebi, I/196; Kehhâle - Ömer Rıza, Mu'cem'ül-Müellifîn, Debbûsî meddesi; Leknevî, 109, 164 - 165.

dinamizm kazanabileceğini ve hukukî olayların sonsuz ve fetvâların ise sonlu olması sebebiyle nazarî hukuk bilgilerine ihtiyâç ve zaruret bulunduğunu zikretmiştir. İslâm nazarî hukuku ile ilgili bu değerli eser maalesef henüz basılmamıştır. Ancak İstanbul kütüphanelerinde çok sayıda yazması mevcuttur. Bunlardan ba'zıları şunlardır:

Süleymaniye Kütüphanesi: Laleli Böl. No: 690; Yeni Cami Böl. No: 310; Bağdatlı Vehbi, No: 350. Konya Yusuf Ağa Kütüphanesinde bulunan 110 nolu nüsha ise müellifden otuz kırk sene sonra yazılmış önemli bir nüshadır (12).

2) El-Esrâr Fil-Fürû': Bu eser, İslâm tatbîkî hukuku (fürû-ı fıkıh) ile alakalı çok geniş ve sistematik bir eserdir. En önemli özelliğini şöylece özetleyebiliriz: Debbûsî, diğer Karahanlı hukukçular gibi kitâbını eserini şerh tarzında kaleme almıştır. İmam Muhammed'in Zâhir'ür-Rivâye denen kitaplarındaki meseleleri izah etmeyi birinci hedef olarak seçmiştir. İslâm hukukunun konularını önce kitaplara, sonra da bâblara, fasıllara ve meselelere ayırarak mükemmel bir sistematik usul takip etmiştir. İmam Muhammed'in temel eserlerinde halledilemiyen hukukî meseleleri kendi hukukî melekesi ve içtihat gücüne dayanarak halletmeye çalıştığını kitâbının önsözünde açıkça belirtmektedir. Eserde sadece mevzû' hukukun meseleleri ortaya konulmakla yetinilmemektedir. Belki her hukukî mesele tartışılmakta ve gerekçeleriyle beraber karşı görüşlere de yer verilmektedir. Şafiî, Malikî ve hatta ba'zan Hanbelilerin de görüşlerine yer verdiğinden eser mukayeseli bir hukuk kitabı mahiyetindedir. Hatta doğudaki İslâm hukuk okullarında onun açtığı bu çığır, batıdaki ve özellikle de Endülüs'deki ilim adamları tarafından da takip edilmiştir. Büyük Malikî hukukçusu İbn-i Rüşd'ün eserlerini yazarken Debbûsî'den istifâde ettiğini, Köprülü Kütüphanesindeki nüshanın ilk varakından okuyoruz (13).

Mukayeseli bir hukuk kitâbı olan El-Esrâr'da Debbûsî, önce hukukî meselenin planını çizer. Sonra asıl meseleyi vaz' eder. Görüş ayrılığı varsa, önce tercih ettiği görüşü sonra da diğer görüşleri zikreder. En sonunda ise, bütün görüşlerin hukukî gerekçelerini nakleder ve kendi tercih ettiği görüşü müdâfaa eder. Konuyu daha yakından görebilmek için, İslâm hukukundaki ülke mefhûmu ile ilgili kısmını özetleyerek burada kaydedelim:

«Bir belde ahalisi dinden çıkarak bulundukları İslâm ülkesinde (dâr'ül-

(12) Debbûsî, Takvimi'ül-Edille, Süleymaniye Kütüphanesi, Laleli Bölümü, No: 690, Vrk. 126/b - 131/b, 217/b, 252 vd., 143/a - 216/b, 2/b - 3/b.

(13) Debbûsî, El-Esrâr, Sül. Kütp. Hacı Beşir Ağa, 310, vrk. 1/b; Hamidullah, 42.

İslâmda) hâkimiyeti ele geçirseler ve küfür hükümlerini icrâ etseler, bulundukları ülke, harp ülkesi (dâr'ül-harb) olmaz. Olabilmesi için, bu ülkenin dar'ül-harbe bitişik olması, o ülkede eski emniyet ve güven ortamı içinde dinini yaşayabilen bir müslüman veya zimmînin kalmaması şarttır. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed aksi görüştedirler. Bunlara göre dar'ül-harb ile dar'ül-İslâmın tek farkı şer'î hükümlerin infâzı ve hâkimiyetin elde tutulmasıdır. Bu sebeble iki kişinin dar'ül-harbde müslüman olmaları ve dinlerini yaşayabilmeleri, oranın dar'ül-İslâm olabilmesi için yeterli bir sebeb değildir. Halbuki İslâm askerleri dar'ül-harbe girdiklerinde, askerî alan dar'ül-İslâm haline gelir; çünkü onların hâkimiyetine geçer. Kısaca dar'ül-İslâmın özelliği şer'î hükümlerin uygulanmasıdır.

Ebu Hanife'ye göre ise, müslüman ve zimmînin eskiden dâr'ül-İslâm olan ülkelerinde eski emniyet ve güven ortamı içinde yaşayabilmeleri, oranın dar'ül-İslâm olduğunun delilidir. Her ne kadar hâkimiyet (galebe), dinden çıkanların eline geçmiş olsa bile, eskiden oranın İslâm oluşu hususu geçici olan hâkimiyetden daha kuvvetli bir gerekçedir. Hz. Peygamber «İslâm yücedir; onun üstünde yüce yoktur» buyurmaktadır. O halde dinden çıkanların iktidâr hâkimiyeti ile İslâmın gerçek ve ma'nevî hâkimiyeti arasında bir çatışma sözkonusudur. Böyle bir çatışma anında mevcud hâkimiyetin yani eskiden beri var olan hâkimiyetin devamını müdâfaa etmek daha doğru olacaktır. Dar'ül-harbde müslüman olan iki kişinin İslâmı orada rahatça yaşayabilmelerinin, oranın da dar'ül-İslâm sayılmasına sebeb teşkil edemiyeceği hususuna gelince, oradaki durum meselemizden farklıdır. Zira orada eskiden beri İslâmın hâkimiyeti yoktur; belki küfrün hâkimiyeti mevcuttur. Öyleyse çatışma da sözkonusu değildir ki, İslâmın veya küfrün hâkimiyetini tercih edelim.» (14).

İbâdetler bahsi ile başlayan ve aile hukuku ile alâkalı hükümlerle sona eren bu eser, 46 kitaptan meydana gelmektedir. Bu zamana kadar basılmamıştır. Ancak İstanbul kütüphanelerinde çokça yazmaları bulunmaktadır. Bazıları şunlardır: Süleymaniye Kütüphanesi; Şehit Ali Paşa Bölümü, No: 689; Damad İbrahim Paşa Bölümü, No: 490; Hamid Efendi Bölümü, No: 444.

IV — DEBBÛSÎ'NİN MUKAYESELİ HUKUKA (İLM-İ HİLÂF'A) TE'SİRİ VE KATKILARI

1) Mezheblerarası Mukayeseli Hukuk (İlm-i Hilâf) Ve Debbûsî

Son yıllarda beşerî hukukda da müstakil bir ilim haline gelen muka-

(14) Debbûsî, El-Esrâr, Beşir Ağa, No: 310, Vrk. 145.

yeseli hukuk mefhumundan, genel olarak bir hukukî meseleyi çeşitli hukuk sistemleri açısından inceleyip karşılaştırmak ve aradaki benzerliklerle farklılıkları ortaya koyarak daha doğru bir çözüm tarzının bulunmasına gayret etmek manası anlaşılmaktadır. Hukukun ilk ve tek kaynağı olarak vahyi gören İslâm hukukçularının mukayeseli hukuk anlayışı ise, aklımıza çeşitli hukuk sistemleri arasındaki görüş ayrılıklarını değil, sadece İslâm hukukunun çeşitli ekolleri arasındaki görüş farklılıklarını inceleyib sonuca varmayı getirmelidir. İslâm hukukçularının ilm-i hilâf dediği mukayeseli hukukda gâye, mezheplerarası mukayesedir (15).

Eski hukukçular ilm-i hilâfı yani mezheplerarası mukayeseli hukuku şöyle tarif etmektedirler: Şer'î kaynaklardan çıkarılan muhtelif hukukî görüşleri, bu görüşlerin gerekçelerini ve kimler tarafından ileri sürüldüğünü ve de sözkonusu değişik görüşlerin mukayesesini konu edinen ilme ilm-i hilâf denilir. İslâm hukuk ilminin yardımcısı ve destekçisi olarak görülen ilm-i hilâfın konusunu, ihtilâflı olan şer'î hükümler teşkil etmektedir. Bu sebeple İslâm hukukunun hükümlerini iki kısma ayırmak gerekir: Birincisi; Kur'an veya sahih sünnet tarafından açıklanan zarurî ve açık hükümlerdir ki, bunlar hakkında bütün İslâm hukukçuları ittifak halindedir. Dolayısıyla ilm-i hilâfın da konusunu teşkil etmezler. İkincisi ise; içtihâdî olan meselelerdir. İslâm hukukunun içinde azınlık teşkil eden bu çeşit hükümlerde içtihat farkından doğan farklı görüşler bulunabilir. İşte bu farklı görüşlerin hangisinin şer'î kaynaklara daha uygun ve yakın olduğunu tesbit ve müdâfaa etmek, ilm-i hilâf denilen mezheplerarası mukayeseli hukukun asıl konusunu oluşturur. Bu manada, bir mezhebe mensub müçtehit hukukçular arasında da görüş ayrılıkları bulunabilir. Biraz önce İslâm hukukunda ülke mefhûmu ile ilgili olarak Debbûsî'den naklettiğimiz pasaj Ebu Yusuf ve Muhammed ile Ebu Hanife arasındaki görüş ayrılığını tahlil ve mukayese etmekteydi (16).

Müçtehit hukukçuların içtihatlarında dayandıkları gerekçeleri ve mevcut hukukî nazariyeleri tahlile hizmet eden ilm-i hilâf, gâyesini gerçekleştirmek için İslâm nazarî hukukundan ve ilm-i cedel edilen ilmî müdâfaa metodundan istifâde eder (17).

Mezheplerarası mukayeseli hukuk demek olan ilm-i hilâf dört mezhebin teessüs ettiği asırdan ve hatta Hz. Peygamber'in vefatı anından beri mevcuttur. Daha önce bu konu ile ilgili çalışmalara ihtilâf-ı fukahâ

(15) İmre, Zâhit, Medenî Hukuka Giriş, sh. 54 - 55.
(16) İzmirli, 3; Kâtip Çelebi, Keşfüz-Zunûn, II/721; Taşköprüzade, I/306 - 307; İbn-i Haldun, Mukaddime, sh. 421 - 422; Sa'rânî, El-Mizân'ül-Kübaâ, sh. 4 - 10.
(17) Taşköprüzade, I/306 - 307; İbn-i Haldun, 421 - 422.

denilmektedir. Ebu Yusuf'un Ebu Hanife'nin görüşleri ile Evzaî ve İbn-i Ebî Leylâ isimli İslâm hukukçularının görüşlerini mukayese eden eserleri; İmam Şafiî'nin çeşitli hukukçuların görüşleri ile kendi görüşlerini mukayese eden eserleri ve İbn-i Cerir Taberî'nin İhtilâf-ı Fukahâ isimli konuyla alakalı hacimli eseri konuyla ilgili ilk çalışmalardır. Büyük Hanefî hukukçusu Tahavî'nin kaleme aldığı eserlerle bu ilim daha da gelişmiştir (18).

Her ne kadar ilm-i hilâfın yani mezheplerarası mukayeseli hukukun temelleri yukarda zikredilen hukukçular tarafından atılmış ise de, bu ilmin müstakil bir ilim dalı olarak esaslarının tesbitini ve İslâm hukukçularının kabul veya red ettikleri temel hukuk kâidelerinin mukayesesi ile usulünü ortaya koyma işlemini Debbûsî yapmıştır. Bu sebeple bütün İslâm hukuk tarihi kaynakları, Debbûsî'yi ilm-i hilâfın vaz' edicisi olarak takdim etmektedirler. Hemen hemen bütün İslâm hukukçularının ihtilâfa düştükleri temel hukuk kâidelerini ortaya koyan ve bunları tatbikatla misallendiren Te'sîs'ün-Nazar adlı eseri, ona bu ünvanı haklı olarak kazandırmıştır. Debbûsî, bu eseriyle sadece kendisinden sonra gelen ve bu konuda eser et'lif eden İslâm hukukçularına değil, Osmanlı Devletinin Medenî Kanunu olarak hazırlanan Mecelle'ye de te'sir etmiştir. Bu sebeble Mecelle'yi şerhedenlerin «Mecelle'nin başında zikredilmiş bulunan yüz maddelik küllî kâideleri ilk olarak bir araya getiren İbn-i Nüceym'dir. Sonradan Konyalı Osmanlı hukukçusu Ebu Said Hâdimî gibi bazı araştırmacılar, bu kâideleri daha muntazam bir şekilde tanzim etmişler ve Mecelle de ilk yüz maddesini bunlardan iktibâs etmiştir» şeklindeki beyânları yerinde değildir. Zira biraz sonra göreceğimiz gibi, Mecelle'nin bir çok maddeleri, Debbûsî'nin sözü edilen eserinde zikredilmiştir. Mecelle'nin 4, 42, 54, 63, 1453, 52 ve 55. maddeleri Debbûsî'nin eserinde aynen geçmektedir (19).

Debbûsî'nin bu eserinde ta'kip ettiği metodu ise şöyle özetleyebiliriz: Önce el-asl diyerek ana kâideyi zikreder. Sonra buna dair tatbîkî misallerle kâideyi açıklamaya çalışır. Aradaki görüş ayrılıklarını da her kâideden sonra mutlaka belirtir. Yazara göre bu kitâbın te'lif sebebi, görüş ayrılığı bulunan meselelerin hukukçular tarafından zor anlaşılır olması, yapılan hukukî tartışmaların, taraflar arasındaki prensip ayrılıkları bilinmediğinden seviyesiz ve karışık olmasıdır. Debbûsî'nin kitâbında zikret-

(18) Ebu Yusuf, İhtilâf-ı Ebu Hanife ve İbn-i Ebi Leylâ, sh. 3 vd.; Şâfiî El-Üm, VII/164 - 190, 96 - 163, 191 - 197, 243, 305 - 322; İzmirli, 4 - 5; İbn-i Haldun, sh. 422.

(19) İbn-i Haldun, Mukaddime, 422; İzmirli, 6 - 7, 189; Hamidullah, 43; İbn-i Nüceym, El-Eşbâh Ven-Nezâir, Kahire, sh. 17; Debbûsî, Te'sis'ün-Nazar, sh. 5, 6, 25, 44, 29, 43.

tiği ve hukukçular arasında görüş ayrılığı bulunan temel meseleler, yine yazar tarafından sekiz guruba ayrılmıştır. Bunlar;

1 — Ebu Hanife ile İmâmeyn (Ebu Yusuf ve İmam Muhammed) arasındaki görüş ayrılıkları;

2 — Ebu Hanife ve Ebu Yusuf (Şeyhayn) ile İmam Muhammed arasındaki görüş ayrılıkları;

3 — Ebu Yusuf ile İmam Muhammed arasındaki görüş ayrılıkları;

4 — Ebu Hanife ve İmam Muhammed ile Ebu Yusuf arasındaki görüş ayrılıkları;

5 — İmam Muhammed ve Hasan bin Ziyâd ile İmam Züfer arasındaki görüş ayrılıkları;

6 — Hanefilerle Mâlikîler arasındaki görüş ayrılıkları;

7 — İmam Muhammed ve Hasan bin Ziyâd ve Züfer ile İbn-i Ebi Leylâ arasındaki görüş ayrılıkları ve

8 — İmam Muhammed, Züfer ve Hasan bin Ziyâd ile İmam Şafiî arasındaki görüş ayrılıkları.

Burada zikredilen bu büyük hukukçuların temelde ayrıldıkları hukukî meselelerdir. Şimdi özet halinde bunları, Debbûsî'nin eserinden özetleyelim (20).

2 — Ebu Hanife ile İmam Muhammed ve Ebu Yusuf (İmâmeyn) Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «Farz ibâdetleri başında değiştiren şey, sonunda da değiştirir.» İmâmeyn'e göre sonunda değiştirmez. Teyemmümle namaz kılan bir şahıs, suyu namaza başlamadan gördüğünde, teyemmümü geçersiz hale geldiği gibi, namazın ortasında da görse geçersiz hale gelir. İmâmeyne göre sadece, başında gördüğünde geçersiz olur.

2. «Hac için ihrâma giren bir şahıs, hac ibâdetlerini vaktinden önce veya sonra yaparsa, bir kurban (dem) kesmesi gerekir (vâcib olur).» Meselâ ziyâret tavâfını kurban günlerinde yapmayan şahsın bir kurban kesmesi gerekir. İmâmeyne göre gerekmez.

3. «Bir şeyin varlığı gâlib ise, o, her zaman var gibi kabul edilir. Yani i'tibâr, gâlib-i şâyiadır, nâdire değildir.» Meselâ, 25 yaşına varan şahıs reşîd kabul edilir. İmâmeyne göre edilmez. Ebu Hanife'nin gerekçesi, bu kâidedir ve bu yaşdaki insanların çoğunluğu gerçekten reşid olurlar.

(20) Te'sis, sh. 1 - 4.

4. «Bir lafzın umumî olarak kapsamı altına giren şeyin hükmü, hususî olarak lafzın kapsamına giren şey gibi değildir.» İmâmeyne göre, bir şey hususî veya umumî olarak bir lafzın kapsamına girdi mi, hükmü aynıdır. Meselâ, bir şahıs, hiç bir şeyi niyet etmeden eşine «sen benim anam gibisin» dese, zıhâr vâki' olmaz. Zira annesinin mahrem uzuvları, umumî olarak anam lafzının kapsamına dâhildir. İmâmeyne göre zıhâr vâki' olur.

5. «Bir akde, bütün hukukçuların ittifâkıyla fesâd sebebi olan bir şey girdiğinde, akdin tamamı fâsid olur. Yani akdin cüz'ü fâsid olduğunda, küllü de fâsid olur.» Tek akitle iki köleyi 1000 dirheme satın alan şahıs, kölelerden birinin hür olduğu ortaya çıktığında akdin tamamının fâsid olacağını kabullenecektir. İmâmeyne göre, hür olan için akit fâsit, ancak diğeri için geçerlidir.

6. «Bir şahıs hukukî sonuç doğuracak ve doğurmayacak irâde beyânlarını beraber açıklasa, i'tibâr hukukî sonuç doğuracak olan irâde beyânınadır.» Meselâ, A'ya ve duvara 1000 dirhem borcu olduğunu söyleyen şahıs, A'ya 1000 dirhemi ödemekle yükümlüdür. İmâmeyne göre yarısı yani 500 dirhemi ödemekle yükümlüdür.

7. «Zimmîler, dinleri ve inançları üzerine terk olunurlar.» İmâmeyne göre, her konuda din ve inançlarına terk olunmazlar. Zimmî bir kadınla mehirsiz evlenen şahsın, Ebu Hanife'ye göre evlenme akdi geçerli, İmâmeyne göre ise geçersizdir.

8. «Bir şeyin sübûtu yakîn ile bilinirse, varlığından şüphe edilmez. Yani şek ile yakîn zâil olmaz.» Şarabın tadı ekşi hale gelse, yine de haramdır, içilmez. Zira şarap olduğundan haram vasfını kazandığından yakînimiz, sirkeye dönüşerek helâl olmasında ise şüphemiz vardır. İmâmeyn aksi kanâattedir.

9. «Bir şahıs herhangi bir beyânda bulunsa ve haber verdiği şeyin de doğruluğunu gösterecek bir alâmeti mevcutsa, o alâmet olmadan yapılan beyân kabul edilmez.» Yüzünün yaralandığını söyleyen şahsın bu beyânı, yüzündeki yarayı göstermedikçe kabul edilmez.

10. «İtlâf sebebi, mâlikin mülkiyet hakkını ortadan kaldırdığında, itlâf edenin tazmîn mükellefiyeti sözkonusu edilemez.» Bir şahıs, kölesinin yarısını kölenin babasına sattığında, köle tamamen azad edilmiş olur ve babaya da tazmin lâzım gelmez. Zira itlâfa (yani kölenin azad edilmiş kabul edilerek elden çıkmasına) sebeb olan şey ki, baba ile köle arasındaki yakınlıkdır, mâlikin yani kölenin yarısına sahip olan babanın mülkiyet hakkını ortadan kaldırmıştır.

11. «Töhmet ve hiyânetten ârî olan mutlak izin, örf ile tahsîs olunamaz.» İmâmeyne göre tahsis olunabilir. Kölesine evlenme için izin veren efendi, sahih ve fâsit bütün evlenme akitleri için izin vermiş sayılır. İmâmeyne göre örf bunu sahih akit ile tahsis eder.

12. «Şer'î izinle yapılan her şey, velâyet hakkı sâhibinin izniyle yapılmış gibidir.» Ebu Hanife, başkasına zarar verilmemesi şartıyla bunu kabul etmektedir. Buna göre, gayr-i meşrû' oyun âleklerini kıran şahsın tazmin yükümlülüğü yoktur. Zira şer'î izin mevcuttur. Tıpkı âmme velâyetinden izin almış gibi kabul edilir. Ebu Hanife ise, zarar verilmişse tazmîn edilmelidir demektedir.

13. «Akitte tesmiye (semen ve mebîin tesbiti) sahih olursa, muktezâsına itibar edilmez ve akit sahih kabul edilir. Eğer tesmiye sahih değilse, muktezâsına itibâr edilir.»

14. «Hükümlerde töhmete itibar edilir.» Müttehem bir şahsın yaptığı tasarruflar iptal edilebilir. Bir küçüğü, baba ve dedesinin dışında birisi evlendirdiğinde, bülûğa eren küçük muhayyerlik hakkına sâhip olur.

15. «Mürtedin mülkiyet hakkı, dinden çıkmasına bağlı olarak sâkıt olur.» Kadının dar'ül-harbe gittiğine karar vermesine gerek yoktur.

16. «Haklar, tâbi'i oldukları asıllarına bağlıdır.» Ebu Hanife'ye göre ise, haklar asıllarına bağlı değil mülhakdırlar. Bir kölenin ölüme bağlı olarak azad edilmesi (tedbîr), parçalanmayı kabul etmez. Zira aslı olan ıtk=azad hakkı da parçalanmaz. Ebu Hanife'ye göre ise, tecezzî kabul eder.

17. «Ümm-i veled (efendisinden çocuk sâhibi olan câriye) mal değildir ve kıymet takdir edilemez.» İmâmeyne göre mal kabul edilir.

18. «Kölenin geliri ve lehine yapılan bağışlar, efendisine aittir. İmâmeyn aynı görüşte değildir.

19. «Zimmete tealluk eden haklar, ayndan ifa edilir. Ayn, hakların ifâsına yetmezse, münâsefe tarîkiyle alacaklılara taksim edilir.» İmâmeyne göre ise, avl tarikiyle alacaklılara taksim edilir. Yani, borçlunun borçlarını karşılamayan ve ayn olan malı, Ebu Hanife'ye göre, mevcut mal eşit olarak alacaklılara dağıtılır (münâsefe tarîki). İmâmeyne göre ise, alacakları nisbetinde paylaştırılır (avl tarîki).

20. «Bir şeye bizzat ve kasden olmasa da, hükmen ve tekvîlen mâlik olunabilir.» İhrâmda bulunan bir şahıs, bizzat av mahsûlu olan şeye mâlik olamaz, ancak birini tekvil ederek av mahsulunu kendi adına aldırabilir. İmâmeyne göre aldıramaz.

21. «Akdin sonuçlarını (mûcebini) reddetmek câizdir, ancak şartın sonuçlarını (mûcebini) reddetmek câiz değildir.» İmâmeyne göre, akdin sonuçlarını reddetmek de câizdir.

22. «Bir şeye bizzat kendi gücüyle kâdir olamayana, başkasının gücü güç olamaz.» İmâmeyne göre ba'zan olabilir. Pis bir döşekte yatan hastanın yanında hem temiz bir döşek ve hem de onu değiştirecek birisi mevcutsa, hasta pis döşekte Ebu Hanife'ye göre namaz kılabilir, İmâmeyne göre kılamaz.

3 — Ebu Hanife ve Ebu Yusuf ile İmam Muhammed Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «Namaza ait fiillerden birinin fesâdı, namazın başında alınan tahrim tekbirinin fesâdını gerektirmez.» İmâmeyne göre gerektirir.

2. «İkâle (karşılıklı rızâ) ile feshedilemiyen her akitte, karşılıklı yemin teklifi ve yine karşılıklı iâde borcu da sözkonusu değildir. Bu kâidenin istisnâları mevcuttur.» İmam Muhammed istisnâyı kabul etmemektedir.

3. «Mahkemenin vereceği karara tek sebeb teşkil eden beyânlarda, beyânda bulunanların sayısı değil, adâleti ve dürüstlüğü önemlidir.» İmam Muhammed'e göre beyânda bulunan en az iki şahıs olması gerekir. Âdil tek kişinin, şâhid tezkiyesi, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre geçerlidir, İmam Muhammed'e göre geçerli değildir.

4. «Su ile çıkarıldıktan sonra pişirilen her şirenin, sarhoşluk vermeyen azı helâldir.» Bu şeyhaynin yani Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşüdür. İmam Muhammed'e göre ise harâmdır. Özellikle tedâvi amacı için kullanılabilir.

4 — Ebu Hanife ve İmam Muhammed (Tarafeyn) ile Ebu Yusuf Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «Bir şey sahih olmayınca, zımnındaki şey de sahih olmaz.» Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise, bir şeyin kendisi sahih olmasa da, zımnındaki bazı şeyler sahih olabilir.

2. «Yemin, ancak yeminin konusunu teşkil eden şey (ma'kûdün aleyh) üzerinde mün'akid olur.» Tarafeyne göre ise, yeminin in'ikadı için bu şart değildir. Meselâ, bu küpten vallahi su içeceğim diye yemin eden şahsa, küpte su bulunmadığı takdirde, keffâret gerekmez. Zira yeminin konusu sudur, o da küpte yoktur. Ebu Yusuf aksi kanaattedir.

3. «Akitten sonra akde bağlanan şartlar, akit esnâsında mevcut

gibi kabul edilir.» Bu Ebu Yusuf'un görüşüdür. Tarafeyne göre, akit esnâsında var gibi kabul edilmez. Evlenme akdi yapıldıktan sonra mehir takdir edildiğinde, Ebu Yusuf'a göre, bu kadın dühûldan evvel boşanırsa, kocaya tesbit edilen mehrin yarısı gerekir; tarafefeyne göre ise, müt'a gerekir.

5 — Ebu Yusuf ile İmam Muhammed Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «Bir şeyin münferiden hükmü bulunsa da, hükümde başkasına tâbi' olması da câizdir.» İmam Muhammed'e göre, câiz değildir. Ebu Yusuf'a göre, iki rekatta bir secde âyeti okuyan şahsa, bir secde lâzım gelir; İmam Muhammed'e göre ise, her secde âyetinin müstakil hükmü bulunduğundan ayrı ayrı secde gerekir.

2. «Kesinleşmeden mevkûf akde ârız olan her şey, akit esnâsında var gibi kabul edilir.» Ebu Yusuf'a göre böyle değildir. Buna göre, konusu şire olan bir satım akdi, kabz işleminden önce şire şaraba dönüşürse, bâtıl olur. Ebu Yusuf'a göre bâtıl olmaz.

3. «Bir şeyin sonraki haline (bekâsına), başlangıçtaki hükmü verilebilir.» Ebu Yusuf'a göre, bu her zaman geçerli değildir. **(Mecelle, md. 55).**

4. «Bir şeyin Allah hakkına dühûlü (yani kamu hakkı haline gelmesi), o şeyde mâlikin mülkiyet hakkını ortadan kaldırır.» Bağışlanan bir koyun kurban edildiğinde, bağışlayan artık rücu' hakkını kullanamaz. İmam Muhammed'e göre kullanabilir.

6 — Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed (Eimme-i Selâse) İle İmam Züfer Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «Bir hükümde bir başka şeyin yerine geçen şey, bütün hükümlerde onun yerine geçmez.» İmam Züfer'e göre bütün hükümlerde de geçebilir.

2. «Akitlerde ve diğer hukukî tasarruflarda, akdin ve tasarrufun durumu, sonradan ortaya çıkacak olan bir sebebe bağlı olabilir.» İmam Züfer'e göre ise, bir akit veya hukukî tasarruf, bir defa câiz veya fâsid oldu mu, sonradan meydana gelecek değişiklikler, akdin veya tasarrufun hukukî durumunu değiştirmez. Buna göre, ikrâh altında yapılan bir akit, mekufdur; ikrâh hali ortadan kalkınca icâzet verilirse câiz olur. İmam Züfer'e göre ise, mükrehin akdi fâsiddir, sonradan câiz hale gelemez.

3. «Hukukî hükümlerde sonradan meydana gelecek olan değişik-

lik, başlangıçtaki hükme muhâlif olabilir.» İmam Züfer ise, verilen bir hukukî hükmün (fesâd, cevâz ve butlân gibi), sonradan değişmeyeceğini ileri sürmektedir.

4. «Tecezzî kabul etmeyen bir şeyin, bir kısmının varlığı tamamının varlığı gibidir.» Züfer'e göre değildir. Kölesine bir çeşit ticâret için izin veren şahıs, bütün ticârî işler için izin vermiş sayılır. İmam Züfer'e göre sayılmaz.

5. «Sıfâtda ihtilâf mu'teber değildir.» İmam Züfer'e göre mu'teberdir.

6. «Ba'zı şeylerin azı affedilmiştir.» İmam Züfer'e göre, çoğu affedilmeyenin azı da affedilmez. Yaranın başında bulunan az kan, abdesti bozmaz.

7. «Aynı cins içindeki nevileri birbirinden temyîz etme niyeti ile amel edilmez.» İmam Züfer'e göre bu niyet mu'teberdir. Karısına «sen bana haramsın» diyen koca, iki talaka da niyet etse, tek talak vâki' olur. İmam Züfer'e göre, iki talak vâki' olur ve niyetle amel edilir.

7 — Hanefî İmamlarla Mâlikîler Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «Haber-i vâhid (mütevâtir veya meşhûr olmayan haber), sahih kıyâsa tercih edilir.» İmam Mâlik'e göre tercih edilmez.

2. «Bir şeye azm ve teşebbüs etmek, o şeyi bizzat yapmak gibidir.» Hanefilere göre, teşebbüs, hiçbir zaman bizzat fiili yapmak gibi değildir. Buna göre, karısını boşamaya zameden kocanın talâkı, İmam Mâlik'e göre geçerli, Hanefilere göre geçersizdir.

8 — Hanefîlerle İbn-i Ebî Leylâ Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «Bir şeyin zilyetliğine sahip olan şahıs, o şeyi başkasına tefvîz etme hakkına da sâhip olur.» Hanefilere göre sâhip olmaz. Vedîa olarak bir şeyin zilyetliğini elde eden şahıs, onu başkasına devredemez; İbn-i Ebî Leylâ'ya göre verebilir.

2. «Akdin bir kısmı feshedilince, tamamı kendiliğinden infisâh eder.» Hanefîlere göre, bir kısmı feshedilen akdin tamamı, her zaman kendiliğinden infisâh etmez.

3. «Allâh hakları (kamu hakları), kul haklarına i'tibâr edilir.» Hanefilere göre edilmez. Bu sebeple, had cezâlarının infâzı için yapılan tevkîl, İbn-i Ebî Leylâ'ya göre câiz, Hanefilere göre gayr-ı câizdir.

4. «Yargıya mürâcaatı gerektirecek kadar anlaşmazlığı mûcip ol-

mayan cehâletin azlığına veya çokluğuna i'tibâr edilmez ve hukukî tasarrufun hükmüne te'sir etmez.» İbn-i Ebî Leylâ'ya göre ise, anlaşmazlığı mûcip olsun veya olmasın, cehâlet az olursa akde te'sir etmez, çok olursa, akdi fâsid kılar.

5. «Aynı hakkın iki ayrı yerde sâbit olması câiz değildir.» Hanefilere göre câizdir. Bu sebeple, İbn-i Ebî Leylâ'ya göre, kefâlet, asîlin zimmetini ibrâ eder. Bize göre etmez.

9 — Hanefilerle İmam Şâfiî Arasındaki Temel Görüş Ayrılıkları

1. «İmama uyan şahsın (muktedînin) namazı, hükümde imâmın namazına bağlıdır.» İmamın namazı fâsid ise, fâsid ve câiz ise câiz olur. İmam Şâfiî'ye göre ise, ona bağlı değildir .

2. «Bir ibâdetin nâfilesi hangi sıfat ve şartlarda câiz olursa, farzı da aynı sıfat ve şartlarda câiz olur.» Şafiî'ye göre nâfile veya farz oluşu, farklı sıfat ve şartları gerektirebilir. Oruçtaki niyet buna en güzel misâldir.

3. «Bir şeyin bedelini îfâ etmeden aslını ifâ edecek kudretin elde edilmesi, hukûkî hükmü, bedelden asla intikal ettirir.» Şâfiî'ye göre ettirmez. Namazın ortasında suyu gören şahsın namazı, Hanefilere göre fâsid olur; Şâfiî'ye göre olmaz.

4. «Farz olan sadaka ve zekâtı, şer'î hükümlerin amacına uygun olarak ifâ eden şahıs, üzerine farz olan sadaka ve zekât görevini ifâ etmiş olur. Zekât ve sadakanın belli bir şeyle ifası şart değildir.» İmam Şâfiî'ye göre her malın zekâtı kendi cinsinden ödenmelidir. Hanefiler, paranın zekâtını buğday veya bir başka şeyle ödemeyi kabul etmektedirler.

5. «Dünya, iki ülke olarak kabul edilir; dâr'ül-İslâm ve dâr'ül-harb.» İmam Şâfiî'ye göre ise, şer'î hükümlerin icrâsı açısından dünya böyle bir taksime tâbiî tutulamaz. Her yerde şer'î hükümler uygulanır.

6. «Hac ayları dışında hac için ihrâma giren şahsa, hac vâcip olur.» İmam Şâfiî'ye göre ise, hac vâcip olmaz ve sözkonusu ibâdet umreye dönüşür.

7. «Nesebin sübûtunda i'tibâr, evlenme akdinin sıhhatine (sıhhat-i firâşa) ve kocanın buna ehil olup olmadığınadır. Yoksa cinsî münâsebetin temekkününe değildir.» İmam Şâfiî'ye göre ise, i'tibâr cinsî münâsebetin gerçekten mümkün olup olmamasınadır. Buna göre, iki sene eşini terkeden bir şahsın karısı çocuk doğursa, hem evlenme akdi sahih ve hem de koca buna ehil olduğundan, çocuğun nesebi kocadan sâbit olur.

İmam Şâfiî'ye göre ise, cinsî münâsebet imkânı bulunmadığından nesebi sâbit olmaz.

8. «Hacda ziyâret tavâfının çoğunu vakti içinde yapan şahıs, görevini ifa etmiş sayılır.» İmam Şâfiî'ye göre bu kifâyet etmez.

9. «Bir kadının işlerini üzerine alabilen her asabesi, onun velisidir.» İmam Şâfiî'ye göre, baba ve dede dışındaki asabeler, her zaman veli olamazlar.

10. «Unutma dışında, karın boşluğuna kadar gıdâ maddesi ulaşan oruçluya, kâza lâzım gelir.» İmam Şâfiî'ye göre kâza lâzım gelmez.

11. «Yapılması gereken her fiil, nasıl yapılırsa yapılsın, yeterli kabul edilir.» Ramazan ayını nâfile oruç niyetiyle tutan şahsın bu orucu, Ramazan orucu yerine geçer. İmam Şâfiî'ye göre geçmez.

12. «İslâm hukukunun sa' (bir ağırlık ölçüsü) ile takdir ettiği her sadaka, buğdayla ifâ edilirse yarım sa' olarak ifâ edilir.» Şâfiî'ye göre tam sa' ifâ edilmesi gerekir.

13. «Koca tarafından gelen her ayrılık, ebedîlik vasfını taşımıyorsa ve zımnî olarak evlenme akdinin feshini ihtivâ etmiyorsa, bâin (ayırıcı) boşama kabul edilir.» İmam Şâfiî, aksi kanaattedir. Ona göre liân ve hul' evlenmenin feshidir; Hanefîlere göre ise, bâin talâkdır.

14. «Menfaatler, tıpkı ayn olan şeyler gibi mal kabul edilirler.» Hanefîlere göre ise, menfaatler bu hususda ayn gibi değildirler.

15. «Bir kimse tamamen köle olan, ancak kendisinden intifâ' açısından eksiklikleri bulunan bir köleyi, keffâret borcuna karşılık âzâd etse, borcundan kurtulur.» İmam Şâfiî'ye göre, intifâ açısından eksikliği bulunursa, meselâ ayakları kesikse, keffâret borcundan kurtulmaz.

16. «Bir şeyi özellikle zikretmek veya belli bir sıfatla tahsis etmek, zikredilmeyenlerin veya o sıfata sahip olamayanların sözkonusu hükümden hâriç tutulduğunu göstermez (Mefhûm-ı muhâlif=karşıt anlam kâidesi).» İmam Şâfiî aksi kanaattedir.

17. «Başlangıçta iki şeyin temelde eşit oldukları bilinirken, sonradan birisi hakkında yeni bir beyân gelirse, bu beyân diğeri hakkında da mu'teber kabul edilir.» İmam Şâfiî'ye göre edilmez. Meselâ, Allah oruçlunun yeme, içme ve cinsî münâsebette bulunmasının harâm olduğunu açıklamış, sonra da cinsî münâsebetin keffâreti gerektirdiği beyân edilmiş. Öyleyse, yeme ve içmenin de keffâret gerektirdiği bundan anlaşılacaktır. İmam Şâfiî, aynı kanaatte değildir ve yeme ile içmenin keffâret gerektirmediğini savunmaktadır.

18. «Araya hades (abdesti bozan hal) girmeden abdest a'zaları yıkandığı takdirde, alınan abdest meşrû'dur.» İmam Şâfiî ve Mâlik'e göre ise, abdest alırken abdest a'zalarının yıkanması esnâsında fâsıla verilmemesi gerekir. Bu fâsıla a'zanın kuruması kadardır.

19. «Köle hakkında sâbit olan her hak, fürûu hakkında da geçerlidir.» Köle rehinse, çocuğu da rehindir. İmam Şâfiî'ye göre çocuğu rehin değildir.

20. «Satım akdinin cevâzı, tazmîn gerekip gerekmiyeceğine bağlıdır. Yâni, telef edildiğinde tazmini gereken şeyin satımı câiz, tazmini gerekmiyen şeyler ise, satım akdine konu teşkil edemezler. İmam Şâfiî'ye göre ise, satım akdinin cevâzı, şer'an temizliğe bağlıdır. Bu ihtilâfdan dolayı, hayvan gübresinin satımı, Hanefîlere göre câiz, Şâfiî'ye göre ise câiz değildir.

10 — Görüş Ayrılıklarının Temelini Teşkil Eden Ba'zı Esas Kâideler

1. «Bir şeyin hükmü özellikleriyle beraber deverân eder. Özellikleri varsa hükmü sâbit, yoksa hükmü sâbit değildir.» Bu Ebu Hanife'nin kabul ettiği bir prensiptir.

2. «Teyemmümle ilgili hükümler, mest üzerine mesh esasından alınmıştır.»

3. «Mübâh kılıcı sebebin sûreti de bulunsa, mübâh kılmasa da, şüphe ile bertaraf edilen şeylere mâni teşkil eder.» Şâfiî, bunu kabul etmemektedir. Kendisi ay'ı gören şahıs, bu görüşünü kadı hükmiyle te'yid ettirmese bile, orucunu bozabilir ve keffâret gerekmez.

4. «Aslın hükmü devam etmekle berâber arızî olan şey ortadan kalksa, arızî olan şey yok sayılır.» Senenin başında ve sonunda zekât verecek nisâba sahip olan şahsın, sene ortasında bu nisâbı kaybetse, zekâtın farz olmasına mâni' teşkil etmez. İmam Şâfiî'ye göre teşkil eder.

5. «Şer'î nasslar tarafından tesbit edilen mikdârların azında ittifâk ve çoğunda ise ihtilâf sözkonusu olursa, sübûtunda şüphe bulunanlarda aza, sübûtunda şüphe bulunmayanlarda ise çoğa i'tibâr edilir.»

6. «Yeminde kullanılan lafızların biri hakikat ve diğeri de mecâz olmak üzere iki ma'nası var ise, hakikat ma'nasına i'tibâr edilir.» İmâmeyn, örfde yerleşmiş olan mecâzî manayı tercih etmektedirler.

7. «Hakkında hüküm bulunmayan bir hukukî olay, hakkında hüküm bulunan iki temel meseleye benzese, olayın özelliklerine göre her iki mesele de göz önünde bulundurulur.» Meselâ, ivazlı bağışlama akdine de

satım akdine de benzemektedir. Başlangıçta bağışlama akdine benzetilerek, kabz şartı koşulmuş ve sonuçları itibariyle ise satım akdine kıyâs ederek şüf'a hakkının sübûtu kabul edilmiştir.

8. «Zevil-erhâmın mirasçılıkları, bütün hükümlerde asabe mirasçılara tâbi'dir.» İmam Muhammed aynı kanaatte değildir.

9. «Haber-i vâhid, temel hukuk kâidelerine (usûle) muhâlif olduğunda kabul edilmez.»

10. «Bir şeyin mikdârı şer'î hükümler tarafından tesbit olunduğunda, mikdârı değiştirilemez.» Ebu Yusuf aksi kanaattedir. Cizyenin miktarı bunun en güzel misalini teşkil eder.

İşte mukayeseli hukukun genel prensipleri ile alakalı olarak Debbûsî'nin zikrettiği esasların en önemlileri bunlardır. Debbûsî, bu genel kâideleri, misâllerle açıklamıştır. Biz bu kadarıyla iktifâ ediyoruz (21).

KAYNAKLAR

ABDÜLKADİR, Ali Hasan, Nazratün Âmame Fî Târih'il-Fıkh'il-İslâmî, Kahire 1941.

BROCKELMANN, C., GAL, Leiden 1943 - 1949.

CEVDET, Ahmet, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İstanbul 1322.

DEBBÛSÎ, Kadı Ebu Zeyd, Te'sis'ün-Nazar, Mısır 1310.

— Takvîm'ül-Edille, Sül. Kütp. Laleli, No: 690.

— El-Esrâr, Sül. Kütp. Beşir Ağa, No: 310.

EBU SÜNNEH, Ahmed Fehmi, El-Vasît Fî Usûl'il-fıkh'il-Hanefiyye, Mısır 1955.

EBU YUSUF, Ya'kub bin İbrahim, İhtilâfu Ebi Hanife ve İbn-i Ebi Leylâ, Haydarabad 1357.

EL-HUDARİ, Muhammed, Târih'üt-Teşrî'il-İslâmî, Mısır 1934.

HAMİDULLAH, Muhammed, İslâmın Hukuk İlmine Yardımları, İstanbul 1962.

İBN-İ KUTLUBĞA, Kasım bin Abdullah, Tâc'üt-Terâcim, Leipzig 1862.

İBN-İ NÜCEYM, Zeynülâbidin, El-Eşbâh Ven-Nezâir, Kahire 1968.

(21) Debbûsî, Te'sîs'ün-Nazar, sh. 3 vd.

İBN-İ KEMAL, Ahmed, Tabâkât'ül-Hanefiyye, Sül. Kütp. Rşd. No: 1032/20.

İBN-İ CERİR, Ebu Cafer Muhammed, İhtilâf'ül-Fukahâ, Kahire 1902.

İBN-HALDUN, Abdurrahman, Mukaddime, Kahire, Dâr'üş-Şa'b.

İMRE, Zâhit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1973.

İZMİRLİ, İsmail Hakkı, İlm-i Hilâf, İstanbul 1330.

KATİP ÇELEBİ, Keşf'üz-Zunûn, İstanbul 1971.

— Sülleem'ül-Vusûl, İs. Sül. Kütp. Şehid Ali Paşa, No: 1887.

KAHHALE, Ömer Rıza, Mu'cem'ül-Müellifîn, Şam, 1957 - 1961.

KAVAKÇI, Yusuf Ziyâ, Karahanlılar Devrinde İslâm Hukukçuları, Ankara 1976.

KEVSERİ, Muhammed Zâhid, Hüsn'üt-Tekâdî, Humus 1968.

LEKNEVİ, Abdülhayy, El-Fevâid'ül-Behiyye, Kahire 1324.

SEZGİN, Fuat, GAS, Leiden 1967.

SEYYİD BEY, Usûl-ı Fıkıh Dersleri, İstanbul 1328.

SERAHSİ, Ebubekr Muhammed, El-Usûl, Beyrut 1973.

ŞAFİÎ, Muhammed, El-Ümm, Beyrut 1973.

TLŞKÖPRÜZADE, Ahmed bin Mustafa, Miftâh'üs-Saâdet, Kahire 1968.

ZİRİKLİ, Hayreddin, El-A'lâm, Beyrut 1959.

CEVAP VE DÜZELTME HAKKI (*)

Doç. Dr. Ahmet DANIŞMAN

I — GENEL OLARAK

1. Cevap ve düzeltme hakkının tanınma nedeni, tanımı

a) Tanınma nedeni

Cevap ve düzeltme hakkı bir taraftan haberleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını önlemek, diğer taraftan da haberleşme görevinin amacına uygun bir biçimde yerine getirilmesini sağlamak için öngörülen önlem veya yaptırımlardan biridir (1).

Klâsik (siyasal) basın özgürlüğü öncelikle devlet ile basın arasındaki ilişkileri düzenler; oysa cevap ve düzeltme hakkı daha çok basın ile okuyucu kitlesi ilişkilerinde sözkonusu olmaktadır (2).

Her özgürlüğün kötüye kullanılması bireylerin haklarına bazı zararlar verebilir. Ancak basın özgürlüğünün kötüye kullanılması bireyler bakımından daha da zararlı sonuçlar doğurabilir.

Gerçi basın yoluyla tecavüze uğrayan kişi (hakaret, sövme gibi) cezaî yola başvurarak yayın organını mahkûm ettirebilir. Ancak bunun, haksızlığa uğrayan kişi bakımından yeterli olduğu söylenemez, zira şeref ve haysiyetine tecavüz eden veya kendisi hakkında gerçek dışı isnatta bulunan yayın organını binlerce kişi okuyacağı halde, bu yayından ötürü yayın organının mahkûmiyetini bazıları belki hiç okumamış veya duymamış olacaktır. Çünkü adlî yolla bir sonuç elde etmeğe çalışmak uzun zaman gerektirir; bu yol ayrıca masraflıdır. Mahkemenin uzun bir süre sonra vereceği bir karar, yayınlansa bile çoğunlukla dikkatlerden kaçacak, bu nedenle mağdurun maruz kaldığı tecavüz veya haksızlığın kamu oyundaki olumsuz etkilerini ortadan kaldıramıyacaktır.

(*) 11.5.1988 tarih ve 3445 sayılı Kanun'a göre.

(1) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Haberleşme Hukuku, Ankara, (AÜSBF Yay. No. 292, BYYO Yay. No: 1). 1970, s. 131.

(2) İÇEL, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, (İst. Üniv. Yay. No.: 3302, BYYO Yay. No: 1), 1985, s. 153.

Ayrıca suç veya haksız bir fiil sayılmamaları nedeniyle yargılama mercileri önüne götürülemiyen yayınlar da vardır. Bu tür yayınlar ancak cevap ve düzeltme hakkı yoluyla bir yaptırıma bağlanabilir.

Kısacası, bireyler ile basın arasındaki ilişkilerde basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasından doğan olumsuz sonuçları ortadan kaldırmak için adlî yol yeterli bir güvence değildir.

Şu halde adlî tâkibin yanısıra - ki bu yolun bile kendine özgü bir yargılama usulü vardır - gazeteci ile bu araçtan yoksun bulunan birey arasında eşitliği sağlayacak bir müesseseye ihtiyaç vardır (3). Cevap ve düzeltme hakkı işte bu amaca cevap vermektedir. Bireye tanınan bu savunma hakkı kamu çıkarına da uygundur. Zira bu yolla birey sesini duyurmuş, halk da doğruyu öğrenmiş olur (4).

Şunu da belirtelim ki ceza ve düzeltme hakkının kullanılması ceza dâvasının açılmasının yanısıra, varsa, maddî veya manevî talep hakkını ortadan kaldırmaz.

b) Tanım

Yukardaki açıklamalardan hareketle, cevap ve düzeltme hakkı, genelde «basın mesleği dışında kalanların kendileriyle ilgili yayınlar konusunda, aynı araçtan yararlanarak düşüncelerini açıklama olanağını sağlamak için kabul» (5) edilmiş bir müessesedir.

2. Cevap ve düzeltme hakkının hukukî mahiyeti

Cevap ve düzeltme hakkının hukukî mahiyeti hakkında iki görüş sözkonusudur.

Bir görüşe göre cevap ve düzeltme belirli bir suçlamaya karşı kullanılan ve meşrû müdafaanın benzeri olan bir araçtır (6). Benzetme yüzeysel kalmaktadır, zira meşrû müdafaa, yaptırımı ceza kanunlarınca öngörülen bir suçu zorunlu kıldığı halde, cevap ve düzeltme hakkının kullanılması için böyle bir şart aranmaz.

---

(3) DÖNMEZER, Sulhi, «Cevap hakkı» İHFMec, 1941, Cilt VII, sayı 2 - 3, s. 403 ve son; ÖZKAN, Turhan, «Basın Kanununa göre cevap ve düzeltme hakkı», İstanbul Barosu Derg., 1953, Cilt 27, sayı 11, s. 621.

(4) İÇEL, s. 154.

(5) ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, (İst. Üniv. Yayın. No: 2381, Hukuk Fakültesi No.: 538), 1978, s. 94.

(6) DUMAS, Rolan, Le droit de l'information, Paris, (PUF, Thémis-Droit), 1981, s. 588.

Diğer bir görüşe göre ise cevap ve düzeltme hakkı kişinin basına karşı bireyselliğini, daha genel bir tarzda kişiliğini korumaya yöneliktir. Kullanılması, yazıyı yazan gazetecinin cezaî veya medenî sorumluluğu şartına bağlı olmadığından, bir meşrû müdafaa hakkına da benzetilemez.

Kamusal bir özgürlükten de öte, cevap ve düzeltme hakkı sübjektif bir hak, daha da özelde, bireyler ile basın arasındaki silahların eşitliğini bir ölçüde sağlamaya çalışan bir kişilik hakkıdır (7).

Cevap ve düzeltme hakkı kapsam olarak hakaret dâvasından daha geniştir. Çünkü cevap ve düzeltme hakkı yalnız maddî olaylarda değil görüş ve değerlendirmelerde de sözkonusudur.

II — KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

1. Tarihçe

Cevap ve düzeltme hakkının tarihi yenidir. Fransa'da İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi bireylere adliyeye başvurmayı sağlamış, ancak basının suiistimaline karşı bir güvence getirmemişti. İşte bu boşluğu doldurmak amacıyla Cumhuriyet takviminin yedinci yılında (l'An VII) yani 1795'te Milletvekili Delaure, «Beşyüzler Meclisi»ne (8) cevap ve düzeltme hakkının tesisini öneriyordu (9). Bu hak, Fransız mevzuatında ilk defa 25 Mart 1822 tarihli Kanun'un 11. maddesinde ifadesini buldu. 9 Eylül 1835 tarihli Kanun anılan hakkı yeniden düzenledi. Bu hak halen 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu hak artık suçlamaya karşılık veren bir meşru müdafaa değil de kişiliğin bir temel hakkının kullanımı olarak gözükmektedir. Bu hak en geniş şekliye kullanılmalıdır ki basına kısmen yansıyan bir düşünce veya bir davranış hakkında tam bir bilgi sağlanabilsin.

A — Anglo - Sakson Ülkelerinde

a) A.B.D.

Anglo - Sakson ülkelerinde cevap hakkı müessesesi genellikle kabul edilmemektedir. A.B.D.'de yalnızca Neva'da da 1911 tarihli bir kanunla cevap hakkı tanınmıştır.

(7) KAYSER, Pierre, Les droits de la personnalité, s. 470 DUMAS, s. 588.
(8) O tarihlerde oluşturulan «Conseil»lerden biri.
(9) AUBY, Jean Marie-DUCOS-ADER, Robert, Droit de l'information, Paris, (Précis DALLOZ), 1982, s. 496.

b) İngiltere

İngiltere'de de cevap ve düzeltme hakkı kabul edilmiş değildir. Ancak 1852 tarihli bir Kanun (Defamotion Act) yapılan yayın dolayısıyla yazara özür dileme, yayına hedef olan kişiye de geleneğe uygun olarak cevabını yayınlatma imkânını vermektedir.

B — Batı Avrupa ülkeleri

Cevap ve düzeltme hakkını ilk defa kabul eden 1822 tarihli Fransız Basın Kanunu, daha sonraları Batı Avrupa'nın müesseseyi kabul eden ülkelerinin esin kaynağı olmuştur. Bununla birlikte Batı Avrupa ülkelerinde cevap ve düzeltme hakkı bakımından iki sistem saptanabilmektedir (10).

Alman sistemi denilen birinci sistemde cevap ve düzeltme hakkı maddî olaylarla sınırlıdır; değerlendirme ve görüşler için bu hak sözkonusu değildir. Alman Federe Devletleri Basın Kanunları ile Orta ve Kuzey Avrupa ülkeleri (İsveç hariç) (11) bu sistemi benimsemişlerdir.

Fransız sistemi denilen ikinci sistemde ise cevap ve düzeltme hakkı yalnız maddî olaylara karşı değil, görüş ve değerlendirmelere karşı da kullanılabilmektedir. Bu sistemi Fransa, Belçika, Lüksenburg, İtalya ve Güney Amerika devletleri (Arjantin hariç) kabul etmişlerdir.

C — Sosyalist ülkeler

Doğu Avrupa ülkelerinde hukukcular yakın bir tarihe kadar özel kişileri basının suiistimallerine karşı koruma sorunuyla ilgilenmediler. Bunun nedenleri şöyle açıklanabilir; Sosyalist ülkelerde gazeteler partinin, yani iktidarın araçları olduğundan, bu durum kişilerin basına karşı korunmasında girişilen bireysel denemelere karşı önemli bir engel teşkil etmektedir (12).

Sovyet kuramcılarına göre, - örneğin, W. Kuzmichef - «haberleşme sınıflar arası mücadelede bir araçtır, olayların objektif yansıtıcısı bir ayna değil.»

Stalin'in ölümünden buyana önemli bir değişiklik gözlemlenmektedir. Ancak 1965'te «Pravda» gazetesi basına «yeni insanı yaratma, geç-

---

(10) İÇEL, s. 154.
(11) TERROU, F - SOLAL, L, Droit de l'information, Paris, (PUF), 1951.
(12) Ayrıntılı bilgi için bkz.: MOND, G. H., Le Droit de la Presse et le Statut juridique de la Publication dans les Pays socialistes européens, Paris, 1966,

mişin kalıntılarını ve burjuva ideolojisinin etkisini ortadan kaldırma» görevini yüklemekteydi.

Böyle bir ortamda kişinin korunması yerini doğal olarak, basının ideolojik kaygılarına ve iktidarın istemlerine terketmektedir.

Son yıllarda Sovyetler Birliği (14), Macaristan, Polonya ve Çekoslovakya'da bireyler kişiliklerini korumak için adalete başvurmaktadırlar. Ancak Sovyet hukukunun bir siyasal hukuk, kendi kurduğu sistemi savunan icad edilmiş bir silah olduğunu unutmamak gerekir.

Sosyalist ülkeler içinde yalnız Yugoslavya ve Macaristan mevzuatlarında cevap ve düzeltme hakkına hem de bütün kitle haberleşme araçları için yer verdiler.

2. Cevap ve düzeltme hakkının leh ve aleyhindeki görüşler

Cevap ve düzeltme hakkının lehinde olduğu gibi aleyhinde de görüşler vardır.

A — Aleyhte görüşler

Cevap ve düzeltme hakkının aleyhinde olanlara göre bu hak :

1) Sürekli yayınları polemik yazılarıyla doldurarak kitle haberleşmesine engel olacaktır;

2) Eleştiri hakkını tehlikeye sokacaktır;

3) Süreli yayınları başkalarının ifade aracı haline getirecektir; böyle bir durum ise basın özgürlüğü ile bağdaşmaz;

4) Yazarın yazdığı şey üzerinde edebî mülkiyet, yayın organı üzerinde de organ sahibiinn mülkiyet hakkı vardır. Cevap ve düzeltme hakkı anılan mülkiyet haklarının kanunen himayeleriyle bir tezat teşkil etmektedir (14).

---

(13) Bu ülkede kişinin temel hakları 1958 reformundan beri daha iyi korunmaktadır.

(14) DUPLAT, G., Le Journal, s. 445 DÖNMEZER, Sulhi, «Mukayeseli Hukuk Esasları Muvacehesinde Yeni Basın Kanununa Nazaran Cevap Hakkı», İHF Mecm, CXIX, 1953 s. 66 ve son. DÖNMEZER, Sulhi, «Le droit de réponse d'après la loi turque sur la presse et les principes du droit comparé», Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul, No. 4, 1954, s. 329 - 348.

B — Lehte görüşler

1) Aleyhteki görüşlerde bir gerçek payının olması, düzeltme ve cevap hakkının tanınması için bir engel değildir. Zira bu hakkın tanınmaması halinde doğacak sakıncalar, tanınması halinde doğabilecek sakıncalardan çok daha önemlidirler (15).

2) Kaldı ki üçüncü kişilerin bu hakkı kötüye kullanmalarını önlemek mümkündür. Nitekim kanunların düzeltme ve cevap hakkını ayrıntılı bir şekilde düzenlemelerinin esas amacı da budur. Düzenleme, basın özgürlüğü ile bu hakkın kullanılışı arasında bir denge kurarak özgürlük ve hakkın kötüye kullanılmalarını önlemeğe çalışmaktadır.

3. Düzeltme ve cevap hakkının özellikleri

a) Cevap ve düzeltme hakkı geneldir; bu hakkın kullanılması için bir kişiye ya haysiyet ve şerefine dokunan, ya da kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı hareketler, düşünceler ve sözleri bir yayında izafe etmek yeterlidir (Bas. K. Mad. 19/1).

Cevap ve düzeltme hakkının çoğukez mutlak olduğu söylenir, ancak bu doğru değildir. Zira her hak üçüncü kişilerin hakları ve kamu yararıyla sınırlanmıştır.

b) Cevap ve düzeltme hakkı şartsızdır; bu hak yayın yoluyla Basın Kanunu'nun 19. maddesindeki (1. fıkra) durumlardan birine maruz kaldığını iddia eden kişiye veya yetkili temsilcisine aittir.

III — TÜRK HUKUKUNDA DURUM

1. Tarihçe

A — 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi

Basınla ilgili ilk düzenleme olan 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi'nin cevap ve düzeltme hakkına ilişkin 8. maddesi şöyledir (16) :

«Dersaadette Matbuat Müdürlüğü tarafından ve taşralarda hükümeti mahalliye canibinden gazetelere irsal olunan muharreratı resmiye-

(15) GÖLCÜKLÜ, s. 132.
(16) İSKİT, Servet R., Matbuat Rejimleri, İstanbul, Matbuat Umum Müdürlüğü Neşriyatından, (Ülkü Matbaası), 1939, s. 692 ve son.

yi gazeteci ilk ve ikinci defa çıkaracağı gazetesine bilâ ücret dercetmeğe mecbur olacaktır. Bir gazetede bir zatın ismi tasrihile veya ima tarikile bir fıkra dercolunup da ol zat tarafından gazeteciye cevap gönderildikte gazeteci bu cevabı ilk ve ikinci neşrolunacak nüshaya dercedecektir. Verilen cevap bilâ ücret tabolunup ait olduğu bendin iki mislinden ziyade olmıyacaktır.»

Aynı nizamnamenin «Mevaddı Cezaiye» başlığını taşıyan 2. Fasıl'ının 12. maddesi ise 8. madde gereğince hükümetin gönderdiği resmî yazıları yayınlamaktan kaçınan gazetecinin iki yüzlük altınından yirmibeş altına kadar; özel kişilerin gönderdikleri cevabı yayınlamıyan gazetecinin ise iki altından yirmibeş altına kadar para cezasına mahkûm olacağını» mucibi teşekki olan bendin neşrinden dolayı teşettüp edecek mücazat ve tazminat'a da mahkûm edileceğini bildirmekteydi.

B — 1877 tarihli Matbuat Kanunu

Padişah tarafından yürürlüğe konulmayan bu kanunun 17, 18 ve 19. maddeleri düzeltme ve cevap hakkıyla ilgiliydi.

17. maddeye göre «Matbuat idaresi veya hükümeti mahalliye» tarafından resmen gönderilen düzeltme ve cevapları sorumlu yazı işleri müdürü gazetenin ilk veya ikinci sayısında parasız olarak yayınlamaya mecburdu; yayınlamadığı takdirde iki Osmanlı altınından on altına kadar para cezasına mahkûm edilirdi.

Özel kişilerin cevap hakkını düzenliyen 18. maddeye göre ise bir gazete veya süreli yayında (varakai mevkute) kendisinden açıkça veya ima yoluyla sözedilen bir kişinin göndereceği cevabın, gazete veya süreli yayın sahibi tarafından ilk veya ikinci sayıda yayınlaması mecburiydi; yayınlamadığı takdirde iki Osmanlı altınından on altına kadar para cezasına çarptırılır, ayrıca ithama neden olan makalenin yol açtığı diğer cezalar ve zarar ve ziyana dahi mahkûm edilirdi.

19. madde, 18. madde de anılan cevabın buna neden olan «madde» veya fıkranın iki katını aşmadığı takdirde parasız, aştığı takdirde yalnız aşan kısım için baskı masrafının alınacağını öngörmekteydi.

C — 1909 Tarihli Matbuat Kanunu

Kanunun 21. maddesine göre bir kişi, gazetelerde ve resaili yevmiye ve mevkutede aleyhine yapılan bir yayın dolayısıyla hazırladığı cevabı, hükûmet ise gerçeğe aykırı yayınlarla ilgili gönderdiği tekzipnameleri (yalanlamaları) gazeteler ve anılan resail ilk çıkacak sayının aynı sütununda yayınlamak zorundaydılar. Cevap veya tekzibin yayınlanmaması halinde beş altından elli altına kadar para cezası hükmolunurdu.

21. madde 1913 yılında aynı kanunun diğer bazı maddeleri gibi değiştirildi. Değişikliğe göre özel kişinin cevap hakkı, bu kişi kullanmadan ölmüşse, evlât ve ahfadı tarafından da kullanılabilirdi. Gerek cevap gerek tekzip yazıları aynı sütunda ve aynı harflerle yayınlanacaktı.

D — 1931 Tarihli Matbuat Kanunu

Kanunun 48. maddesine göre bir gazete veya derginin (mecmua) sorumluları bir memurun görevine ilişkin fiillerle ilgili yapılan yayın hakkında anılan memur veya yetkili makam tarafından gönderilen cevapları parasız olarak yayınlamak zorundaydılar.

Cevap ve düzeltmeler, bunların gazete veya dergiye varışlarından sonra çıkacak ilk sayıda aynı sütunda, aynı punto harflerle hiçbir ilâve ve tayyolunmaksızın yayınlanacaktı.

Yayın, eğer devlet memurunun kişiliğine ilişkinse, bu memur ayrıca cevap vermek hakkına sahipti.

Bir gazete veya dergi yayınında anılan veya telmih edilen gerçek veya tüzel kişilerin o yayına cevap verme hakları vardı. Cevap, gönderenin imzasını içerecek ve ilişkin olduğu yazının iki katını geçmiyecekti.

Cevap ve düzeltmenin, gazete veya dergi hakkında hakaretâmiz sözler ve suç teşkil edebilecek ifadeler içermesi veya yayından itibaren üç ay geçmesi halinde yayınlanmasından kaçınılabilirdi. Bu durumda kaçınma nedenleri derhal mahallî cumhuriyet savcılarına yazı ile bildirilirdi.

Cumhuriyet savcısı, gazetenin talebi üzerine, gazete için hakaretâmiz veya suç teşkil edebilecek ifadeleri içeren cevaplarda uygun göreceği değişiklikleri yapardı. Bu değişikliklerden sonra cevabın yayınlanmasından kaçınılamazdı.

Cevabın yayınlanmasından sonra gazete veya dergi aynı veya aynı kişi ve aynı sorunla ilgili yeni bir yayında bulunsa bu maddede daha önce belirtilen şartlar dahilinde ve bu defa yazının üç katını geçmemek üzere tekrar bir cevap yayınlamak zorundaydı.

Bu yükümlülüklerden kaçınma halinde 25 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası hükmolunurdu.

Hakkında yayın yapılan kişi ölmüş ise, cevap hakkı karı koca, usul ve füruuna intikal ederdi. Bunlardan biri tarafından cevap ve düzeltme hakkının kullanılması diğerlerinden bu hakkı kaldırırdı.

E — 1950 Tarihli Matbuat Kanunu

15.7.1950 tarih ve 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesi cevap ve düzeltme hakkını düzenlemekte, aynı kanunun 29. maddesi ise bu hakka uyulmadığı durumlarda uygulanacak mueyyideleri göstermekteydi.

Yeni Kanun 1931 tarihli Kanun'a bir tepki kanunu niteliğindeydi (17). Gerçekten 1931 tarihli Kanun yürürlükte kaldığı sürece ve özellikle 1946 yılından sonra çok eleştirilmişti. Kanun, bir bütün olarak basın özgürlüğüne nefes aldırmaz bir kanun olarak düşünülmüştü. Bu nedenle 1950 tarihli Kanun aksi yönde bir düzenleme getirirken, abartmalı bazı hükümler de içermişti. Cevap ve düzeltme hakkı konusunda da müşterek hukuk esaslarından ayrılmak suretiyle bir çeşit «sui jeneris» bir sistem oluşturulmuş, bu hakkı oldukça sınırlayan bir yol tutulmuştu.

Gerçekten, 19. maddeye göre, bir şahsın haysiyet ve şerefine dokunan veya menfaatini bozan yahut kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı hareketler, düşünceler ve sözlerle açık veya kapalı şekilde bir mevkutede yapılan yayından dolayı o şahsın imzasıyla gönderilecek cevap ve düzeltmeyi mevkutenin sorumlu müdürü metnine hiçbir düşünce ve işaret katmaksızın aynen ve tamamen yayınlamaya mecburdu.

Cevap ve düzeltmeyi alan sorumlu müdür bunu günlük gazetelerde alındığını izleyen üç gün ve diğer süreli yayınlarda bu süre gözetilmek şartıyla engeç, çıkacak ikinci sayıda aynı sahife ve sütunda aynı punto harflerle yayınlamaya mecburdu. Cevap ve düzeltme ilişkin olduğu yazının cevapla ilgili miktarından uzun olamazdı.

Gönderilen cevap ve düzeltmede suç teşkil eden ifadeler varsa veya cevap ve düzeltmeyi gerektiren yayınla ilgili bulunmayan hususlar varsa veya yayından itibaren üç ay geçmişse yayınından çekinilebilirdi. Bu durumda çekinmenin nedenleri derhal yazı ile o yer sulh ceza hâkimliğine bildirilirdi. Hâkim en geç 24 saatte yayınla ilgisi bulunup bulunmadığına ve sürenin geçip geçmediğine karar verir ve uygun göreceği değişikliği yapardı. Hâkimin kararının gereğini yerine getirmek mecburiydi.

Devlet daireleri, kamu kuruluşları ve tüzel kişiler tarafından gönderilecek cevap ve düzeltmeler de yukarda belirtilen hükümlere tâbi idi.

Cevap ve düzeltme hakkını kullanmadan ölen bir kimsenin bu hakkını varisleri kullanabilirdi.

19. madde, iki aynı müesseseyi ifade etmekle birlikte, cevap ve dü-

(17) DÖNMEZER, Sulhi, «Mukayeseli Hukuk...», s. 65 ve son.

zeltmeyi eşanlamlı olarak almıştı. Bu nedenle 6. fıkrada geçen «cevap» kelimesi yersizdi.

5680 sayılı Basın Kanunu'nun bazı maddeleri - bu arada cevap ve düzeltme hakkı - 6733 ve 143 - sayılı Kanunlarla iki defa değiştirildi.

Yalnız gazete ve süreli yayınlar (mevkute) lehine düzenlenmiş olan cevap ve düzeltme hakkı (18), 1956 tarih ve 6733 sayılı kanunla değişikliğe uğradı.

6733 sayılı Kanun 1950 tarihli metne göre daha otoriter bir sisteme taraflar olmuş (19), «yayın yasakları ve savcılık elindeki cevap hakkıyla hür basını felce uğratmıştır» (20).

Gerçekten bu kanunla yapılan değişikliğe göre, cevap veya düzeltme hakkını kullanmak isteyen kimse, yayınlatmak istediği cevap veya düzeltmeyi bulunduğu yer savcılığına verir veya gönderirdi. Savcı, engeç 24 saat içinde cevap veya düzeltmenin yayınlanmasının gerekip gerekmediğine karar verir ve gereken değişiklikleri yapabilirdi. Savcının kararı kesin olduğundan sorumlu müdürün buna uymak mecburiyeti vardı (21).

1960 tarih ve 143 sayılı Kanun (22) 6733 sayılı Kanunun hakkaniyet ölçüleri dışındaki kullanımına bir tepki olarak 1950 tarihli Basın Kanununu, bu arada «cevap ve tekzip hakkı»nı, yeniden değiştirerek, ayrıntı sayılabilecek birkaç nokta hariç, ona 1950'deki ilk şeklini vermiş, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasını da yeniden yargı kararına bağlamıştı. Bu ilk hareketi Anayasanın köklü düzenlemesi ve daha sonra çıkarılan kanunlar izledi.

2. Günümüzde cevap ve düzeltme hakkının anayasal ve yasal düzenlenmesi,

A — Anayasal düzenleme

Eski Anayasalarımız cevap ve düzeltme hakkına ilişkin bir hüküm içermemekteydiler. İlk defa 1961 Anayasası bu müesseseye, bütün kitle

(18) DÖNMEZER, Sulhi, BASIN VE HUKUKU, İstanbul, (İst. Üniv. Yay. No.: 2213, HF Yay. No.: 500), 1976, s. 322.

(19) ERMAN, Sahir - ÖZEK, Çetin, İzahlı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, (İst. Üniv. Yay. No.: 1078, HF Yay. No.: 229), s. 87.

(20) GÖLCÜKLÜ, s. 42.

(21) Kanunun metni için bkz.: MÜFTUOĞLU, H - BAŞAK, G., Basın - Yayın ve Turizm Mevzuatı, İstanbul, 1958.

(22) Kanunun metni için bkz.: RG, 5.12.1960 - 10672.

haberleşme araçlarını kapsayacak şekilde 27. maddesinde yer verdi. Madde şöyleydi: «Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.

Düzeltme ve cevap yayınlanmazsa yayınlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından karar verilir.»

Maddede «düzeltme ve cevap hakkı» deyimine yer verilmiş ancak ikisi arasındaki ayırım kabul edilememiştir. Maddenin düzenlenmesinde iki amaç güdülmüştür: cevap ve düzeltme hakkının kötüye kullanılmasını önlemek için yeterli bir hüküm koymak; bu hakkı Anayasaya koyarak dolambaçlı yollarla ortadan kaldırılmasını önlemek (23).

1982 tarihli Anayasamız da cevap ve düzeltme hakkını anayasal bir hak olarak 32. maddesinde öngörmüştür. 32. maddenin 1961 Anayasası'nın 27. maddesinden farkı, 32. maddenin 2. fıkrasında yer alan, hâkimin cevap ve düzeltmenin yayınlanıp yayınlanmamasına ilgilinin müracaatı tarihinden itibaren engeç yedi gün içinde karar vermesi hususudur; 1982 Anayasasının düzenlediği cevap ve düzeltme hakkı da 1961 Anayasasında olduğu gibi bütün kitle haberleşme araçları için geçerlidir.

B — Yasal düzenleme

1) Yazılı basın (24)

29.11.1960 tarihinde kabul edilen 143 sayılı Kanun'un düzenlediği 19. madde «menfaatin bozulması» halinde de cevap ve düzeltme hakkını kişiye tanımakta; sulh ceza hâkiminin cevap ve düzeltmeyi yayınlatma kararına karşı sorumlu yazı işleri müdürüne asliye ceza mahkemesi nezdinde itiraz hakkını tanımakta, oysa cevap ve düzeltmenin yayınlanmaması kararına karşı ilgiliye, sorumlu yazı işleri müdürü için kabul edilen itiraz hakkını tanımamaktayıd.

143 sayılı Kanun'un kabul edildiği tarih gözönünde bulundurulunca, 19. maddenin 1961 Anayasasının geçici 4. maddesinin 3. fıkrası karşısında, aynı Anayasanın 27. maddesine (bu maddede «menfaatini bozan» ibaresi yoktur) aykırılığını da öne sürmek mümkün değildi.

İki kanun arasındaki tezadı ortadan kaldırmak, Anayasaya uygunluğu sağlamak yani kişinin sübjektif değerlendirmesine bağlı bulunan ve

(23) TİKVEŞ, Özkan, «Cevap Hakkı Üzerine Bir İnceleme», Muk. Huk. Araş. Derg., 1967, N.: 1, s. 79.

(24) Diğer kitle haberleşme araçlarında cevap ve düzeltme hakkı ayrı bir makalenin konusu olacaktır.

cevap ve düzeltme hakkının kötüye kullanılmasına imkân veren «menfaati bozan» ibaresini 19. maddeden çıkarmak, ayrıca cevap ve düzeltme talebi reddedilen kişiye de itiraz hakkı tanımak gerekiyordu. Bu husus «15 Temmuz 1950 tarih ve 5680 sayılı Basın Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesine, bu kanuna ek maddeler ilâvesine ve 4.7.1960 tarih ve 9 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılmasına dair» 2950 sayılı Kanunla (mad. 6) gerçekleşmiş oldu (25).

Cevap ve düzeltme hakkı hem bir yetkiyi hem de bir yükümlülüğü kapsar (26). Yetki, kendisi hakkında kanunun belirttiği nitelikte yayında bulunulan kişiye; yükümlülük ise yayında bulunan organa aittir.

Anayasamız (mad. 32) cevap ve düzeltme hakkının hangi hallerde kullanılabileceğini belirtmekle bu hakkın sınırlılığını vurgular; yetki sahibi ile yükümlü organ arasında bir hakem (hâkim) görevlendirmekle de kişisel takdirlere yer bırakmak istememiştir.

a) Cevap ve düzeltme hakkının sınırlılığı

Bu sınırlılık ilkin yayının şekline ilişkindir. Basın Kanununun 19. maddesi yalnız mevkutelerde yer alan yayınlardan ötürü cevap veya düzeltme hakkını tanımıştır. Mevkute ise aynı kanunun 3. maddesine göre gazeteler, haber ajansları yayınları ve belli aralıklarla yayınlanan diğer bütün basılmış eserlerdir.

Devlet daire ve müesseseleri tarafından çıkarılan mevkuteler de (bilimsel ve meslekî) cevap veya düzeltme yazılarını yayınlamak zorundadırlar (5680 sayılı Basın Kanunu'na 23.1.1953 tarih ve 6026 sayılı Kanun'la ilâve edilen «Ek Madde»). Ülkemizde resmî yayınlara karşı, kanunda bir açıklık olmamakla beraber, cevap veya düzeltme hakkının olmadığını sanıyoruz (27). Örneğin, Resmî Gazete ya da TBMM Tutanak Dergisi'ne karşı böyle bir hak sözkonusu olmamalıdır.

Gazetelerin günlük veya daha uzun süreli olması önemli değildir. Mevkutelerin süreli olmayan ilâveleri de mevkuteden sayılır (28). Haber ajansları bültenleri resmî, yarı resmî veya özel olabilir. Ajanslar yerli veya yabancı da olabilirler (29).

---

(25) RG. 16 Kasım 1983 - 18220.

(26) GÖLCÜKLÜ, s. 131.

(27) İÇEL, s. 162.

(28) İstanblu Toplu Basın Mahkemesinin 298962 gün ve E. 22, K. 83 sayılı Kararı: ERMAN - ÖZEK, s. 93.

(29) ERMAN - ÖZEK, s. 13.

Demek oluyor ki mevkute tanımına girmeyen eserlerde - kitap, broşür, vb. - cevap veya düzeltme hakkı sözkonusu olmayacaktır. Bunun nedenleri başlıca ikidir (30). Birincisi, bu tür yayınların süreli olmayan yayınlara oranla daha çok okunması ve etkili olması; ikincisi cevap veya düzeltmenin süreli yayınlarda kısa sürede yayınlanabilmesidir. Süreli olmayan yayınlarda yayına hedef olan kişinin yapabileceği tek şey, yayın hakaret veya sövme niteliğini taşıyorsa, mahkûmiyet hükmünün özetini mahkeme kararıyla en fazla üç gazetede bir veya iki kez yayınlatmaktır (TCK. 482/2). Bu yayının masraflarını ise mahkûm karşılayacaktır (31).

Cevap ve düzeltme hakkında ikinci sınırlılık ise yayının içeriği ile ilgilidir.

Gerçekten 19. madde belirli iki durum için bu hakkı tanımaktadır. Bunlar «şeref ve haysiyete dokunan yayın», «gerçeğe aykırı yayın» olarak belirlenmiştir.

Haysiyet ve şerefe dokunan yayınlar genellikle Ceza Kanunu'ndaki hakaret ve sövme suçlarını oluştururlar. Ancak cevap hakkının doğması için şeref ve haysiyete dokunan yayının hakaret ve sövme cürmünü meydana getirmesi zorunlu değildir. Hattâ bu nitelikteki bir yayının gerçeğe uygun olması bile cevap hakkının kullanılmasına engel değildir.

Bu son durumda gazetenin haberi yalanlanmamakta, yalnız olayların nedeni kamu oyuna açıklanmaktadır (32). Yine yayının objektif haber verme niteliğine sahip olması ve başka bir kaynaktan alınmış olması (iktibas) da cevap hakkının kullanımı bakımından önemli değildir (33). GÖLCÜKLÜ'nün de belirttiği gibi (34), düzeltme ve cevap hakkı yayın hukukuna özgü bir müessese olduğu için, bu tür bir yayın nedeniyle ortaya çıkabilecek diğer dava haklarının (ceza davası, tazminat davası gibi) kullanılmış olması düzeltme ve cevap hakkını ortadan kaldırmaz.

---

(30) Aynı görüş için bkz.: İÇEL, s. 160.

(31) Mevkutelerde çıkan ilân (hatta resmî ilânlar) ve reklâmlara karşı da, Basın Kanunumuz yayının türü bakımından bir sınırlama yapmadığından, cevap ve düzeltme hakkının kullanılabileceği ileri sürülmektedir: İçel, s. 161.

(32) ÖZEK, s. 104.

(33) GÖLCÜKLÜ, s. 139.

(34) Bu nedenle Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 12.3.1976 tarih ve E. 2714/K. 2314 sayılı kararı hakaret suçları yönünden gözönünde bulundurulması gereken objektif haber verme kriterini cevap ve düzeltme hakkı alanına sokarak bu hakkı son derece sınırladığından, haklı olarak eleştirilmiştir: İÇEL, s. 157.

Kanun gerçeğe aykırı yayınlara karşı da cevap veya düzeltme hakkını tanımıştır. Gerçeğe aykırı bir yayına ilgilinin cevap verebilmesi için bu yayının haysiyet ve şerefe dokunan türden olması gerekmeyip, gerçeğe aykırı olması yeterlidir.

Burada sözkonusu olan gerçeğe aykırılık, objektif olarak değerlendirilecektir. Ancak, cevap hakkını kullanmak isteyen kimseyi yayının gerçeğe aykırılığını ispat etmek zorunda bırakan 19. maddenin 2950 sayılı Kanunla değiştirilen ve 3445 sayılı Kanunla korunan yeni şekli karşılaştırmalı hukuktan esasta ayrılmıştır (35). Varılan sonuç ise uygulamada çözümü güç sorunlar yaratacak niteliktedir. Yayının gerçeğe aykırı olup olmadığını kim tespit edecektir? Bazı ülkelerin basın kanunlarında (Federal Almanya, İtalya gibi) cevap hakkının doğması maddî gerçeğin araştırılmasına bağlı tutulmamaktadır. Başka bir söyleyişle cevap hakkının doğması için ilgilinin yayını gerçeğe aykırı görmesi yeterlidir. Ülkemizde de mevcut çıkmazdan kurtulmak için objektif şart aranmaksızın ilgiliye gerçeğe aykırı telâkki ettiği bir yayından ötürü cevap hakkını tanımak gerekir (36).

19. madde «hareketler, düşünceler ve sözler izafesi suretiyle açık ve kapalı şekilde bir mevkutede yapılan yayın»dan sözetmektedir. Bu demektir ki Türk hukuk sistemine göre bir mevkutede yapılan yayının türü (eleştiri, makale, kronik, haber nakli gibi) ne olursa olsun, kişinin şeref ve haysiyetine dokunuyor veya gerçeğe aykırı ise cevap hakkını doğuracaktır. Maddede «düşünce» kavramı da kullanıldığından bilimsel, bediî veya edebî eleştiri yazılarına karşı da cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilecektir (37).

Acaba resim ve karikatüre karşı cevap hakkı kullanılabilir mi? Buna olumlu cevap verenler olduğu gibi (38), ancak haberlere karşı bu hakkın tanındığını savunan yazarlar da vardır (39). GÖLCÜKLÜ'nün de belirttiği gibi (40), bu konuda soyut bir kural koyma yerine - ki bu imkânsızdır - müessesenin ruhunu gözönünde tutmak gerekir (41).

---

(35) İÇEL, s. 157.
(36) Aynı görüş için bkz.: ERMAN - ÖZEK, s. 91; GÖLCÜKLÜ, s. 140; İÇEL, s. 157; Aksi görüş için bkz.: ÖZEK, s. 102 ve son.
(37) ERMAN - ÖZEK, s. 92; DÖNMEZER, «Tenkit ve Cevap Hakkı», Yeni Türk Mecmuası, 1941, Cilt 9, Sayı 108.
(38) DÖNMEZER, Basın ve Hukuku, s. 327.
(39) ÖZEK, s. 99.
(40) s. 140 ve 141.
(41) Örneğin düzeltme ve cevabın hacmi hesaplanırken, yazı için konulan ölçülerden ziyade ilgiliye makûl bir düzeltme imkânı verilmesi.

b) Düzeltme ve cevap hakkının hacmi

Cevap ve düzeltme hakkı uzunluk bakımından da sınırlandırılmıştır.

19. maddeye göre (2. fıkra) «cevap veya düzeltme, ilişkin olduğu yazının cevap verenle ilgili miktarının iki katından uzun olamaz. Ancak, yirmi satırdan az olan yazıların cevabı otuz satır olabilir.»

Maddenin öngördüğü uzunluk, cevap veya düzeltmeye neden olan yazının değil de cevap verenle ilgili kısmın uzunluğudur.

Soruna karşılaştırmalı hukuk açısından bakınca, bu hakkın kabul edildiği bütün ülkelerde sınırlandırıldığı görülür. Birçok ülkede cevap, cevabı gerektiren yazıdan uzun olamaz (İspanya, İtalya, Fransa gibi) (42). Ayrıca Fransız Basın Kanunu'na göre (mad. 18/4) cevap en az elli, en çok ikiyüz satır olabilir (43).

c) Cevap ve düzeltme hakkının süjeleri

aa) Aktif süjeler

Cevap veya düzeltme hakkını kullanacak kişi, hakkında haysiyet yahut şeref kırıcı yahut gerçeğe aykırı yayında bulunulan kimsedir. 19. maddenin 1. fıkrasının amaçladığı, gerçek kişilerdir. Her ne kadar fıkrada geçen şahıs kelimesi gerçek kişiler ile tüzel kişileri kapsamakta ise de, aynı maddenin 7. fıkrası tüzel kişilere açıkca atıfta bulunmaktadır. Tüzel kişiler adına cevap veya düzeltme hakkının kullanılması tüzel kişiliği temsil yetkisine sahip kişi tarafından mümkündür. Bu durumda tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar (7. fıkranın öngördüğü devlet daireleri ve kamu müesseseleri hariç) cevap ve düzeltme hakkından yararlanamıyacaklardır. Ne var ki bir grubun bu hakkı kullanamaması, bu gruptan bir kişinin kişisel olarak aynı hakkı kullanmasına engel değildir (44).

Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması için vatandaşlık şartı aranmadığından, yabancılar da bu haktan yararlanabilirler (45).

Cevap ve düzeltme hakkı kişiye bağlı haklardan olduğundan ancak kişinin kendisi bu hakkı kullanabilir. Bu hakkın şahsen kullanılması mecburiyetinin bazen büyük güçlükler doğurduğu açıktır. Örneğin çok ağır bir hastalık nedeniyle kendisi hakkında cevap veya düzeltmeye yol açabilecek bir yazıyı okuyamıyan kişinin kendisine özel yetki verilen temsilcisi-

(42) İÇEL, s. 157.
(43) TOULEMON, A., Code de la presse, Paris, (Sirey), 1964, s. 89.
(44) ERMAN - ÖZEK, s. 94.
(45) İÇEL, s. 158.

ne bu hakkın tanınması istenilmekteydi, 3445 sayılı Kanun anılan hakkı ilgiliye veya yetkili temsilcisine tanıyarak belirtilen sakıncayı gidermiş oldu (mad. 19/1) (46). Kişiye bağlı bir hak olduğundan küçükler (ehil olmayanlar) ve kısıtlılar da bu hakkı ancak şahsen veya kanunî temsilcileriyle birlikte kullanabilirler. Cevap veya düzeltme hakkını kullanamadan ölen bir kişinin bu hakkını varislerinden biri kullanabilir. Bu hakkın yayınla doğrudan ilgili bulunmayan bir kişiye ait olması, tamamen bir istisnadır. Ölenin yerine cevap veya düzeltme hakkını kullanacak kişinin hukuken «varis» olması gerekir. Bu nedenle mirası reddeden varis bu hakkı kullanamaz. Varislerin birden çok olması halinde, yalnız birisi bu hakkı kullanabilir (47). Cevap veya düzeltme hakkına neden olan yayın ilgilinin ölümünden sonra yapılmışsa, varisler anılan haktan yararlanamıyacaklardır. Kanımızca 1948 tarihli Matbuat Kanunu'nun 48. maddesinde öngörüldüğü gibi, hakkındaki bir yayından ötürü, ölen bir kimsenin karı koca, usûl ve fürûuna da bir cevap veya düzeltme hakkı tanınmalıdır.

bb) Basit süje

Cevap ve düzeltme hakkının pasif süjesi sorumlu yazı işleri müdürüdür. Mevkutenin birden fazla sorumlu yazı işleri müdürü varsa, cevap veya düzeltmenin yayınlanması yükümlülüğü, cevaba konu olan yayının yapıldığı kısmın sorumlu müdürüne düşer.

Sorumlu müdür kendisine usûl ve şartlarına uygun olarak gönderilen (48) cevap veya düzeltme yazısını, metnine «hiçbir mülahaza ve işaret katmaksızın ve bu cevap veya düzeltme dolayısıyla herhangi bir mütalâa beyan etmeksizin aynen ve tamamen yayınlamaya mecburdur.»

Sorumlu Müdür, cevap veya düzeltmeyi, buna yolaçan yazının yayınlandığı aynı sayfa ve sütunda (49) veya bunların eşdeğerinde okuma-

(46) İÇEL, s. 159. Yargıtay, değişiklikten önce, bu hakkın umumî vekiller tarafından kullanılamıyacağını, cevap yazısında ilgilinin imzasının bulunması gerektiğini belirtmişti (7 CD. 23.6.1965 tarih ve E. 4709/K. 5307).

(47) ÖZEK, s. 110.

(48) Cevabın alındığı tarihi tevsik eden imza inkâr edilirse, imzanın doğruluğu tespit edilmeden karar verilmemelidir. (Temyiz, 3 CD, 20.2.1953, E. 2451, K. 1641, Türk İçt. Kül. 1953, s. 594).

(49) Verilen cevabın aynı sütunda ve aynı puntolarla yayınlanmaması cezayı gerektirir. Sorumlu müdür bu konuda gerekli önlemleri aldığını ispat etse bile ceza sorumluluğundan kurtulamaz. (Yargıtay CGK, 5.11.1951, E. 3-45, K. 41, Türk İçt. Kül. 1951, s. 1637. Ceza Genel Kurulu'nun bu karara ters düşen kararı da vardır: Tekzip yazısının aynı sütunda yayınlanmaması teknik bir hatanın sonucu ise failde cürmî kast bulunmadığı için, fiil suç teşkil etmez» (İstanbul Toplu Basın Mahkemesi 4.2.1959, E. 47, K. 4; ERMAN - ÖZEK'ten naklen s. 110).

yı güçleştirmeyecek bir şekilde, imlâ kurallarına uygun olarak, eşbüyüklükte ve eş karakterde harflerle cevap veya düzeltmeyi gerektiren yazı için başlık yapılmış veya resimler konulmuş ise, cevap veya düzeltmede tespir edilecek başlık veya resmin de yayınlanması gerekir (mad. 19/5).

Kanunun bu kayıtları koymasının nedeni, her iki tarafa eşit mücadele imkânını sağlamaktadır (50).

Bize göre sorumlu müdürün cevap veya düzeltme yazısının başına «tekziptir», «mahkeme eliyle aldığımız tekzip» gibi bir ilâve yapması cevap ve düzeltme hakkının amacına aykırıdır (51).

Hakkında yapılan bir yayından dolayı ilgilinin veya yetkili temsilcisinin cevap veya düzeltme yazısını imzalı olarak yayının yapıldığı tarihten başlayarak iki ay içinde sorumlu müdüre vermesi veya göndermesi gerekir. Sorumlu müdür cevap yazısını aldığı tarihten itibaren üç gün içinde inceleyip yayınlamasına veya yayınlamamasına karar verir. Yayınlamasına karar verdiği takdirde yazının üç günlük sürenin bitiminden sonra çıkacak ilk nüshada yayınlanması gerekir.

Sürelerin kısa tutulmasının nedeni, yapılan yayına güncelliğini yitirmeden ilgili tarafından cevap verilebilmesini sağlamaktır.

Eğer sorumlu müdür cevap veya düzeltme yazısını kanundaki şartlara uymadığını düşünerek yayınlamazsa ilgili, cevabın yayınlanması gereken tarihten başlıyarak yirmi gün içinde belgeleriyle birlikte bulunduğu yer sulh ceza hâkimine başvurur. Sulh ceza hâkimi aşağıda belirtilen incelemeleri yaptıktan sonra kendisine başvuru tarihinden başlıyarak iki gün içinde cevap yazısının yayınlanıp yayınlanmamasına karar verir. Bu karar ilgililere tebliğ olunur. Karara karşı ilgililer tebliğ tarihinden başlıyarak dört gün içinde asliye ceza hâkimine başvurabilirler. Asliye ceza hâkiminin kendisine yapılan başvurudan itibaren en geç iki gün içinde vereceği karar kesindir. Cevabın yayınlanması şeklindeki kesin mahkeme kararının günlük gazetelerde alındığı tarihi izleyen üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda ise anılan süre gözetilerek ilk çıkacak sayıda yayınlanması zorunludur.

---

(50) Uygulamada bazen cevap veya düzeltme metin yazım kurallarına aykırı bir biçimde ve kasıtlı olarak yayınlanmaktadır; bu tutum, 19. maddenin açık ifadesine «- okumayı güçleştirmeyecek şekilde» - uyulmadığını göstermektedir.

(51) Aksi görüş, İstanbul Toplu Basın Mahkemesi, 6.11.1957, E. 41, K. 40: ERMAN - ÖZEK'ten naklen, s. 96.

d) Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması için şartlar

Cevap veya düzeltme hakkını kullanacak kişinin kanunun öngördüğü aşağıdaki şartlara uyması gerekir.

(1) Süre şartı

Cevap veya düzeltme hakkının yayının yapıldığı tarihten itibaren iki ay içinde kullanılması gerekir. Yayının yapıldığı gün sürenin başlangıç tarihidir. Bu iki aylık süre hak düşürücü süre olduğundan kesilmesi veya uzaması sözkonusu değildir (52). Süresinde verilmeyen bir cevap veya düzeltme talebi, diğer şartları incelemeye gerek olmadan hâkim tarafından reddedilmelidir.

(2) Cevap metninin suç niteliğinde olmaması

Yayınlanması istenilen cevap veya düzeltme metninin yayın organına, üçüncü kişilere karşı hakaretâmiz sözler, müstehcen sözler veya resimler, devlet düzenine karşı ifadeler içermemesi gerekir (53). Ancak, bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, cevap metninin suç niteliği ortadan kalkar. Örneğin, işlenen bir suçun failine ilişkin olarak güvenlik kuvvetlerinin yaptığı açıklama gibi.

(3) Cevap metninin yayınla ilgili bulunması

Cevap veya düzeltme metninin buna neden olan yayınla ilgili olması, gönderenin de yayında adı geçen kişi olması gerekir (54). Örneğin cevap metninde yayınla ilgili olmayan konular yer almıyacağı gibi, yayında anılmayan bir kişi de bu haktan yararlanamaz.

(4) Cevap yazısının uzunluğu

Bu uzunluğun cevap verenle ilgili kısmının iki katını geçemiyeceğini, yirmi satırdan az olan yayında ise cevabın otuz satırı geçemiyeceğini daha önce belirtmiştik (55).

(5) İlgilinin imzası

Kanun cevap metninde ilgilinin imzasını aramaktadır. İmza zorunlu-

(52) ÖZEK, s. 113.
(53) İÇEL, s. 166.
(54) ÖZEK, s. 114; İÇEL, «Cevap ve Düzeltme Hakkı Yönünden İlgi ve Gerçeğe Aykırılık Konuları», İHFM., 1977, Cilt XLII, sayı 1 - 4, s. 722.
(55) 2950 sayılı Kanun cevap ve düzeltme hakkını, haklı olarak, ilgili lehine genişletmiştir. Ancak 3445 sayılı Kanun ise süreleri 2950 sayılı Kanun'a göre daha da kısa tutmuştur.

ğu olduğundan - çünkü cevap hakkı kişiye bağlı bir hakdır - cevap hakkı ancak yazılı şekilde kullanılabilir: Cevap bir resim veya fotoğraf ise yine hak sahibi tarafından imzalanmalıdır (56). Küçük, kısıtlı, vekil ve ölenin mirasçısı ile ilgili olarak daha önce açıklamada bulunmuştuk.

e) Cevap ve düzeltme hakkından vazgeçme

Bu haktan hâkim kararından önce vazgeçmek mümkündür. Mahkeme kararından sonra kişinin iradesi artık dikkate alınmaz (57). Onun içindir ki mahkeme kararından sonra kişinin vazgeçmesi üzerine cevap yazısını yayınlamıyan sorumlu yazı işleri müdürü sorumlu tutulabilir (58).

f) Af

Cevap ve düzeltme hakkı, afla ortadan kalkmaz zira bu hak cevabın yayınlanmamasından farklıdır. Af, yayınlamama suçunu ortadan kaldırır ancak cevap hakkı yeniden kullanılabilir. Nitekim Fransız Yargıtayı bu yönde karar vermiştir (59).

g) Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması usulü

Cevap ve düzeltme hakkı sürelidir. Gerçekten, Basın Kanunu'nun 19. maddesine göre 1. fıkra), cevap veya düzeltme hakkı sahibi cevap metnini, yayının yapıldığı tarihten itibaren iki ay içinde anılan yayının sorumlu müdürüne verir veya gönderir. Sürenin kısa tutulmasının nedeni, basın üzerinde cevap ve düzeltme hakkı yoluyla uzun süre devam edecek bir baskıyı önlemektir. İlgilinin yayından haberdar olduğu tarih önemli değildir. Sorumlu müdür cevap yazısını aldığı tarihten itibaren üç gün içinde inceler ve yayınlanmasına karar verirse sürenin bitiminden sonra çıkacak ilk sayıda yayınlar.

Anayasamızın 32. maddesi cevap veya düzeltme yazısının doğrudan yayın organına gönderilmesini öngörmüş, ancak yayın organının cevap yazısını yayınlamaması halindedir ki hâkimin hakemliğine başvurulacağını belirtmiştir. Bu yol hem işi uzatmama düşüncesiyle, hem de adliyenin yükünü azaltma amacına yönelik olduğundan tercih edilmektedir (60).

---

(56) Tekzip yazısının yayınlanması için sahibinin imzasını taşıması gerekir. (Yargıtay 7 CD, 21.1.1974 tarih E. 297, K. 185; YKD; 1.5.1975, s. 154).
(57) ÖZEK, s. 115.
(58) ERMAN - ÖZEK, s. 104 - 105.
(59) Crim., 28 Aralık 1091, D., 1903.1.135 : A. TOULEMON, s. 90.
(60) GÖLCÜKLÜ, s. 143.

İşte sorumlu müdürün cevap yazısını yayınlamaması halinde, ilgili, cevap yazısını yayının ilgili nüshası ile birlikte bulunduğu yer sulh ceza hâkimine cevabın yayınlanması gereken tarihten başlıyarak yirmi gün içinde başvurur. Sulh ceza hâkimi: 1) Cevap veya düzeltme başvurusunun yayından itibaren iki ay içinde yapılıp yapılmadığını, 2) İçeriği bakımından suç niteliğinde olup olmadığını, 3) Yayınla ilgisinin olup olmadığını, 4) Kanundaki şekil ve şartlara uyup uymadığını inceler ve cevap metninin yayınlanıp yayınlanmamasına cevap yazısını aldığı tarihten başlıyarak iki gün içinde karar verir. Yayınlama kararı, metnin aynen veya hâkimin uygun göreceği değişiklikler şeklinde olur. Hâkimin bu kararı ilgililere tebliğ olunur. Hâkimin cevabın yayınlanmasına ilişkin kararı, bir cevap hakkı doğurmakta, cevap vermek isteyen kişinin buna hakkı olup olmadığını tespit etmektedir. Hâkimin bu kararı ihtilaflı bir konuya ilişkin olmadığından, taraf oluşturulması sözkonusu olmadığından, kazaî değil de idarî nitelikte bir karardır (61). Kararın bir örneği ile cevap metnini alan sorumlu müdür karara uyduğu takdirde, cevap veya düzeltme yazısını, günlük gazetelerde alındığını izleyen üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda ise bu süreyi gözeterek ilk çıkacak sayıda yayınlamak zorundadır. Eğer sorumlu müdür hâkimin yayınlama kararına uymuyacaksa, kararın kendisine tebliği tarihinden başlıyarak dört gün içinde asliye ceza hâkimliğine yayınlamak istemeyişinin nedenlerini belgeleyerek itiraz edebilir. Asliye ceza hâkiminin itirazın kendisine yapıldığı tarihten başlıyarak en geç iki gün içinde vereceği karar kesindir. Asliye ceza hâkimi haklı gördüğü itiraz nedenlerine dayanarak gerekli değişiklikleri yapacaktır. Ancak Yargıtay bir kararında (62) asliye ceza hâkiminin, uzun bir cevaba yapılan itiraz nedeniyle, bu cevabı kısaltamıyacağını, bu hakkın ancak sulh ceza hâkimine tanıdığını, asliye ceza hâkiminin bu durumda yayınlanmasına karar verilen kararın kaldırılmasına hükmetmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar haklı olarak eleştirilmiştir (63). Gerçekten iki mahkeme arasında yaratılan bu farklılığı anlamak mümkün değildir. Bu durumda haklı bir cevap yazısı, sulh ceza hâkiminin cevabın uzunluğu konusundaki bir dikkatsizliği yüzünden yayınlanamıyacaktır. Karar cevabın yayınlanması yönünde ise, sorumlu müdür kesin karardan itibaren yine üç günlük süreyi dikkate alarak cevabı yayınlamak zorundadır.

Sulh ceza hâkimi cevabın yayınlanmamasına karar verirse, bu karara karşı da cevap sahibinin itiraz hakkı vardır. Bu itiraz, sulh ceza mahkemesi kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren dört gün için-

(61) ERMAN - ÖZEK, s. 101.
(62) 7. CD.'nin 3322/2690 sayılı ve 13.3.1972 sayılı kararı: ÖZEK, s. 123.
(63).ÖZEK, s. 123.

de asliye ceza hâkimine yapılmalıdır. Asliye ceza hâkimi iki gün içinde bir karar verir ve bu karar kesindir (64).

İlgilinin talebi veya hâkim kararı üzerine yayınlanan cevap veya düzeltmede, 19. maddedeki şekil ve şartlara uyulmamışsa ilgili, cevap veya düzeltmenin yayınlandığı tarihten başlıyarak yirmi gün içinde evrakıyla birlikte bulunduğu yer sulh ceza hâkimine başvurarak cevap veya düzeltmenin anılan maddenin içerdiği şekil ve şartlara uygun olarak yeniden yayınlanmasını istiyebilir (mad. 19/6).

Sulh ceza hâkimi iki gün içinde cevabın yayınlanıp yayınlanmamasına karar verir ve kararı ilgililere tebliğ eder (mad. 19/6, 2. paragraf).

İlgililerin bu karara tebellüğ tarihinden itibaren dört gün içinde asliye ceza hâkimine itiraz hakları vardır. Asliye ceza hâkiminin iki gün içinde vereceği karar kesindir (mad. 19/6, 3. paragraf).

Cevap veya düzeltmenin yeniden yayınlanmasına karar verilirse, sorumlu müdür, kararı günlük gazetelerde alındığı tarihten itibaren üç gün içinde, diğer mevkutelerde bu süre gözetilmek suretiyle ilk çıkacak nüshada yayınlamak zorundadır (mad. 19/6, 4. paragraf).

Mahkemenin yeniden yayın kararına rağmen, yayın 19. maddedeki şekil ve şartlara uygun yapılmamışsa, her defasında 19. maddenin 6. fıkrasının yukarda sıraladığımız hükümleri ayrı ayrı uygulanacak ve her aykırı davranış 29. maddeye göre ayrı ayrı cezalandırılacaktır (mad. 19/6, 5. paragraf).

h) Cevap veya düzeltmeyi yayınlama yükümlülüğünün müeyyidesi

Basın Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen cevap ve düzeltme hakkının müeyyidesini aynı kanunun 29. maddesi içermektedir.

29. madde iki durumu öngörmektedir:

Birinci durum, ilgilinin veya yetkili temsilcisinin talebi üzerine yayınlanan cevap veya düzeltme ile ilgilidir (65). Eğer bu cevap veya düzelt-

(64) 2950 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, 19. maddede Sulh ceza hâkiminin cevabın yayınlanmaması kararına cevap sahibinin itiraz edip edemiyeceği hususu yer almamıştı. Ancak Yargıtay CMUK'nun itirazla ilgili genel hükümlerine dayanarak bu boşluğu dolduruyordu: Konuyla ilgili olarak bkz.: Yargıtay CGK. 28.1.1974, E. 973/7 - 361/Kararı, YKD, Nisan - Mayıs 1974, Sayı 4 - 5, s. 66.

(65) Zarfın üzerinde gönderenin adresi yazılı tekzip mektubunu kabul etmemek cevap hakkını ihlâl suçunu teşkil eder (Temyiz CGK. 16.2.1953, E. 4 - 104 - 2, K. 28; Türk İçt. Kül., 1953, s. 594).

mede 19. maddedeki şekil ve şartlara uyulmazsa fail hakkında üç milyon liradan beş milyon liraya kadar ağır para cezası hükmedilir (mad. 29/1).

Cevap veya düzeltmenin 19. maddedeki şekil ve şartlara uygun olarak yeniden yayınlanmasına ilişkin hâkim kararına rağmen (66) yayınlanmaması veya tekrar yayınlanan cevap veya düzeltmede 19. maddedeki şekil ve şartlara uyulmaması halinde, fail hakkında on milyon liradan yirmi milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur (mad. 29/3).

İkinci durum, hâkim kararına rağmen cevap veya düzeltme yazısının yayınlanmamasıyla ilgilidir (67). Bu durumda faile on milyon liradan yirmi milyon liraya kadar ağır para cezası; yayınlanan cevap veya düzeltmenin 19. maddedeki şekil ve şartlara uygun olmaması halinde ise faile beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir (mad. 29/2).

29. maddenin 2. fıkrası cezayı ağırlaştırıcı bir hüküm gibi gözüküyorsa da, aslında ayrı bir suç türünü düzenlemişdir. Şöyle ki, 2. fıkra bir mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmemesi suçunu düzenlemiştir. Bu durumda, «suçun ihlâl edildiği hukukî değer, kişisel bir hakkın yerine getirilmesi olduğu kadar, yargı kararının da otoritesidir» (68).

Mahkemenin kesin kararının (mad. 19/4) ve 19. maddedeki şekil ve şartlara uyulmaması halinde cevap veya düzeltmenin yeniden yayınlanması mecburiyetinin doğduğu (mad. 19/6) tarihten başlayarak yayının geciktiği her sayı için faile ayrıca; günlük mevkutelerde ikiyüzellibin lira, diğer mevkutelerde ikimilyon beşyüzbin lira ağır para cezası da verilir (mad. 29/4).

29. maddedeki suçların hepsi ihmal suçudur (69). 19. maddenin öngördüğü yükümlülüklerin sorumlu müdür tarafından yerine getirilmemesi ihmalî bir harekettir. Bu ihmalî hareket bir «basın zabıtası suçudur.»

---

(66) Yayınlanması gereken her cevabın yayınlanmasında kanuna muhalefet müstakil suç teşkil eder (Temyiz 3. CD. 13.2.1953, E. 2253, K. 1398; Türk İçt. Kül., 1953, s. 594).

(67) Cevap ve düzeltme yazısının önce yayın organının sorumlu yazı işleri müdürüne gönderilmesi kanunun ön şartıdır. Bunun yerine doğrudan Sulh ceza hâkimine başvurulması halinde, hâkimin yayınlama talebini reddetmesi gerekir. Buna aykırı olarak hâkimin yayınlama kararı vermesi ve kararın kesinleşmesi durumunda, bu kararı yayınlamayan sorumlu müdürün eylemi suç teşkil etmez (Yargıtay CGK. E. 1985/7 - 401, K. 1968/89, 3.3.1986 tarih; YKD, 12.9.1986, s. 1373).

(68) ÖZEK, s. 127.

(69) ÖZEK, s. 129.

Suçun sorumlusu ise sorumlu yazı işleri müdürüdür, zira hukuka aykırı sonucu yaratmıştır. Müdürün bu alandaki sorumluluğu ise Basın Kanunu'nun 16. maddesine göre değil de ceza sorumluluğunun genel hükümlerine göre doğmaktadır. 29. maddedeki sorumluluk sübjektif bir sorumluluktur. Fiil ise cürümdür. Bu duruma göre sorumlu müdürün sorumlu kılınması için TCK.nun 45. maddesine göre kasıtlı olarak ihmal suçunu işlemiş olması gerekir. Şu halde, örneğin, tebligat sorumlu müdüre yapılmamışsa, baskıdaki bir hatadan ötürü, cevap veya düzeltme yanlış ve usule aykırı yayınlanmışsa, teknik ve fiili imkânsızlıklar (70) nedeniyle cevap ve düzeltme, cevap süresinde yayınlanamamışsa sorumlu müdürün kasdî ihmalinden söz edilemez.

2950 ve 3445 sayılı Kanunlarla 19. maddede yapılan değişiklik, bir istisna dışında düzeltme veya cevap hakkının amacına çok daha uygundur. İstisna ise şudur: Yeni 19. maddede sorumlu yazı işleri müdürünün cevap veya düzeltmeyi yayınlamaktan kaçınması halinde, ilgilinin sulh ceza hâkimine başvurma zorunda bırakılmasıdır. Bu yolun başlıca iki sakıncası düşünülebilir (71). Birincisi, hâkimin araya girmesi cevabın yayınlanmasını geciktirebilecektir. Nitekim 19. maddenin yeni şeklinde hâkimin müdahalesi aşamasında süreler 2950 sayılı Kanunla eskiye oranla oldukça uzatılmıştı. Ancak 3445 sayılı Kanun anılan sureyi yeniden biraz kısalttı. İkincisi ise hâkime başvurma zorunluluğu cevap hakkı sahiplerinin cesaretini kırabilir. Bu nedenle, hâkime başvurma yükümlülüğü sorumlu yazı işleri müdürünün olmalı ve bu durumda bile hâkime tanınan süreler şimdikinden daha kısa tutulmalıdır.

IV — ULUSLARARASI ALANDA CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Uluslararasındaki iyi ilişkileri korumak, uluslararası barışı sürdürmek amacıyla (72) özellikle Fransa'nın girişimiyle 1948'de Cenevre'de Birleşmiş Milletler'in Haberleşme Özgürlüğüne İlişkin Konferansı (23 Mart - 21 Nisan) sırasında uluslararası düzeyde bir düzeltme hakkı anlaşma tasarısı hazırlandı (73). Bu proje daha sonra 13 Mayıs 1949'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen «Haberlerin Uluslararası nakli ve

(70) Örneğin, o sayıda birçok cevap ve düzeltme metninin yayınlanması nedeniyle yer almaması.

(71) İÇEL, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 170.

(72) Basının bu alandaki önemi için bkz.: Jacques BOURQUIN, «Report on the question of the international right of rectification» read at the General Assembly of the Fédération International des Editeurs de Journaux in Paris in 1953.

(73) Anlaşmanın tam metni için bkz.: «La convention des N.U. sur le droit de réponse», I.F.J. Information, Vol. XI, no. 4, Nov. - Dec., 1962, p. 6 - 8.

düzeltme hakkına ilişkin anlaşma»ya dahil edildi. Ancak bu anlaşma hiçbir zaman yürürlüğe girmedi. Bu nedenle Fransa önce Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'ne sonra da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na düzeltme hakkının bağımsız bir anlaşmayla düzenlenmesini ve derhal üye ülkelerin imzasına açılmasını önerdi. Ancak Ekonomik ve Sosyal Konsey bu öneriyi reddetti.

Bununla beraber Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 19 Aralık 1952'de 1948 tarihli anlaşmanın hükümlerini içeren bir anlaşmayı üye ülkelerin imzasına sundu, fakat sonuç alamadı (74).

Nihayet Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 24 Ağustos 1962'de Anlaşmayı az farkla kabul ederek üye ülkelerin onayına sundu. Anlaşmaya karşı çıkan ülkelerin başında Amerika Birleşik Devletleri, Sovyetler Birliği ve İngiltere vardı. Anlaşmaya göre :

— Başka bir ülkede kendisiyle ilgili olarak yayınlanan bir haberin yalan olduğunu iddia eden Devlet, bu haberi öğrenen bütün devletlere bir «düzeltme» metni gönderir.

— Düzeltme metnini alan bütün devletler onu kendi yayın organlarında yayınlatmak zorundadırlar.

— Anılan devletler bunu yapmadıkları takdirde, zarar gören devlet. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'nden haberin yayınlanmasını ve bununla birlikte kendisinden «düzeltme» istenilen devletin görevini yerine getirmediğinin bildirilmesini isteyebilir (75).

Getirilen çözümün daha kötü olduğu düşünülebilir. Gerçekten, anlaşma bir hükümet ve bir basın ajansı veya gazete arasındaki anlaşmazlığı devletler arasındaki bir anlaşmazlık haline getirmektedir. Diğer taraftan bu düzeltme hakkı yalnız haberler için tanınmaktadır.

Düzeltme hakkı bugüne kadar kullanılmış değildir.

---

(74) PINTO, Roger, La liberté d'opinion et d'information, Paris, (Edition Domat Montchrestien), 1955, s. 179.

(75) SOLAL, Lucien, Dictionnaire du Droit de la Presse, Paris, (Syndicat National de la Presse Quotidienne Régionale), 1959, s. 118 - 119.

İNKILÂPÇILIK VE ATATÜRK'ÜN İNKILÂP ANLAYIŞI

Dr. Hayati HAZIR (*)

GİRİŞ

Atatürk ilkeleri arasında üzerinde en çok tartışılan ilke, hiç şüphe yok ki **«İnkılâpçılık»** ilkesidir. İnkılâpçılığın öze dönük, bir birinden çok farklı yorumlara tâbî tutulması neredeyse bugün ülkemizde bir rejim meselesi haline gelmiştir. Çünkü çoğu zaman bu ilkeye ideolojik bir renk ve muhteva kazandırılmak istenmesi maksadıyla zorlama, yorumlar yapılması, toplumda tartışma seviyesini aşarak aşırı kutuplaşmalara sebep olmuştur. Gerçekten zaman zaman inkılâpçılık üzerinde, toplumda çatışmaya dönüşen tartışmalar, yalnız aydınlar arasında kalmamakta, geniş kitlelere yayılmakta, aynı zamanda halk arasında da kolayca gözlenebilen temeli ideolojik olan bir bölünmeye yol açmaktadır.

İnkılâpçılık dışında kalan ilkelerin yorumlanışı ile bu ilkeye verilecek mâna arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu inkâr edilemeyeceğinden, bu konuda ısrarla ve inatla sürdürülen tartışmaların sebepsiz olmadığı kolayca anlaşılabilir. İnkılâpçılığa kazandırılacak muhtevaya göre **cumhuriyetçilik, halkçılık, lâiklik** ve **devletçilik** ilkelerinin de Atatürk'ün benimsemediği bir muhteva ve renk kazanacaklarına şüphe yoktur. Bunun başarılması demek, millî bütünlüğü sağlamayı ve kuvvetlendirmeyi hedef alan bu ilkelerin gayeleri dışında yorumlanması demektir ki, sonuçta da bir rejim tartışmasını peşinden getireceği açıktır.

Nitekim yarım yüzyıldan beri inkılâp kelime ve terim olarak **«ihtilâl»** kelimesiyle eş mânada alınmış ve böyle yorumlanmıştır. Halbuki aşağıda açıklamalarımızda görüleceği üzere, bu iki terim arasında çok büyük mâna farkı vardır. Gene 1960'lardan sonra her iki terim dil kaideleri ve mâna bakımından yanlışlığı kesin olarak bilinmesine rağmen **«devrim»** kelimesiyle karşılanmaya çalışılmıştır. Bu terimin yerleştirilmesinden sonra resmi ve hukuki adı **«Atatürk İnkılâpları»** olduğu halde **«Atatürk Devrimleri»**nden söz edilmeye başlanmıştır. Bunun sonucu olarak Atatürk tarafından gerçekleştirilen ve modern bir millet olmayı hedef alan inkılâpların birer

---

(*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ihtilâl hareketinden ibaret olduğu, özellikle gençlik arasında sistemli olarak işlenmiştir. Böylece bir ihtilâlci olarak takdim edilen Atatürk'ün izinde olmak için mutlaka ihtilâlci olunması zaruri olduğu fikri ile genç beyinlerin yıkanmasına çalışılmıştır. Bu yoldaki faaliyetlerin 12 Eylül hareketinden sonra hızını kaybettiği görülmekte ise de; kendilerini bu yolun **«yılmaz savaşçıları»** ve **«devrimcileri»** olarak görenler her fırsatı değerlendirerek aynı temayı işlemeye devam etmektedirler.

Biz bu incelememizde inkılâp veyahut onunla eş mânada kullanılan terimlerin, sözlük ve terim olarak manaları üzerinde durduktan sonra, özellikle Atatürk'ün inkılâpçılık anlayışını ve hedefini inceleyeceğiz. Bundan sonra inkılâpların yanlış ve zararlı yorumlarını yerimiz yettiğinde incelemeyi uygun buluyoruz. Bu arada incelememizde kullanacağımız birinci derece kaynağımız bizzat Atatürk'ün çeşitli vesilelerle inkılâpçılık ve inkılâplar hakkında söyledikleri nutuklar olacağı tabiidir. Hatta Atatürk'ün ifade ve beyanlarından yarım yamalak yapılan alıntılarla meseleye yeterince açıklık getirilemeyeceğinden, bir senteze varabilmek için orijinal ifade ve terimlere sadık kalmak şartıyla, yer yer uzun alıntılar yapmak kaçınılmaz olacaktır.

I — TERMİNOLOJİ MESELESİ

Atatürk inkılâplarının gayesinin ve yöneldiği hedefin iyi tesbit edilebilmesi için, öncelikle terim meselesi üzerinde anlaşma sağlanması şartına bağlıdır. Gerçi, bizzat Atatürk'ün **«İnkılâp»** terimini tercih etmiş olduğu herkesce bilinmekle birlikte; son zamanlarda sadeleştirme veya öz Türkçeye aktarma gayretkeşliği ile, Atatürk'ün kullandığı terminolojinin uydurma kelimelerle değiştirilmesinin ötesinde, manalarının da tahrif edildiği görülmektedir. Bunun birçok örneğini göstermek mümkündür. Ayrı bir incelemeyi gerektirdiğine inandığımız bu konu ile ilgili olarak burada her ne gerekçe ile olursa olsun Atatürk'ün kullandığı terminolojiyi ve dili mânasız boş ifadeler haline getirecek kelime ve terimlerle değiştirmeye kimsenin hakkının olmadığını, aksine eskiyen bu kelime ve terimleri yeni nesillere Atatürk'ü daha iyi tanıtmak, O'nu anlamalarını sağlamak için öğretmenin bir borç olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Atatürk'ün tercihinin aksine son yarım yüzyıldan beri çeşitli sebep ve niyetlerle inkılâp yerine farklı terimler kullanılagelmiştir. Bunlar arasında **«Atatürk Reformları»**, **«Atatürk Devrimleri»**, **«Atatürk İnkılâbı»**, **«Atatürk İhtilâli»**, **«Türk İnkılâbı»**, **«Türk Devrimi»** gibi terimler arasındaki mâna farkına dikkat etmeksizin yaygın olarak birbirlerinin yerine kullanılır olmuştur. Bu terminoloji karışıklığını açıklığa kavuşturmak için ön-

celikle **«İnkılâp»**, **«İhtilâl»**, **«devrim»** ve **«reform»** terimlerinin ifade ettikleri mânayı tespit etmeyi uygun bulduk.

1 — İnkılâp

Sözlük anlamı «çevirmek, döndürmek, bir şeyin iç yüzünü dışa getirmek, bir halden başka hale dönüşmek» demek olan inkılâp terim olarak, kısa sürede meydana gelen köklü değişikliği ifade eder. Daha açık bir ifade ile inkılâp bir toplumda sosyal ve kültürel alanlarda çağdaşlaşmayı engelleyen kurumların müdahale ile kısa zamanda kaldırılması veya değiştirilmesi demektir (1). Bu sebeple inkılâp, ihtilâlden daha geniş bir mâna kazanmaktadır.

Nitekim ilerideki açıklamalarımızda görüleceği gibi Atatürk büyük bir dikkatle **«inkılâp»** ile **«ihtilâl»** terimlerini birbirinden ayırmış ve inkılâbı bu geniş mânasında, yani mevcudun kuvvetle yıkılması ve o zamana kadar gerçek sayılan durumun ve yürürlükte olan hükmün zorla değiştirilmesi mânasında kullanılmıştır. Atatürk döneminin fikir hareketlerine baktığımız zaman meselâ, tek parti rejiminin parti ideoloğu olan Recep Peker inkılâbı, «bir sosyal bünyeden geri, eğri, fena, eski, haksız ve zararlı ne varsa bunları birden yerinden söküp onların yerine ileriyi, iyiyi, yeniyi, faydalıyı koymaktır» şeklinde tarif ettikten sonra (2), Türk İnkılâbının yalnız siyasi ve ekonomik bir rejim değişikliğinden ibaret olmadığına, sosyal, siyasi ekonomik ve kültürel hayatın bütün derinliklerinde tesirler yaptığına temas ederek, inkılâp yaparken zor kullanmanın kaçınılmaz olduğunu savunmaktadır (3).

Gene tek parti rejiminin ideolojisini yapmağa gayret eden **Kadrocular** ise; «ihtilâl, inkılâbın gayesi değil vasıtasıdır» kuralını koyarak, iki terimi ayırmış olmasına rağmen, inkılâbın yapılabilmesi için, ihtilâlin vazgeçilmez vasıta olarak kullanılmasını zaruri görmüşlerdir (4). Başka bir deyimle **Kadrocular**a göre ihtilâl, inkılâbın geçiş safhasını teşkil eder. Dolayısıyla inkılâbın yapılabilmesi için ihtilâl şarttır. Bundan sonra inkılâp «azlık, fakat şuurlu bir avangardın (öncü) azlık fakat ileri bir KADRO'nun iradesinde temsil olunur (5).

Biz burada inkılâp terimini, dünyanın gidişine ayak uydurabilmek ve

---

(1) KAFESOĞLU, İbrahim SARAY, Mehmet, *Atatürk İlkeleri ve Dayandığı Tarihi Temeller* (İSTANBUL - 1983) s. 6 - 7. Ayrıca KUBALI, Hüseyin N. *Türk Devrim tarihi dersleri* (İSTANBUL - 1973) s. 53.

(2) PEKER, Recep *İnkılâp Dersleri* 4 bası (İSTANBUL - 1984) s. 8.

(3) PEKER, op. cit. s. 19 vd.

(4) KADRO dergisi, c. 1, sa. 1, (1932) başyazı).

(5) İbid, Kadroların bu düşüncesini ileride ele alacağız.

tekrar geri kalmamak için belirli doğmalara saplanmadan sosyal dinamizmi gerçekleştirmek, korumak ve devam ettirmek anlamında kullanacağız (6).

2 — İhtilâl

Kelime olarak bozukluk, karışıklık, düzensizlik, mânasına gelen ihtilâl, sosyal bilimlerde kendisine çok geniş ve değişik mânalar verilen terimlerden biridir. Bir taraftan siyasi bir terim olarak meselâ Fransız İhtilâli'nden, Bolşevik İhtilâli'nden söz edilmekte, öte yandan ekonomik ve teknolojik mâna ağırlıklı **«sanayii ihtilâli»** deyimi kullanılmaktadır.

İhtilâl, siyasi bir terim olarak bir devletin iktidar düzenini değiştirmek için bu konudaki hukuk kurallarına başvurmaksızın zor kullanılarak yapılan geniş bir halk hareketidir. Daha genel ifade ile ihtilâl, aralarında sosyal, ekonomik ve siyasi büyük dengesizlikler bulunan sosyal güçler arasındaki çıkan fiili çatışmadır (7). Bu çatışmada mevcut düzenden yana olanların çatışmayı kanlı olarak bastırmaları halinde, ihtilâl **«isyan»** veya **«ayaklanma»** anlamına gelir. İkinci vey daha sonraki bir patlamalarda ihtilâl başarıya ulaşabilir. Fakat hangi teşebbüste başarıya ulaşırsa ulaşsın ihtilâl kısa süreli ve sert bir harekettir. Bu özelliğinden dolayı ihtilâl sonrasında toplumlarda genellikle uzun yıllar istikrar sağlanamamakta, karşı ihtilâlleri ve direnmeleri bastırabilmek için uzun bir terör rejimi uygulaması kaçınılmaz olmaktadır.

3 — Devrim

Son on yıldanberi hem ihtilâl hem de inkılâp karşılığı olarak kullanılagelen **«devrim»** kelimesi esasında kelime olarak da terim olarak da mânasızdır. Bir kere dilcilerin belirttiklerine göre Türkçe'de devrim diye bir kelime yoktur. Ayrıca bu kelime Türkçe mevcut bir kökten gramer kaidelerine göre türetilmiş de değildir. Bazı sözlükler bunun devirmek fiilinden türetilmiş bir kelimeden, **«devirim»** kelimesinden yapıldığını yazmaktadırlar. Fakat bu kelimeye ayrıca yer vermemişlerdir (8).

Gene sözlükler devrim kelimesine hem inkılâp, hemde ihtilâl mânası vermektedirler. Bu da gösteriyor ki, bu kelimenin kendisine has bir mânası olmamasına rağmen, zorla kendisine verilen inkılâp ve ihtilâl mânası ile fikir ve siyasi hayatımızda yaptığı tahribat inkâr edilemez.

---

(6) Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. TURHAN Mümtaz, *Atatürk İlkeleri ve Kalkınma.* Bütün Eserleri I (İSTANBUL - 1974), s. 439.

(7) MUMCU, Ahmet, *Türk Devrimlerinin Temelleri ve Gelişimi,* 9 bası (İSTANBUL) - 1984), s. 2 - 3.

(8) Bkz. Meydan Larousse, «devrim» maddesi.

Bazı yazarların ideolojik bir yaklaşımla devrimi ısrarla ihtilâl mânasında kullanmalarına karşılık, bazıları ise bu kelimenin yanlış ve mânasız olduğuna işaret etmekle birlikte yerleşmiş olduğu gerekçesiyle gene de kullanmaktadırlar. Hatta bu yazarlar devrim kelimesinin inkılâbı karşılamadığını, bunun bir halden diğer bir hale geçişin başlangıç safhasını teşkil ettiğini, mevcut durumun ortadan kaldırılması, devrilmesi yani yıkıcı olan yönünü karşıladığını açıkça yazmalarına rağmen (10) kullanmaya devam etmeleri entellektüel bir kusur olsa gerek.

Bazıları ise devrimi önce bir halk hareketi, arkasından mevcut düzeni yıkma olayı ve nihayet yıkılan düzenin yerine yeni bir düzen kurma süreci olarak tanımlamaktadırlar (11). Bu tanımlamada devrim, ihtilâl ve inkılâp olaylarını içine aldığı, dolayısıyla sebep - sonuç ilişkisi içinde görülen bu olaylar tek bir terimle, devrim terimiyle bütünleştirilmeye gayret edildiği anlaşılmaktadır.

Maksatlı ve ideolojik tutumlar bir tarafa bırakılırsa ihtilâl ve inkılâp terimleri bu güne kadar eş manalı kullanılmıştır. Bu terimlerin Batı dillerinde tek bir karşılığının **(revolution)** oluşunun da bunda etkili olduğu söylenebilir. Ancak her iki terimin, nasıl yapıldığı belli olmayan mânasız **devrim** terimiyle karşılanmaya çalışılması ve bunun yanlışlığının bilindiği halde kullanılmaya devam edilmesi, eğer şahsi kusurdan ileri gelmiyorsa kasıtlı bir tutum olarak değerlendirilmesi gerekir.

4 — Reform

Çoğu zaman «Atatürk Reformları»ndan söz edildiği için burada bu kelimenin mânası üzerinde de kısa açıklamada bulunmak yararlı olacaktır.

Sözlükler reform kelimesinin karşılığını düzeltmek, daha iyi duruma getirmek için yapılan değişiklikler **(ıslâhat)** olarak vermektedirler. Terim olarak ise reform, mevcut düzenin temellerine dokunmamak kaydıyla, hukuki, iktisadi ve sosyal düzeni daha iyi hale getirmek için alınan tedbirlerdir. Bu mânada reform kanuni, tedrici ve şekli olmak itibarıyla inkılâp ve ihtilâl hareketinden ayrılır (12).

Böylece terimler arasındaki mâna farklılığını belirlediğimize göre, acaba hangi terimin kullanılması uygun olacaktır? Biz Atatürk'ün kullan-

(9) Bir örnek için bkz. KUBALI, op. cit. s. 53.
(10) KUBALI, ibid.
(11) Bu yönde bir tanımlama için bkz. EROĞLU Hamza, *Türk Devrim Tarihi* (ANKARA - 1977) s. 6 vd.
(12) KUBALI, op. cit. sh. 54.

dığı terminolojiye sadık kalınması gerektiğine inandığımız için **inkılâp** terimini tercih ediyoruz. Ayrıca ihtilâl ile inkılâp aynı mânada olmadıklarından ve hele bunları devrim gibi mânasız bir terimle karşılamaya çalışmanın büyük mahsurları olduğu dikkate alınırsa, inkılâp teriminin tercih edilmesindeki zaruret kendiliğinden ortaya çıkar.

II — ATATÜRK'ÜN İNKILÂPÇILIĞI

1 — Atatürk'ün İnkılâp anlayışı

Atatürk nasıl bir inkılâp anlayışına sahipti? Bu sorunun cevabını Atatürk'ün konuşmalarında çok açık bir şekilde bulmamız mümkündür. Nitekim 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara Hukuk Mektebinin açılışında söylediği nutukta aynen şöyle demektedir :

> **«Türk inkılâbı nedir? Bu inkılâbın kelimenin vehleten (ilk anda) ima ettiği ihtilâl mânasından başka ondan daha vasi (geniş) bir tahavvülü (değişimi) ifade etmektedir. Bugünkü devletimizin şekli asırlardan beri eski şekilleri bertaraf eden en mütekamil tarz olmuştur. Milletin idame-i mevcudiyet için efradı arasında düşündüğü rabitai müştereke asırlardan beri gelen şekil ve mahiyetini tebdil etmiş, yani millet ve mezhebi rabıta yerine Türk Milleti rabıtasıyle efradını toplamıştır. Velhasıl efendiler, millet saydığım tahavvülat (değişmelerin) ve inkılâbatın tabii ve zaruri icabı olarak idarei umumiyesinin ve bütün kanunlarının ancak dünyevi ihtiyaçtan mülhem ve ihtiyacın tebeddül (değişmez) ve tekamülü ile mütemadiyen tebeddül ve tekamül etmesi esas olan dünyevi bir zihniyeti idareyi mabühülhayat (yaşama sebebi) addeylemiştir. Eğer altı sene evvelki hatıranızı yoklarsanız, devletin şeklinde, efradi milletin rabıtası müşterekinde medari kuvvet olarak tariki medeniyetin takibinde, velhasıl bütün teşkilât ve ihtiyacını istinad ettirdiği ahkâm noktai nazarından büsbütün başka esaslar üzerinde bulunduğumuzu tahattur edersiniz (hatırlarsınız). Altı sene zarfında büyükmilletimizin cereyani hayatinde vücuda getirdiği tahavvülat (değişmeler) herhangi bir ihtilâlden çok yüksek olan en muazzam inkılâbattandır» (13).**

Atatürk'ün bu nutku tahlil edilirse hemen şu pratik neticeler elde edilir :

---

(13) ATATÜRK, *Söylev ve Demeçler*, c. 11, s. 237 - 238.

a) İnkılâp, ihtilâlden çok farklı ve ondan daha geniş bir mâna ifade eder.

b) Türk İnkılâbı, milletin sosyal durumu ve kültürel hayatında bir gelişmedir. Yani millet fertleri arasındaki bağ ilim ve çağdaş medeniyetin temeline dayanan **Türk Milliyeti** düşüncesiyle sağlanmaktadır.

c) Türk İnkılâbı, Türk Milletinin şuurlu isteğinin bir sonucudur.

d) Türk İnkılâbı, Türk Milletinin kendi kaabiliyetinin bir sonucudur (14).

Görülüyor ki, Atatürk bu konuşmasında **«inkılâp»** ve **«ihtilâl»** terimlerini büyük bir dikkatle birbirinden ayırmaktadır. Gerçekten bu iki kavram Atatürk tarafından şuurlu olarak eş mânalı kullanılmamakta ve inkılâp ile toplum hayatında zora dayanarak gerçekleştirilen ani ve köklü değişmeler ifade edilmek istenmektedir. Buna rağmen bazı yazarlar ihtilâli, mevcut düzenin kaidelerine aykırı olarak ve zor yoluyla gerçekleştirilen bir hükümet değişikliği demek olan darbe manasında kullanmakta ve Amasya Tamimini bu mânada **«ihtilâl beyannemesi»** olarak nitelendirmektedirler (15).

Bunlar, Millî Mücadelenin yanlız dış düşmanla bir savaş olmadığını, bundan daha önemlisi ülke içerisinde siyasi iktidarı ve siyasi iktidarın kaynağını da değiştiren bir ihtilâl hareketi olduğunu savunmaktadırlar (16).

Bu iddia hem tarihi gerçeklere uygun düşmediği, hem de kamu hukuku açısından doğru olmadığı cihetle bizce kabul edilemez.

Herşeyden önce, Atatürk'ün İstanbul Hükümeti ile mücadelesini iktidar kavgası şeklinde değerlendirmek yanlıştır. Bu mücadele vatanın kurtarılması hususunda İstanbul Hükümetinin görevini gerektiği gibi yapmamasından doğan bir mücadeledir. Kaldı ki, Atatürk hiç bir zaman açık veya kapalı İstanbul Hükümetine karşı bir ihtilâl başlattığını ilan ve ifade etmemiştir. Nutukta belirtildiği gibi **«aciz ve haysiyetsiz»** olan Damat Ferit Paşa Hükümeti ile sadece **«saltanatı kurtarmayı düşünen»** padişah, herhangi bir duruma razı olmalrından dolayı, vatanın istiklâlini tehlikeye düşürmekle suçlanmışlardır. İşte Amasya Tamimi, siyasi iktidarların

(14) KAFESLİOĞLU - SARAY, op. cit. s. 9.

(15) Bkz. EROĞLU, op. cit. s. 88 - 89, Amasya Tamiminin altında imzası bulunanların *«ihtilal komitesi»* olarak nitelendirilmesi ve bu yönde Millî Mücadelenin yorumlanmasına bir örnek için SELEK Sebahattin, *Anadolu İhtilâli*, I - II, (İSTANBUL - 1963) passim.

(16) ÖZBUDUN - Ergun, «Atatürk ve Devlet Hayatı» (ed) MUMCU, Ahmet, *Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi* II, (ANKARA - 1986) s. 80.

yapamadığı görevi milletin bizzat kendi azim ve kararı ile yapacağını, yani kendi istiklalini kendisinin kurtaracağını ilan etmektedir. Bu görevin yerine getirilmesi şüphesiz, bu gaye uğruna milletin bütünleşmesini sağlayacak dinamik, şuurlu ve kesin kararlı bir kadronun varlığını gerektirir. Falih Rıfkı Atay'ın ileri sürdüğü Amasya Tamimi'nin hiç açıklanmayan gizli maddesine göre Mustafa Kemal, Kazım Karabekir, Fuat Paşalar ve Rauf Beyden oluşan kadro (17) millet adına bu görevi yerine getirecektir. Bu kadronun kurduğu söylenen **«ordu örgütü»** (18)nün bir ihtilâl komitesi olarak görülmesi veya böyle gösterilmek istenmesi en azından tarihi olayları ve Millî Mücadelenin ulvi gayesini çarpıtmak olur.

Konuya Kamu Hukuku açısından yaklaştığımızda görünen durum şudur: Bilindiği gibi bir devletin hukuki bakımdan varolabilmesi için yalnız fiziki şartlar, yani toprak ve insan yeterli değildir.

Bunlara kurucu unsur dediğimiz bir başka unsurun ilave edilmesi şarttır. İster egemenlik, ister devlet iktidarı veya daha başka bir terim kullanılsın, devletin bütün ülke üzerinde geçerli olan yüksek hukuki bir gücünün bulunması gerekir. Bu gücün şu veya bu sebeple kaybedilmesi halinde hukuki bakımdan artık devletten söz etmek mümkün değildir.

Osmanlı İmparatorluğu ise, 16 Mart 1920 tarihinde İstanbul'un işgal edilmesiyle devlet olma niteliğini kaybetmiştir. Atatürk'ün burada yaptığı yeni kurulan devlete yeni bir meşruluk anlayışı getirmekten ibarettir. Başka bir ifade ile hadise, dış güçler tarafından egemenliğini kullanamaz duruma gelen Osmanlı İmparatorluğu'nun yerine millet egemenliğine dayanan, yeni Türk Devletinin kurulmasıdır. Bu sebeple, zaten ortada fiilen devlet olmadığı için Atatürk'ün siyasi iktidarın kaynağını ihtilâl ile değiştirdiğini ileri sürmek hukuki bakımdan isabetli bir görüş değildir.

İhtilâl kelimesine ne mâna verilirse verilsin, yukarıda geniş olarak aldığımız konuşmasında Atatürk ihtilâl ile inkılâbı kesin olarak ayırmış ve inkılâbın daha geniş kapsamlı bir değişimi ifade ettiğini belirtmiştir. Bu değişimin vasıtası Atatürk'e göre inkılâpçılıktır (19). İnkılâpçılık ise, toplumda zaman içinde değişecek olan kurumların kendi evrim kanunlarının dışında ani bir müdahale ile değiştirilmesi demektir. Bu köklü değişimin ihtilalle başarılamayacağını Atatürk şöyle ifade etmektedir.

> **«Türkiye'yi derece derece mi ilerletmeli, ani olarak mı? İki sistem var, biri malum büyük Fransız İhtilalindeki tarz; Rejimler**

(17) ATAY, F. Rıfkı *Çankaya*, (İSTANBUL - 1980) s. 180.
(18) AKŞIN, Sina «Mustafa Kemal Atatürk'ün İktidar Yolu» *Çağdaş Düşüncenin Işığında Atatürk*, (İSTANBUL - 1983) s. 71.
(19) ÖZBUDUN, Op. Cit. s. 80.

değişecek ihtilâllere karşı mukabil ihtilâller yapılacak. Sağ solu tepeler, sol sağı süpürürken bir de bakılacak ki birbuçuk asırlık zaman geçmiş... Bir milletin damarlarında o kadar bol kan ve önünde o kadar geniş zaman var mı?» (20).

Bu sözlerle Atatürk kesin olarak ihtilâli reddetmekte, sosyal ve siyasi bunalımlardan kurtulmak, bundan daha önemlisi medeniyet yarışında kaybedilen zamanı telâfi etmek için, inkılâbı en emin yol olarak görmektedir. Demek ki Atatürk'ün anlayışına göre, inkılâpçılığın tek ve gerçek mânası, terminoloji açıklamasında belirttiğimiz gibi, dünyanın gidişine ayak uydurabilmek ve medeniyet yarışında tekrar geri kalmamak için belli doğmalara saplanmamak, sosyal dinamizmi temin etmek ve korumaktır (21).

2 — Atatürk İnkılâplarının Hedefi

Atatürk İnkilâplarına iki prensip hakim olmuştur. Bunlardan biri **milliyetçilik** öteki de **medeniyetçiliktir** (22). Şimdi bu meseleyi bizzat Atatürk'ün sözlerini esas alarak daha yakından görelim.

Atatürk'ün milletine inanmış, güvenmiş, büyük bir Türk Milliyetçisi olduğuna şüphe yoktur. Bu milliyetçilik şüphesiz hiç bir ideolojiye bağlı olmayıp, doğrudan doğruya Türk Milletinin **«hususi seciye(sine).. ve müstakil hüviyeti(ne)»** dayanmaktadır. Atatürk daha 1919'da;

«Benim için en büyük noktai siyanet ve membai sefaat milletimin sinesidir.» (23)

diyerek bütün gücünü milletten aldığını açıkça ifade etmektedir. Gene Atatürk, tek gurur kaynağının ve servetinin Türklük olduğunu gururla söylemektedir (24).

Bazı yazarlar (25) Atatürk'ün bu sözlerini ve aşağıya aynen alacağımız daha başka sözlerini anlamamazlıktan veya açıkça görmemezlikten gelerek, Atatürk İnkılâplarının kültürde ve medeniyette mutlak bir batı-

(20) Söylev ve Demeçler, c. II, s. 90.
(21) Bu konuda fazla bilgi için KUBALI, «Atatürk Devrimi ve Gerçeklerimiz» «*Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* (1968) s. 2, s. 7 - 29.
(22) SAFA, Peyami, *Türk İnkılâbına Bakışlar* (ANKARA - 1931) s. 83 - 88.
(23) *Atatürkçülük* I. kitap, (İSTANBUL - 1984) s. 82.
(24) «Benim hayatta yegane fahrim, servetim Türkçülükten başka bir şey değildir» Op. cit. s. 82.
(25) Mesela bir örnek için bkz. SİNANOĞLU, Suat, *Türk Hümanizması* (ANKARA - 1980) *Passim*, Atatürk'ün Milliyetçilik anlayışı hakkında daha etraflı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Turhan, *Atatürk ve Milliyetçilik* 2. bası (ANKARA - 1987).

lılaşma demek olduğu fikrini hümanist bir düşünce ile ileri sürmektedirler. Oysa gerçekleştirilen inkılâpların asıl hedefi Türk'ün milli kimliğini ortaya çıkararak modern bir millet haline getirmektir. Bu gelişme ve değişmeyi gerçekleştirecek inkılâplar sırasında Türk milletinin **«müstakil hüviyeti mahfuz»** tutulduğunu bizzat Atatürk ifade etmektedir:

> **«Türk milliyetçiliği terakki ve inkişaf yolunda ve beynelmilel temas ve münasebetlerde, bütün muassır milletlere muvazı ve onlarla bir ahenk yürütmekle beraber, Türk içtimai heyetinin hususi seciyelerini ve başlı başına müstakil hüviyetlerini muhfuz tutmaktır» (26).**

Bu konuşmasında Atatürk'ün çok açık bir şekilde milli kültürle, medeniyeti birbirinden ayırdığını görüyoruz. Gerçekleştirilen inkılâplara baktığımız zaman da bunların büyük bir kısmının milliyetçilikten kaynaklandığı, diğer kısmının ise muasır medeniyetle uyum sağlamayı amaçladığı kolayca anlaşılacaktır (27).

Bu konuda tereddüde gerek yoktur. Medeni bir cemiyet olmak için millet olmak gereklidir (28). Ancak, millet merhalesine ulaşmış bir toplum muasır medeniyete uyum sağlayabilir ve hatta onun üzerine çıkabilir. Bu sebeble çoğu zaman yapıldığı gibi milliyetçiliğe, siyasi saiklerle karşı olmak yerine, millet olma yolundaki fonksiyonu üzerinde durmak ve bu açıdan gerekli önemi vermek gerekir.

Nitekim Atatürk'ün, gerçekleştirdiği inkılâpların önemli bir kısmının milliyetçilikten kaynaklanması, bu ilmi gerçeği çok iyi tespit ettiğinin açık delili olmaktadır. **«Türkiye Cumhuriyeti'nin temeli kültürdür»** demekle de özellikle milli kültüre verdiği önemi ve dolayısıyla milli kimliğin korunmasında ne kadar titiz davrandığını ortaya koymuştur. Türk Milletinin çağdaş medeniyet ailesi içinde hak ettiği yeri alabilmesi, kültürünün milli kalması şartıyle, objektif ve rasyonel bir zihniyete yönelmesi ile mümkündür (29).

Böylece Atatürk İnkılâplarının birinci hedefinin Türk toplumunu modern bir millet haline getirmek olduğu açıktır. İkinci hedef ise **«muasır**

---

(26) *Atatürkçülük*, s. 82.

(27) Peyami Safa, milliyetçilikten doğan inkılâplar ile medeniyetçilikten doğan inkılâpların bir listesini vermektedir. Bkz. Op. cit. s. 92 - 93.

(28) TURHAN, Op. cit. s. 401. Aynı fikirde MUMCU, Ahmet, *Atatürkçülükte Temel İlkeler* (İSTANBUL - 1983) s. 91, keza Hilmi Ziya ÜLKEN'de «medeni olmak ancak kuvvetli bir millet olmakla mümkündür» demektedir. Bkz. *Millet ve Tarih Şuuru* (İSTANBUL - 1948) s. 169.

(29) İNALCIK, Halil «Atatürk ve Türkiye'nin Modernleşmesi» *Atatürk Önderliğinde Kültür Devrimi* (ANKARA - 1972) s. 33 - 37.

medeniyet seviyesinin üstüne» çıkmaktır. Atatürk bu konuda da çok kararlıdır.

> **«...yaptığımız ve yapmakta olduğumuz inkılâpların gayesi Türkiye Cumhuriyeti halkını tamamen asri ve bütün mâna ve eşgalile medeni bir heyeti içtimaiye haline isâletmektir» (30).**

Bu sözler Atatürk'ün kararlılığını göstermesi bakımından yeterlidir. Fakat burada medeniyetten ne anladığı hususu üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır. Çünkü Atatürk'ün düşünce sisteminde belkide en çok tartışılan noktalardan biri, kullandığı **«muasır medeniyet»** kavramı ile Batı medeniyetini kast ettiği hususudur. Acaba gerçekten Atatürk muasır medeniyetten kasdı Batı medeniyeti mi idi? Bu soruya cevap vermek için özetle Batı medeniyeti kavramını açıklamak gerekir.

Hemen ifade etmeliyiz ki Batı medeniyeti diye bir medeniyet yoktur. Medeniyet hiç bir zaman tek bir milletin ürünü olmadığı için, sadece Batı milletlerinin malı da değildir. Medeniyet bütün toplumların ortak gayretlerinin bir ürünü olduğu cihetle, insanlığın malıdır. Bu itibarla ancak medeniyette ileri ve geri toplumlardan söz edilebilir. Medeniyette ileri toplumlar milletleşme meselelerini çözmüş yani millet haline gelmiş olan toplumlardır. Dolayısıyla bunların medeniyete katkıları diğer milletleşmemiş toplumlarla kıyaslanmayacak kadar fazladır.

Öyleyse Batı medeniyeti kavramının bir manası yok mu? Bu kavramın tek mânası sömürgeci milletler tarafından Üçüncü Dünya Ülkeleri için öncelikle isyasi bir amaç uğruna kullanılmasıdır. Avrupa'nın sömürgelerini kaybettikten sonra Batıcılık kavramına oldukça az yer vermesine karşılık, bunun bilhassa İkinci Dünya Savaşından sonra Amerika Birleşik Devletlerinde kullanıldığına şahit oluyoruz (31). Bu da bize Batı medeniyeti kavramının dün olduğu gibi bugün de siyasi bir prensip olduğunu ve halen böyle kullanıldığını gösterir.

Atatürk, medeniyeti kesinlikle bu manada kabul etmemiştir. Esasen etmesi de düşünülemez. Çünkü böyle bir kabul, hem siyasi hemde kültürel emperyalizme karşı amansız bir ölüm - kalım mücadelesi olan Millî Mücadelenin ruhuna ters düşerdi. Millî Mücadele aynı zamanda Türk ferdinin Türk toplumu ile bütünleştirilmesi, daha açık bir ifade ile modern bir millet haline gelme mücadelesi olduğu için medeniyetin siyasi bir

---

(30) Söylev ve Demeçler II, s. 214.

(31) Batı Medeniyetinin bu yönde bir değerlendirmesi için bkz. KARPAT Kemal «Siyasî Bilimler Araştırmaları» *Türkiye'de Sosyal Araştırmaların Gelişmesi* (ANKARA - 1971) s. 61.

prensip olarak kabul edilmesini zaten imkânsız kılar. Aksi düşünülseydi, milliyetçilik, halkçılık, cumhuriyetçilik ilkelerinin bir manası kalmazdı (32).

Atatürk milletlerin muhtelif, fakat medeniyetlerin tek olduğu inancındadır.

> **«Memleketler muhteliftir, fakat medeniyet birdir. Ve bir milletin terakkisi için de bu yegane medeniyete iştirak etmesi lâzımdır» (33).**

Bu tek medeniyete iştirak etmek sanıldığı kadar kolay değildir. Herşeyden önce bu medeniyete dahil olabilmek ve gerekli katkıları yapabilmek için **«asırlık köhne zihniyetlerden»** kurtulmak yani **«millet olma»** sürecini tamamlamak lâzımdır. **«Millet olma»** süreci şüphesiz dönüp dolaşıp **«milli kültür»** kavramında düğümlenmektedir (34). O halde **«muasır medeniyet»** seviyesine yükselmenin tek ve acil şartı; kabile, aşiret, ümmet hayatından modern bir toplum kimliğine kavuşmakla, yani milletleşmekle mümkündür. Bu da kökten kopmamak şartıyle geleneksel toplum kavramlarına olan bağlılıktan kurtulmayı gerektirir. Esasen Atatürk'ün dil ve tarih tezleri de bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.

Demek ki, Atatürk inkılâplarının hedefi Türk Milletini bütün milletlerin ortak malı olduğuna inandığı **«muasır medeniyete»** dahil etmektir. Bu Batı devletlerinin taklidi demek değildir. Hem bu konuda Atatürk gayet açıktır. 29 Ekim 1930 gecesi Ankara Türk Ocağı'nda tertiplenen toplantıda Amerikalı gazeteci Miss Ring'le yaptığı mülakatta aynen şöyle demektedir.

> **«Türkiye bir maymun değildir ve hiç bir milleti taklit etmeyecektir. Türkiye ne Amarikanlaşacak ne de batılaşacaktır; o sadece özleşecektir» (35).**

Burada Atatürk'ün **«özleşmek»**ten kasdı Türk Milletinin milli şuuruna varması ve bu yoldan kazanacağı güvenle muasır medeniyet aleminin şerefli ve haysiyetli bir unsuru haline gelmesidir. Gerçekleştirilen inkılâpların bundan başka bir hedefi yoktur. Hedef ümmetten millete geçisi biran önce gerçekleştirmek olduğuna göre, buna engel olan müessese-

---

(32) Millet olma TURHAN'a göre «milliyetçilik, halkçılık ve cumhuriyetçilik, başka bir ifade ile millet olma, millî bir kültüre ve demokratik bir iradeye kavuşma cehd ve ilkeleri birbirinden ayrılmaz bir bütün teşkil eder.» (Op. cit. s. 422 - 423).

(33) Söylev ve Demeçler, Cilt III, s. 67.

(34) TÜRKDOĞAN, Orhan, *Değişme - Kültür ve Sosyal Çözülme,* (İSTANBUL - 1988) s. 52.

(35) KURAN, Ercüment, *Atatürkçülük Üzerine Denemeler* (ANKARA - 1981) s. 20.

lerin de zorla değiştirilmesi ve bunların yerine **«milletin en yüksek medeni icaplara göre ilerlemesini temin edecek yeni müesseselerin koyulması»** gerekir (36).

Bu konuda son olarak özetle şunları söylememiz mümkündür. Atatürk inkılâplarının hedefi ideolojik bir renge dönüşmeden Türkiye Cumhuriyeti'nin millileşmesi, medenileşmesidir. Bunlara **«demokratikleşme»**yi de ilâve edebiliriz. Şüphe yok ki şahıs hâkimiyeti yerine Millî Hakimiyet esası üzerine kurulan Cumhuriyetin demokratik bir idareye kavuşması gayet tabii bir gelişmedir (37).

3 — Atatürk'ün İnkılâpçılık Yöntemi

İnkılâpların gerçekleştirilmesinde, Atatürk ile birlikte yanında yer almış küçük, fakat inançlı bir lider kadronun asıl fonksiyonu ifa ettiğine şüphe yoktur. Ancak bu lider kadro halkı karşısına almış değil, aksine geniş ölçüde halkın eğilimlerini tespit ederek peşinden sürüklemek suretiyle inkılâpları başarmıştır (38). Atatürk Samsun öğretmenleriyle yaptığı bir konuşmada bu gerçeği şöyle ifade etmektedir:

> **«Efendiler, bir heyeti içtimaiyenin mutlaka maşeri bir fikri vardır. Eğer bu her zaman ifade ve ızhar edilemiyorsa, onun adem-i mevcudiyetine hükmolunmamalıdır. O fiiliyatta behemal mevcuttur, varlığımızı, istiklâlimizi kurtaran bütün ef'al (işler) ve harekat milletin müşterek fikrinin, arzusunun, azminin yüksek tesellisi eserinden başka bir şey değildir» (39).**

Gene Kastamonu'da 30.8.1925 tarihinde yaptığı başka bir konuşmasında aynı konuya temas ederek, inkılâpların gerçek sahibinin Türk Milleti olduğunu söylemektedir:

> **«Hakiki inkılâpçılar onlardır ki, terakki ve teceddüd (yenileşme) inkılâbına sevketmek istedikleri insanların ruh ve vicdanlarındaki temayülü hakikiye nüfuz etmesini bilirler. Bu münasebetle şunu da belirteyim ki, Türk Milletinin son senelerde gösterdiği harikaların, yaptığı siyasi ve içtimai inkılâpların sahibi hakikisi, kendisidir» (40).**

Bu sözlerden açıkça anlaşılıyor ki, lider kadronun asıl görevi millette mevcut olan **«temayülü hakikiyi»** (gerçek eğilimi) ortaya çıkarmaktır.

(36) Atatürkçülük I, s. 114.
(37) Aynı görüşte, KAFESOĞLU - SARAY, Op. cit. s. 151.
(38) ÖZBUDUN, Op. cit. s. 82.
(39) Sylev ve Demeçler II, s. 197.
(40) İbid, s. 214.

Atatürk **temayülü hakikiyeden** söz ettiğine göre bu, toplumda hakiki olmayan temayüllerin var olduğunun da peşinen kabul edilmesini gerektirir. İnkılâpçı lider kadronun bu noktadaki görevi esasen toplumda teessüs etmiş **«maşeri fikre»** ters düşen ve ona uymayan temayüllere karşı milleti uyarmaktır. Uyarma **«tavizcilik»** olarak düşünülmemelidir. Lider kadro oluşan maşeri fikrin ortaya çıkmasına öncülük edecek, ilerleme ve yenileme yolunda milleti aydınlatacaktır. Bu amaçla uygulayacağı siyaseti **«menfaatlerin bağdaştırılması»** üzerine değil, **«en doğrunun ortaya çıkarılması»** ile tespit edip uygulayacaktır (41). Zaten Atatürk **«Meclis-i Müessesan»** (Kurucu Meclis) olarak düşündüğü Türkiye Büyük Millet Meclisi ve hükümetinin asıl görevinin en doğru siyaseti tespit etmek olduğunu açıkça söylemektedir.

> **«Türkiye Büyük Millet Meclisi ve hükümeti... her türlü suabati mesaide (mesai alanlarında) en doğru yolu aramak, bulmak ve bunun en doğru yol olduğunu millete anlatmakla beraber üzerinde serin ve geniş hatvelerle (adımlarla) yürümeyi ve bütün milleti yürütmeyi temin etmektir» (42).**

Görülüyor ki Atatürk, inkılâpların yapılması sırasında milletteki gerçek eğilimin ortaya çıkarılmasında ısrarlı olduğu kadar, bulunan ve uygulamaya konulan en doğru siyasetten de taviz verilmesine o derece şiddetle karşıdır (43). İnkılâpların yapılması sırasında milletin hazırlanması demek, milletteki maşeri fikri ortaya çıkarmak ve bundan sonra yenilikleri kabul eder duruma getirmek demektir. Yoksa burada herkesi memnun etmek gayesi güdülemeyeceği gibi, hele **«büyük Türk Milletinin Yüksek seviyesine nazaran geri adamlar...»**(44) la uzlaşmak yoluna gidilmesi de inkılâpçılıkla bağdaştırılamaz. Atatürk bu konuda şöyle der:

> **«Hocaları memnun edelim, islâm âlemini memnun edelim, herkesi memnun edelim dersek mümkün olsun, hepsi memnun olsun ama biz maksadi temin etmiş olmayız. İdare-i maslahatçılar esaslı inkılâp yapmaz» (45).**

---

(41) ÖZBUDUN, Op. cit. 82. Bu meselenin daha etraflı bir tartışması için bkz. HEPER, Metin «Atatürkte Devlet Düşüncesi» *Çağdaş Düşüncenin Işığında Atatürk* (İSTANBUL - 1983) s. 221 vd.

(42) Söylev ve Demeçler II, s. 59.

(43) «Yapılan işlerde halkın eğilimlerini dikkatte tutmalıyız. Halka karşı gitmemeliyiz. Fakat prensiplerimiz dâvasında bir tek kişi kalsak, başımızı verir taviz vermeyiz» KOCATÜRK, Utkan *Atatürk'ün Fikirleri ve Düşünceleri*, genişletilmiş 3. bası (ANKARA - 1984) s. 78.

(44) KOCATÜRK, op. cit. s. 75.

(45) KOCATÜRK, ibid, s. 74.

Öyleyse, milletteki **«maşeri fikrin»** ve **«temayülü hakikiye»**nin ortaya çıkarılmasında asıl görev münhasıran inkılâpçı kadroya düşmektedir. Yani, inkılâpçı kadro öncelikle maşeri fikri ortaya çıkarmak ve yeterli bir kamu oyu oluşturduktan sonra tespit ettiği en doğru siyaseti tavizsiz uygulamak zorundadır. Öte yandan inkılâplar aleyhine fikir taşıyanları aydınlatmak da gene bu inkılâpçı münevver kadroya düşen bir görevdir. Fakat bu kesinlikle taviz verme manasına gelmez, sadece inkılâplara karşı olanlara doğrunun anlatılması suretiyle mümkün olduğunca yüksek bir **concensus** elde edilmesi gayretidir.

Atatürk inkılâplarının hedeflerinden birinin de demokratik bir yönetime kavuşmak olduğunu daha önce belirtmiştik. Millî hakimiyetin benimsenmesiyle halkın alınan siyasi kararlara katılmasının sağlanması beklenebilir. Ancak Atatürk milletin henüz bu seviyeye gelmediğini bildiğinden inkılâpların yapılması sırasında referandum veya plebisite baş vurma tekliflerini şiddetle reddetmektedir.

> **«Arkadaşlar yaptığımız ve yapmakta olduğumuz inkılâplar için nurun ve münevverin yoluna gideceğiz; hedef ve hünerimiz cahil kitleyi de nurlandırarak yolumuzda yürümek ve onu aydınlığa çıkarmaktır. Cumhuriyetimizi çağdaş medeniyet seviyesine ulaştırmak isteğimizi köstekleyecek herhangi bir referanduma gitmek yalnız cehalet değil, hiyanet olur. Yüzdeseksenine okuma yazma öğretilmemiş bir memlekette inkılâplar plebisitle olamaz» (46).**

Zaten, inkılâpların yapılmasına duyulan ihtiyaç halkın henüz demokratik rejimin vasıtalarını yeterince kullanacak seviyede olmadığını gösterir. İnkılâpların gayesi halkın bu seviyeye getirilmesi, yani milletleşmenin tamamlanmasıdır. Demokrasi, milletleşme meselelerini çözmüş, millet haline gelen toplumlarda istikrarlı ve kesintisiz uygulanabilecek bir rejim olduğundan, halkın evvela yüksek bir milli kültüre sahip modern millet merhalesine ulaştırılması gerekir. Atatürk de bunu yapmıştır. Halkla temas edilerek kamu oyu hazırlandıktan sonra uygulamaya geçildiğinde halkın oyunun sorulmasına gerek yoktur. Zaten aksine bir davranış, inkılâpçılığın mahiyeti ile bağdaşmaz (47).

---

(46) KOCATÜRK, ibid, s. 76 - 77.

(47) Atatürk'ün inkılâpların hazırlık devresinde halkla sıkı temas içinde olduğunu bir çok konuşmasında belirtmiştir. Bir örnek olarak 26.8.1925 tarihinde İnebolu'da yaptığı konuşmada «Ben şimdiye kadar millet ve memleket hayrına ne gibi hamleler, inkılâplar yapmış isem hep... halkımızla temas ederek, onların alakâ ve muhabbetlerinden gösterdikleri samimiyetten kuvvet ve ilham alarak yaptım» *Söylev ve Demeçler* c. V, (ANKARA - 1972) s. 36.

III — İNKILÂPÇILIĞIN YANLIŞ VE ZARARLI YORUMLARI

1 — İdeolojik Yorumlar

Buraya kadar Atatürk'ün inkılâp anlayışı ve gerçekleştirilen inkılâpların hedef ve gayeleri konusunda ayrıntılı bilgi vermiş bulunuyoruz. Burada hâlâ günümüzde devam ettirilmeye çalışılan Atatürk inkılâplarının yanlış ve zararlı yorumları konusunu ele almak istiyoruz. Son günlerde bile her fırsatta basında **«sürekli devrim»** temasının işlendiğine (48) şahit olmamız da gösteriyor ki, Atatürk inkılâplarının gerçek hedeflerinden saptırılması gayretleri son bulmuş değil, aksine giderek yoğunlaşmıştır. Çok partili siyasi hayata geçtikten sonra hızlanan bu faaliyetlerin başlangıcı esasen inkılâpların yapıldığı dönemlere kadar iner.

Nitekim Kadro dergisi etrafında toplanan bir grup zamanın aydın kişisi inkılâpların ideolojik temellerini hazırlamayı amaçlamışlardır. Bunlara göre gerçekleştirilen inkılâplar bundan sonra «azlık yahut şuurlu bir avangardın (öncü)... iradesinde temsil» edilmelidir (49). Bu öncü kuvvet üst yapıda yapılan inkılâpları, alt yapıya teşmil ederek inkılâpların ideolojisini hazırlayacaktır. Ne var ki 1924 Anayasası bu gelişmeleri engelledi. Bu konuda Kadronun kurucusu ve önde gelen ideoloğu Şevket Süreyya Aydemir şöyle demektedir :

> **«Türk inkılâbını yalnız istiklâl savaşından ve nihayet yeni bir devlet kurmaktan, yeni Cumhuriyet nizamından ibaret olduğu görüşü bu inkılâbı yapan yahut ona karışanların çoğunda da hakim olmuştur. Hatta Millet Meclisi de 1924 Teşkilâti Esasiye (Anayasa) kanununu bu ruh hali içinde çıkarmıştır denilebilir. Çünkü bu Anayasa, Cumhuriyeti ve dolayısıyla Millî hakimiyeti getirmekle beraber aslında klâsik liberal bir anayasadır» (50).**

Kadroculara göre Türk İnkılâbının dinamizmi bu klasik liberal Anayasa ile kösteklendi. Bundan sonra Atatürk, Anayasaya yeni ilkeler eklenmesine rağmen, ilk ve inkılâpçı dinamizmi hiç bir surette sağlayamadı. Özellikle, **inkılâpçılık, devletçilik** ve **halkçılık** bu anayasadan sonra aktif bir hareket unsuru haline getirilemedi (51). Bu sebebten dolayıdır ki, «bugünkü Türkiye, Atatürk'ün benimsediği imtiyazsız, sınıfsız, kaynaş-

---

(48) En yeni bir örnek için bkz. AKBAL, Oktay «Devrim Durmaz» (Cumhuriyet 14.4.1988).

(49) Kadro hareketinin amacı ve sonu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAOSMANOĞLU, Yakup Kadri, *Politikada 45 Yıl* (İSTANBUL - 1968).

(50) AYDEMİR, S. Süreyya, *İnkılâp ve Kadro* 2. bası (1968) Önsöz.

(51) AYDEMİR, op. cit. s. 78 vd.

mış bir millet ülküsü ve çabası yerine oligarşik bir kapitalizm nizamı içinde kalkınmak yoluna yönelmiştir» (52).

Bu görüşler, inkılâpları ideolojik bir temele dayandırmadığı veya dayanmasını engellediği için Atatürk'e karşı yöneltilmiş açık bir tenkitten ibaretti. Tenkidin özü ise, ideolojik esaslardan yoksun inkılâpların Türk halkının gerçek ihtiyaçlarına cevap vermediği noktasında yoğunlaşmaktadır (53).

Bugün inkılâpçılık ilkesinin arkasına sığınarak **«sürekli devrim»** veya **«bitmemiş devrim»** tezleriyle belli bir ideoloji hesabına faaliyet gösterenler, Kadroculârın fikirlerinden geniş ölçüde ilham aldıkları, başka bir deyişle, bunların düşüncelerinin ideolojik eksikliklerini tamamlamaya çalıştıkları söylenebilir. Nitekim, bu fikir sahipleri, Aydemir'in 1924 Anayasası ile dinamizmini kaybettiğini söylediği **nkılâpçılık, devletçlik, halkçılık,** ilkelerine devrimci bir dinamizm kazandırmak suretiyle Türk İnkılâbını **«burjuva devrimi»** (54) olmaktan çıkararak Marxist bir muhteva kazandırmaya gayret etmektedirler.

Her ne kadar Atatürk'te böyle ideolojik görüş ve yorumları destekleyecek en küçük bir ifade ve beyan bulmanın mümkün olmadığı cihetle, bu yazarların yazıp söylediklerinin ciddiye alınmaması gerektiği ileri sürülebilirse de, özellikle son yarım yüzyıldan beri devam eden ısrarlı faaliyetlerin genç dimağlar üzerinde yarattığı menfi tesirlerin sonucu olarak toplumda meydana getirdiği aşırı bölünmelerin de inkâr edilemez bir gerçek olduğu bilinmektedir (55).

Temelde ideolojik olmamakla birlikte, ideolojik yorumlara fikri zemin hazırlanması bakımından Atatürk inkılâplarının en zararlı yorumlarından bir başkasını belki de Atatürkçülükle Marxist olmayan solculuğun birleşebileceğini ileri sürenler yapmıştır. Bu görüş sahipleri Atatürk'ün Marxist manada solcu olmadığını, fakat yaptığı inkılâpların **«demokratik**

(52) ibid, s. 19 - 20.

(53) Kadroculârın Atatürk İnkılâpları hakkındaki düşüncelerinin tahlili konusunda şu eserlere bakılabilir. TÜRKDOĞAN, Orhan, *Kemalist Modelde Fert ve Devlet İlişkileri,* (ERZURUM - 1977) s. 20 - 26. ERÖZ, Mehmet, *Atatürk, Milliyetçilik, Doğu Anadolu* (İSTANBUL - 1987) s. 12 - 36.

(54) Türk İnkılâbının bir «burjuva devrimi» olarak kaldığı tezini işleyen yayınlar telif ve tercüme olarak bir hayli fazladır. Bunlar arasında doktora tezleri de vardır. TİMUR, Taner, *Türk Devrimi, Tarihi, Anlamı ve Felsefî Temeli* (ANKARA - 1968). Keza aynı yazarın daha cesur bir çalışması, *Türk Devrimi ve Sonrası 1919 - 1946,* (ANKARA - 1971).

(55) «Devrim iki ekip devrimci ve gerici ekipler arasında bir çatışmadır... Ve bu savaş henüz bitmemiştir.» TUNAYA, T. Zafer «Atatürk, Devrim ve Halk» (Cumhuriyet - 12 Kasım 1963).

sol» veya **demokratik sosyalizm»**e uygun düştüğünü, hiç değilse en azından buna açık olduğunu savunmaktadırlar. Gene bunların iddialarına göre muhafazakâr sağcılıkla, ilericilik demek olan Atatürkçülük kesinlikle bağdaşmaz. Bu sebeble Atatürk'ün inkılâplarının solda olması ve demokratik sosyalist ideolojiyi benimsemesi tarihi evrimin kaçınılmaz sonucudur (56). Bundan bütün gerçek Atatürkçülerin solcu olmaları zaruri olduğu sonucu çıkar. Böylece ilmi hiç bir temele dayanmadığı halde Atatürkçülükle solculuk özdeşleştirilmektedir.

Biz yukarıda Atatürk İnkılâplarının hedefinin, doktriner esaslara bağlı olmaksızın (57) Türk cemiyetini modern bir millet haline getirmek ve muasır medeniyet alemindeki yerini almak olduğunu uzun boylu açıklamış olduğumuz için, bu gibi ilmi değeri olmayan iddiaları burada yeniden tartışmaya gerek görmüyoruz. Burada bu gibi düşüncelerden çok daha önemli bulduğumuz bir başka yalnış ve zararlı yorumu ele almayı daha uygun buluyoruz. Bu, Anayasa Mahkemesinin yorumudur. Yüksek Mahkeme bir kararında Atatürk İnkılâplarının en zararlı yorumunu yapmış ve bunu kesin hükmün gerekçesi haline getirmiştir.

2 — Anayasa Mahkemesinin Yorumu

Anayasa Mahkemesi 1750 sayılı Üniversiteler Kanununun bir çok maddeleri ile birlikte, 3. maddesinin (b) bendindeki **«örf ve adetlerine bağlı»** ve **«milliyetçi»** terimlerini Anayasaya aykırı bulan Ankara Üniversitesi ile Cumhuriyet Halk Partisinin açtıkları iptal davaları dolayısıyla verdiği kararlarda (58) Atatürk İnkılâplarını da yorumlamıştır. Yayınlandığı tarihte lehte aleyhte yoğun tartışmalara konu olan karar bize göre bugün de tazeliğini ve önemini korumaktadır. Çok yanlış ve anlaşılmaz bir Türkçe ile yazılmış olan kararın konumuzla ilgili kısmını, diline hiç dokunmadan aynen alıyoruz.

> **«Cumhuriyetimizin milli şuur ve bütünlük içinde barışa ve insan hak ve özgürlüğüne dayalı memleket kalkınmasını, sosyal**

(56) Bu görüşte olanların başında Prof. KUBALI gelmektedir. Yazar her vesile ile Atatürkçülüğü demokratik sosyalizme açık olduğunu savunmaktadır. Mesela «Atatürk Devrimleri ve Eski Reformları» *Atatürk'ün Önderliğinde Kültür Devrimi;* (Seminer), (ANKARA - 1972). Atatürk Devrimi ve Gerçeklerimiz» *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* (1968).

(57) İnkılâp ve ilkelerin hangi doktrine dayanacağı görüşüne Atatürk'ün verdiği cevap *«o zaman donar kalırız»* şeklindedir.

(58) Anayasa Mahkemesi E. 73/37, K. 75/22 K.t. 11. 12. 13. 14 ve 25 Şubat 1975 AMKD. Cilt 13, S. 58 - 213 (CHP'nin açtığı davada bu maddeye yönelttiği itiraz için Anayasa Mahkemesi bu kararına atıf yaptığı için bizde bu kararı kullanıyoruz.

adalet ve Atatürk devrimleri doğrultusunda amaçlayan siyasal bir varlıktır. Burada özellikle Atatürk devrimleri deyimi üzerinde durmak gerekir. Devrim kavramı sözcüğün açık anlamından da belirleneceği üzere durgunluğun, alışkanlığın, hareketsizliğin tersidir. Devrimcilikte hiç bir zaman duraklama yoktur. Bilim ve tekniğin gelişmesiyle modern toplum yaşamının koşulları da sürekli olarak değişikliğe uğrar. Kendini bu değişikliğe uyduramayan, yani devrim yapamayan sosyal topluluklar çağın gerisinde kalmaya ve ileri toplumların sömürgesi olmaya mahkumdurlar. İşte Atatürk devrimlerinde temel amaç geri kalmışlıktan kurtulmak, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmaktır. Belirli bir süre geçtikten sonra Atatürk devrimlerinin amaçlarına ulaştığını ve artık yeni bir atılıma gereksinim duyulmayacağını kabul etmeye olanak yoktur. Çünkü Atatürk devrimleri çağdaş uygarlık düzeyi doğrultusunda sürekli hareket halindedirler. Ve birbirini ara vermeden izlerler.» (59).

Bu kararında Anayasa Mahkemesi hem Atatürk inkılâplarını (devrimlerini) yorumlamış, hemde genel olarak devrim anlayışını ortaya koymuştur. Ancak kararda ileri sürülen görüşlerin hepsi temelde yanlıştır.

Bir kere Yüksek Mahkeme ilmi olmayan, çok yanlış bir mantıktan hareket ederek **«devrim yapmayan sosyal topluluklar çağın gerisinde kalmaya ve ileri toplulukların sömürgesi olmaya mahkûmdurlar»** görüşünü benimsemiştir. Bu mantığın tarihi gerçekler ve sosyal ilimler bakımından hiç bir değeri yoktur. Çünkü devrim yaptığı halde geri ülkeler bulunduğu gibi, devrim yapmadan ilerlemiş ülkeler de vardır. Ezcümle devrim yapmamış Japonya, devrim yapmış Doğu bloku ülkeleriyle herhalde ilerilik - gerilik konusunda mukayese kabul etmez. Ayrıca, çağdaş ilim ve teknolojinin gelişmelerine uyum sağlamada milletler arasında her zaman farklar olacağından, bütün dünyayı sömürenler ve sömürülenler diye iki kategoride mütalâa edilmesi sonucu çıkar ki, bu, ilmi ve hukuki olmayan bir görüş olur (60).

Yüksek Mahkemenin **«devrimcilikte hiçbir zaman duraklama yoktur»** hükmünü ileri sürmesi, gayri ihtiyari insana Maxismin **«sürekli devrim» (permanent revolution)** tezini hatırlatıyor. Bilindiği gibi sürekli devrim tezi önce Karl Marx tarafından ortaya atılmış, sonradan Lenin ve arkadaşlarınca geliştirilerek eski rejimin bütün değer yargıları ve müesseseleriyle tamamen yıkılıncaya kadar komünist ihtilâlin devam edeceğini savu-

(59) AMKD. s. 116.
(60) Anayasa Mahkemesinin bu kararının mükemmel ilmi bir tenkidi için bkz. GÜNGÖR, Erol, *Kültür Değişimi ve Milliyetçilik* (ANKARA - 1980).

nur. Ancak burada devrimin de bir sınırı vardır, komünist topluma ulaşınca devrim biter (61).

İnkılâp, eski düzenin tamamını veya bir kısmını kısa sürede zorla ortadan kaldırmak ve kendi kurumlarını onun yerine geçirmeyi ve bunları yerleştirmeyi gaye edindiğine göre, inkılâpçılıkta süreklilik zaten olamaz. İnkılâpçının amacı, kısa sürede yeni bir düzen kurmak olduğundan bu görevin sonraki nesillere kalmaması, yani inkılâbı başlatan kadronun bitirmesi şarttır. Aksi halde inkılâptan sözedilmesi mümkün değildir (62). Durum böyle iken arkadan gelen nesile **«inkılâpçı»** demek mümkün midir? Başka bir deyimle, arkadan gelen nesillerin de inkılâpçılık nitelikleri devam eder mi?

İnkılapçı kadronun, inkılâpları tamamlamak zorunda olduğu cihetle, arkadan gelen nesillere «inkılâpçı» demek mümkün değildir. Eğer inkılâplar yerleşmemiş ise, arkadan gelen nesillerin görevi, yeni inkılâplar yapmak değil, kendisinden önce yapılan inkılâpları, yapanlara sadık kalarak onları yerleştirmektir (63).

Her toplumun sosyal ve siyasi istikrara ihtiyacı vardır. Bu bakımdan hiç bir toplum sürekli inkılâp içinde bulunamaz. Bu sebeble Anayasa Mahkemesinin **«devrim... durgunluğun, alışkanlığın, hareketsizliğin tersidir»** yolundaki görüşü temelden isabetsiz ve yanlış olmaktadır. Çünkü değişme hızı bakımından birbirinden çok farklı cemiyetler bulunmuştur, ama geçmişte ve günümüzde hiç durgun ve hareketsiz cemiyet olmamıştır (64). Hızlı sosyal değişmelere sahne olan cemiyetler de sürekli devrim içinde değillerdir.

Anayasa Mahkemesi kararında **«Atatürk devrimleri çağdaş uygarlık düzeyi doğrultusunda sürekli hareket halindedirler ve birbirini ara vermeden izlerler»** demektedir. Bu cümleden neyin kasdedildiğini anlamak mümkün değildir. Atatürk devrimleri, Atatürk'ün hayatında yaptığı ve bugün de Anayasanın garantisi altında olan şeylerdir. Elbette ki Atatürk'ün ölümünden sonra yeni **«Atatürk devrimleri»** yapılmasına maddeten imkân yoktur. Bunun aksinin kabulü hem inkılâp mantığı ile bağdaşmaz,

(61) Marxismin «sürekli devrim» tezi, üzerine bir hayli eser yazılmıştır. Bunlar arasından şu ilgi çekici eserlere bakılabilir. ULAM, B., Adam, *The Unfinished Revolution*, Revised Ed. (LONDON - 1979) NEUMANN, Segmund *Permanent Revolution*, (NEW - YORK - 1942).

(62) Genel olarak inkılâp ve inkılâpçılık konusunda bkz. ABADAN, Yavuz, *İnkılâp ve İnkılâpçılık*, CHP Konferanslar serisi (İSTANBUL - 1938).

(63) Krs. MUMCU Ahmet, *Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi*, II. Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2. bası (ANKARA - 1984) s. 161 - 162.

(64) GÜNGÖR, op. cit. s. 87.

hem de daha kötüsü ülkemizde görüldüğü gibi her gün Atatürk devrimlerini devam ettirdiklerini iddia eden kişilerin ortaya çıkmasına sebep olur. Eğer bu cümleden kasıt Atatürk'ün ölümünden sonra devrimlerinin de devam edeceği ve korunacağı ise, bunda Anayasa Mahkemesi dahil hiç bir kuruluşun ve kimsenin şüphesi olmaması gerekir. Zaten Atatürk'ün milliyetçi ve cumhuriyetçi kuvvetlerden isteği de inkılâjların korunmasıdır.

> **«Memleketin ve inkılâbın içeriden ve dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı korunması için, bütün milliyetçi ve cumhuriyetçi kuvvetlerin bir yerde toplanması lâzımdır» (65).**

İnkılâpların korunması ve yaşatılması dışında, yeni devrimlerin yapılması ve bunların Atatürk'e mâl edilmesi söz konusu olamayacağından, Anayasa Mahkemesinin «Atatürk devrimleri... birbirini ara vermeden izlerler» yolundaki düşüncesi de, ilmi değeri olmayan, boş ve manasız bir iddia olarak ortada kalmaya mahkûmdur.

Anayasa Mahkemesi bundan sonra, örf ve adetlerle Atatürk inkılâplarının bağdaşmıyacağını ileri sürerek şunları söylemektedir.

> **«Atatürk devrimleri, yurdumuzun sosyal endüstriyel ve kültürel yönlerden gereksindiği dinamizmin bir sonucu olmuştur ve bu dinamizm Türk toplumunda etkinliğini her zaman koruyacaktır. Şu halde Cumhuriyetin geleceğini güvence altına alacak olan genç kuşakları, yüzyıllar öncesi toplum düzeninin gereksindirdiği ve yarattığı örf ve adetlerle bağlı tutmak, onları Modern Türkiye'nin üniversitelerinde örf ve adet yönteminde ve doğrultusunda yetiştirmek, Atatürk devrimleri ve bu devrimlerin temelini oluşturan ilkelerle bağdaştırılamaz» (66).**

Bu mantık, sosyolojinin önemli ilgi alanlarından olan örf ve adetlerin önemi konusunda Anayasa Mahkemesinin çok yalnış bilgiye sahip olduğunu veya daha doğrusu hiç bir şey bilmediğini gösterir. Eğer bilseydi örf ve adetin durgunluk ve hareketsizlik yaratacağını ve bu nitelikleriyle de Atatürk devrimlerine ters düşeceklerini iddia etmezdi. Eğer Yüksek Mahkeme örf ve adet hakkında yalnış bilgilere sahip olmasaydı, istikrarla durgunluğu birbirine karıştırmazdı, örf ve adet olmaksızında

---

(65) KOCATÜRK, op. cit. s. 76.
(66) AMKD, S. 117.

insanların düzen ve istikrar içinde bir arada yaşayamıyacaklarını (derin sosyolojik bilgiyi gerektirmeyecek bu gerçeği) bilmesi gerekirdi (67).

Örf ve adetler cemiyetin çimentosu durumundadırlar. Dolayısıyla bunlar olmaksızın insan topluluklarının sosyolojik anlamda cemiyet haline gelmeleri, düzenli bir hayat yaşamaları mümkün olmaz. Başka bir deyişle örf ve adetlerin yıkılması hızlı bir sosyal çözülmeye (anomi) yol açar, bu da milli toplulukların kalabalık haline dönüşmesi demektir (68). Hiç kimse Atatürk inkılâplarının istikrarsızlığın hakim olduğu, sosyal çözülmenin hızlandığı bir cemiyet düzenini gaye edindiğini iddia edemez. Aksine Atatürk İnkılâpları sosyal çözülmeyi önlemek ve milli bütünleşmeyi kuvvetlendirmek gibi büyük bir gaye ile yapılmışlardır. Kendi ifadesiyle bunlar milletin **«temayülü hakikisi»**nden çıkmış akla, ilme ve ileri teknolojiye dayalı olarak çağdaşlamayı hedef almıştır (69). Ne akıl, ne ilim, ne de ileri teknoloji örf ve adetleri reddetmezler. Çünkü ilim, kalabalık halindeki insan topluluklarında gelişmez. Kültür birliğinin sağladığı, sosyal bütünleşmenin azami seviyeye vardığı, millet haline gelen cemiyetlerde gelişir.

Kısaca ele aldığımız bu kararıy Anayasa Mahkemesi Atatürk inkılâplarının en yalnış ve tehlikeli yorumunu yapmıştır. Hiç şüphe yoktur ki, inkılâpları hedefinden saptırmak isteyenler bu kararı birinci derecede önemli kaynak olarak kullanmaya devam edeceklerdir. Yüksek Mahkemenin bu kararının ağır sorumluluğundan kurtulabilmesi, önüne çıkacak ilk fırsatta ileri sürdüğü yanlış ve yanlış olduğu için de çok zararlı görüşünden vazgeçerek içtihadini değiştirmesine bağlıdır.

SONUÇ

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar neticesinde, Atatürk'ün inkılâp anlayışı ve inkılâpçılık şahsiyeti üzerinde bazı kimseler tarafından şuurlu olarak, bazıları tarafından ise Atatürk'ün fikri yapısını iyi bilememelerinin verdiği eksiklikle yanlış ve zararlı yorumların yapıldığı-

(67) Nitekim Anayasa Mahkemesi aynı kararında «... toplumun gereksindiği dinamizm çoğu kez yüzyılların geçmişten sürükleyip getirdiği ve öz niteliği durgunluk ve hareketsizlik olan örf ve adetlerle çelişki halindedir» demek suretiyle istikrarla durgunluğu açıkça karıştırarak sanki Atatürk inkılâplarının istikrarsız bir cemiyet düzeni istediği gibi sakat bir görüşün savunulmasına zemin hazırlamıştır.

(68) ERKAL, Mustafa, Sosyoloji 3. bası (İSTANBUL - 1982) s. 24. Daha etraflı bir tahlil için bkz. GÜNGÖR, Op. cit. s. 91 - 93.

(69) ÖZBUDUN, op. cit, s. 82.

nı görmekteyiz. Her iki türden yorumların ne Atatürk'ün düşünce sistemiyle, ne de Türk milletinin istikbâldeki menfaatleriyle bağdaştırmak mümkündür. Bu konunun herhalde uzun boylu açıklama ve tartışmayı gerektirmeyecek bir konu olması icap ederken her iki grup tarafından sürekli gündemde tutulmaya çalışıldığı dikkatlerden kaçmamaktadır.

Türkiye'de artık bu gibi tartışmaların bir tarafa bırakılması, sürekli olarak geçmişi tenkitten daha çok geleceği düşünmek, yani **«muasır medeniyet seviyesinin üzerine çıkmayı»** gaye edinen bir çalışmanın, bir gayretin içinde olması zarureti vardır. Atatürk gerçekleştirdiği inkılâplarla bu yolun önündeki bütün engelleri kaldırmış, daha açık bir ifade ile Türkleşmek ve çağdaşlaşmak yolundaki en büyük engel olan taassubu yıkarak, gerekli olan ön şartları ve uygun ortamı hazırlamıştır. Bu bakımdan Türkiye'nin tek parti döneminden kalma teorik çerçevesini Peker'in çizmeğe çalıştığı geçmişi reddeden bir inkılâpçılık zihniyetinden kurtulması elzemdir (70). Aksi halde Atatürk'ün yıkmağa çalıştığı taassubun yerine bir başka taassubun, inkılâpçılık taassubunu koymuş oluruz ki, bu da herhalde Atatürk'ün istemediği bir netice olur.

İnkılâpçılığın aşırı yorumlanması, cemiyette sosyal gelişmelerin engellenmesine ve tabii olarak fikir hürriyetinin aşırı kısıtlanmasına sebeb olur. Bu ise, modern bir cemiyet olmayı hedef alan inkılâbın aleyhine onun prensiplerine aykırı bir tutum olacaktır. Türk inkılâbının uzun süreceğini söylemek (71), inkılâpçılığın mahiyetine uygun düşmediği gibi, Türk cemiyetinin istikrara kavuşmasının da engellenmesi mânasına gelir ki, benimsenmesi mümkün değildir. Her sosyal yapının mutlaka istikrara ihtiyacı vardır. İnkılâpçılığın aşırı yorumlanması ise, istikrarın engellenmesi, çatışmanın, dolayısıyle kutuplaşmanın hızlanması demektir.

Biz, inkılâpçılığın en zararlı ve tehlikeli yorumunun Anayasa Mahkemesince yapıldığını görüyoruz. Gerçekten Yüksek Mahkeme hiçbir ilmi temele dayanmayan görüşü ile, yukarıda işaret ettiğimiz aşırı kutuplaşmanın daha da artmasında başlıca rolü oynamıştır. Oysa Yüksek Mahkeme, örflerin muhafazakâr karakterde olduklarını, ideolojik ihtilâller geçiren ülkelerde bile büyük bir çoğunlukla varlıklarını devam ettirdiklerini bilmesi, en azından araştırması gerekirdi. Gene Yüksek Mahkeme

---

(70) Peker - Açıkça Osmanlı tarihini red ederken bir yandan Türk inkılâbını hürriyet inkılâbı ile özleştirdiği Fransız ihtilâline dayandırmak ister gibi görünürse de öte yandan Türkiye'nin Batı taklitçiliğinden kurtulduğunu» kanı arı, özü sağlam olan Türk'ün kendine has yapıyı benimsediğini iddia etmektedir. Op. cit. s. 20 - 23 ve özellikle *ikinci ders* s. 25 - 34.

(71) PEKER, op. cit. s. 21. Bu görüş daha sonra «sürekli devrim»e dönüşecektir.

örflerin zorla değiştirilemeyeceğini, kanunla örfün çatışması halinde mutlaka örfün galip geleceğini de bilmesi gerekirdi (72).

İnkılâpların yapılması sırasında Atatürk'ün halk ile sıkı temas halinde olması, başka bir deyişle maşeri arzuyu tespite çalışması hep bu sebeptendir. Yani amaç, halk ile inkılâplar arasında uyum sağladıktan sonra inkılâbı gerçekleştirmektir. Bundan sonra meydana gelen direnmelere karşı halkın aydınlatılması ve inkılâpların benimsetilmesi oranında bazı örfler kendiliğinden değişmiştir. Bugün Türkiye'de inkılâplar ile çatışan hiç bir örf yoktur.

Tekrar ediyoruz ki, Atatürk Türk unsuruna dayanan modern ve medeniyet âleminde yerini almış bir devlet kurmayı gaye edindiği için, yaptığı inkılâplarla bu devletin insan unsurunu tam anlamı ile millet haline getirmeyi hedeflemiş ve bunu başarmış bir önderdir. Bu uğurda yaptığı hizmetler, O'nun, Türk Milletinin günlünde ilave bir desteğe ihtiyaç duymadan yücelmesine yeter.

(72) Bu hususta fazla bilgi için MACİVER, M. R., PAGE, C. H, *Cemiyet*, Çev.: KURTKAN, Amiran (İSTANBUL - 1969) s. 30 - 36.

ISLAHAT FERMANI'NI HAZIRLAYAN SEBEPLER
Ve
ISLAHAT FERMANI

Gül BÜLBÜL (*)

I — GİRİŞ

Kırım Savaşı'nın sona ermesinden hemen önce hazırlanıp, savaşı sona erdiren Paris Barış Andlaşması ile bütün Avrupa devletlerine duyurulan Islahat Fermânı tıpkı 1839 da îlân edilen Tanzimat Fermânı gibi Osmanlı İmparatorluğu'nda gerçekleştirilmek istenen yeni bir düzenin prensiplerini genel hatlariyle ortaya koyan hukukî bir belgedir. İlk bakışta Gülhâne Hatt-ı Hümâyunu'nun açtığı Tanzimat Devri'nin bir aşaması olarak kabûl edilebilirse de gerek îlânını mümkün kılan sebepler ve hazırlanış şekli, gerekse yapısı ve tesirleri bakımından son derece farklı özelliklere sâhiptir (1).

Hükümleri incelendiğinde kolaylıkla anlaşılabileceği üzere Islahat Fermânı daha çok gayrimüslim tebâya yönelik birtakım hakları ihtiva etmekte ve Tanzimat Fermânı'nın getirdiği can, mal, ırz ve nâmus güvenliği gibi temel hak ve hürriyetleri toplumun bütün kesimlerine yaygınlaştırarak, temel haklar teminâtına eşitlik prensibini de eklemeyi amaçlamaktadır (2). Ferman, yirmi ana noktada müslimlerle gayrimüslimler arasında eşitlik sağlamaktadır. Kânun önünde eşitlik, dinî fark gözetilmeksizin herkese memur olabilme ve askerlik yapabilme hakkının tanınması, karma mahkemelerin kurulması, din yetkililerinin sivil otoritelerinin kaldırılması, vergi reformu ve rüşvetle mücâdele Ferman'ın getirdiği başlıca yeniliklerdir (3).

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, Nizam-ı Cedid ve Tanzimat Devirleri (1789 - 1856), c. V, Ankara 1947, s. 256.

(2) SANDER Oral, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, Osmanlı Diplomasi Tarihi Üzerine Bir Deneme, Ankara 1987, s. 153.

(3) ÜÇOK Coşkun, Siyasal Tarih (1789 - 1960), Ankara 1980, s. 121; SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 153.

Geçmişte ve günümüzde genel kabul gören yaygın kanâate göre Islahat Fermânı, yabancı devletlerin hazırladığı ve Bâb-ı Alî'nin çeşitli tesirlerin baskısı altında kabûl etmek zorunda kaldığı bir ıslahat programıdır. Fermânın hazırlanışında yabancı baskısı o kadar belirgindir ki, İmparatorluğun müslüman tebâsı arasında son derece büyük huzursuzluklara sebep olmuş (4), yeni siyâsî gelişmelerin kapısını açarak, Kuleli Vak'ası'nın temellerini hazırlamıştır (5). İleriki yıllarda kurulan «Yeni Osmanlılar Cemiyeti»nin yapı taşlarından biri de Islahat Fermânı'na duyulan yoğun tepki ve yabancı devletler karşısında düşülen çaresiz durumdur (6).

Islahat Fermânının hükümleri kadar hatta ondan daha önemli olan Fermânı hazırlayan sebepler ve târihî gelişmelerdir. Bu sebeple çalışmamızda Fermânın hükümlerinden ziyâde onu hazırlayan gelişmeleri ve târihî sebepleri tahlil edeceğiz.

II — ISLAHAT FERMANI'NI HAZIRLAYAN SEBEPLER

A — Islahat Fermânı Öncesinde Uluslararası Ortam

Osmanlı İmparatorluğu ile ilgili bir araştırma yaparken sağlıklı sonuçlar elde edebilmek için konuya uluslararası ortamı da gözönünde bulundurup, global bir açıdan yaklaşmak gerekmektedir. Bu çerçevede İmparatorluğun devrin büyük devletleri, özellikle Avrupa siyâsetini yönlendiren devletlerin yaşadığı gelişmeler ve izledikleri politikalardan etkilenmesi kaçınılmazdır. Hızla gelişen dünyada devletlerin birbirleriyle siyâsî ve ekonomik ilişkileri arttıkça iç ve dış politikalara tesir edebilme güçleri de o oranda fazlalaşmıştır.

---

(4) Osmanlı târihi boyunca reformlara karşı oluşan tepkileri yalnızca bağnazlığa, cehâlete ve atâlete bağlamak doğru bir yaklaşım değildir. Türklerin Tanzimat ve Islahat reformlarına karşı çıkmalarında diğer sebeplerin yanı sıra, bu fermanları Batı'nın karşısında aşağılayıcı bir boyun eğmeyi simgeleyen belgeler olarak görmelerinin payı büyüktür. SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 139.

(5) Ulemâ ve askerî sınıfın ittifâkı sonucunda gerçekleştirilen Kuleli Vak'ası'nın gerisindeki temel itici güç hıristiyan nüfûsa Islahat Fermânı ile tanınan yeni ayrıcalıklar ve İmparatorluğun eski prestijini kaybederek Avrupalı devletler karşısında düştüğü durumdur. İĞDEMİR Uluğ, Kuleli Vak'ası Hakkında Bir Araştırma, Ankara 1937, s. 38 vd.; MARDİN Şerif, The Genesis of Young Ottoman Thought, A Study in the Modernization of Turkish Political Ideas, Princeton 1962, s. 18, dipnot 5, s. 136.

(6) MARDİN, s. 354, 355.

Ondokuzuncu yüzyıla damgasını vuran, Avrupa'yı uzun yıllar kaynaşma içinde tutup yaşlı kıtadaki gelişmelere hâkim olan Fransız İhtilâli'nin doğurduğu Liberalizm ve Nasyonalizm gibi fikir akımları (7) ile en az onlar kadar önemli bir gelişme olan endüstri devriminin (8) tesirleri kısa sürede Osmanlı İmparatorluğu sınırlarına kadar ulaşmış ve toplumu derinden sarsmıştır. Uzun süreden beri yoğunlaşan iç ve dış meselelere çözüm arayan İmparatorluk için bu durum beraberinde yeni ekonomik ve siyâsî problemleri de getirmiştir. Hızla değişen dünyada Osmanlı İmparatorluğu'nun eski düzenini devam ettirebilmesi imkânsız hâle gelerek sosyal, siyâsî, ekonomik, hukûkî alanlarda yeni politikalar tâkib etmek mecbûriyeti doğmuştur. Devletin dağılıp parçalanmaktan kurtulup, eski gücünü kazanabilmesinin tek yolu değişen şartlara cevap verebilecek yeni çözümler üretmek olarak görülmüştür. Bu düşüncenin ilk uygulaması Tanzimat Fermânı olmuş, onu Islahat Fermânı izlemiştir.

Islahat Fermânı, ilân edilmeden hemen önce 1840'lar ve 1850'lerde, sonraki yıllarda Avrupa sahnesine büyük ve tesirli güçler olarak çıkacak olan Alman ve İtalyan birlikleri henüz kurulmamıştır. Avrupa politikasını İngiltere, Fransa ve henüz bir Avrupa devleti olarak kabûl edilmeyen Rusya yönlendirmektedir. Öte yandan daha sonraları Alman birliği içinde yer alacak olan Avusturya ve Prusya da önemli siyâsî güçler olarak ortaya çıkmışlardır.

1815 de Viyana Kongresi (9)'nde alınan kararlarla Fransız İhtilâli ile yaratılan yeni değerler ve güçler bastırılmak, eski düzen sürdürülmek istenmiştir. Ancak Avrupa'ya değişiklik getiren yeni güçler (endüstri devrimi, liberalizm, milliyetçilik), kısa sürede Viyana Kararları'nı etkisiz hâle sokmuş, Fransa'dan başlayıp Avrupa'yı kaplayan bir ihtilâl dalgası yaşanmıştır (10).

---

(7) ARMAOĞLU Fahir, 20. Yüzyıl Siyâsî Tarihi (1914 - 1980), Ankara 1983, s. 5.

(8) SANDER Oral, Siyâsî Tarih, (teksir), Ankara 1984, s. 145 - 149. Endüstri devrimi iki aşamada ele alınmaktadır. 1870'lere kadar süren birinci aşama demir ve kömürün asıl hammaddeyi teşkîl ettiği makineleşme çağıdır ve ayırıcı özelliği makina kullanımının yaygınlaşması sonucu büyük fabrikaların ortaya çıkmasıdır. 1870'lerden sonraki ikinci aşamada ise yeni buluşların üretime uygulanması sonucu kitle hâlinde mal üretimine geçilmiştir.

(9) Viyana'da 1815 de akdedilen Metternich'in mîmârı olduğu anlaşma ile Rusya, İngiltere, Avusturya, Prusya, Fransa'nın mâğlubiyet fermânını imzâlıyor ve Avrupa devletlerinden herhangi birinin bütün sisteme hâkim olamamasını sağlayacak şartları kabûl ediyorlardı. Temel gâye Fransız İhtilâli ile Avrupa'ya yayılan liberalizm, milliyetçilik akımlarına set çekmek ve eski düzenin devamını sağlamaktı. SANDER, Siyasî Tarih, s. 123 vd.; ÜÇOK, s. 43 vd.

(10) ARMAOĞLU, s. 28; ÜÇOK, s. 96.

1830 ve 1848 de Fransa'da yaşanan ihtilâller daha çok liberal ve sosyalist bir mâhiyet göstermiş (11), önce II. Cumhûriyet sonra da II. İmparatorluk kurulmuştur. Prusya ve Avusturya'daki ihtilâllerin gerisindeki itici güç ise milliyetçiliktir (12). Meselâ, Avusturya İmparatorluğunda çıkan ihtilâller Macarlar, Çekler, Hırvatlar, İtalyanlar gibi farklı unsurların kendi millî devletlerini kurmak için başlattıkları ayaklanmalardır (13). Yine bu ayaklanmalar sonucu koyu bir mutlâkiyetle yönetilen Prusya 1850 de bir anayasa kabûl etmek zorunda kalmıştır (14). İngiltere de liberal gelişmelerden payını almış, seçim ve işçi hakları genişletilmiştir (15).

Islahat Fermânı öncesinde Avrupa'da yaşanan bu gelişmeler bir yandan kıta devletlerinin dış politikalarını, dolayısiyle Osmanlı İmparatorluğu ile ilişkilerini etkilerken diğer yandan kaynaşmanın kaynağını teşkil eden fikir akımları da İmparatorluğu âdeta kıskaç içine almıştır. Endüstri devrimi sonucu üretimin artması ve hammadde ihtiyâcı endüstri devrimini yaşamış olan ülkeleri mallarını satacakları yeni pazarlar, ucuz ve bol hammadde bulabilecekleri ülkeler aramaya itmiş ve Osmanlı İmparatorluğu ekonomik ilginin de odak noktasını teşkîl etmiştir. Çok yönlü bu gelişmeler Islahat Fermânı'nın ilânında önemli rol oynamışlardır.

B — Osmanlı İmparatorluğu'nun İç ve Dış Meseleleri

1 — Büyük Devletlerle İlişkiler

1839 da ilân edilen Tanzimat Fermânı İngiltere ve Fransa üzerinde olumlu tesirler bırakarak Osmanlı İmparatorluğu'na karşı bir sempati yaratmıştır. Osmanlı devlet adamları, ortaya çıkan durumdan faydalanmak isteyerek, heriki devletle de daha yakın ve sıcak ilişkiler kurabilmek için yoğun bir çaba içine girmişlerdir. Devrin bir diğer güçlü ve etkili devleti olan Rusya ile ise aynı sıcaklıkta bir diyaloğu kurmak mümkün olamamıştır. Çünkü Rusya, Avrupa siyâsetinde kuvvetli bir rol oynamaya başladığı günden itibâren Osmanlı İmparatorluğunu tasfiye etmeyi dış siyâsetinin ana prensibi olarak kabûl etmiştir (16). Bu prensibi gerçekleşti-

(11) ÜÇOK, s. 102; AKÇURA Yusuf, Zamanımız Avrupa Siyasî Tarihi, Ankara 1930, s. 54.
(12) ARMAOĞLU, s. 10.
(13) ÜÇOK, s. 102, 103.
(14) ARMAOĞLU, s. 9. Prusya dışında Hollanda, İsviçre, Danimarka gibi ülkeler de oldukça liberal anayasalar kabûl etmişlerdir.
(15) ÜÇOK, s. 106, 107.
(16) KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, Islahat Fermanı Devri (1856-1861), c. VI, Ankara 1976, s. 15.

rebilmek içinse değişen şartlara göre uygulayabileceği üç ana program tesbît etmiştir. Bunlardan birincisi, Osmanlı topraklarını Rus İmparatorluğu'na katmak; ikincisi, imkânlar nisbetinde Osmanlı ülkesini Avrupalı devletlerle paylaşmak; üçüncüsü ise Osmanlı toprakları üzerinde muhtar veya bağımsız devletler kurulmasını sağlamak ve bu devletleri günün birinde himâyesi altına almaktır (17).

Kırım Savaşı arefesinde çar I. Nikola'nın yönetimi altındaki Rus İmparatorluğu Osmanlı ülkesini Avrupalı devletlerle paylaşmak düşüncesine meyletmiş görünmektedir. Plânını gerçekleştirmek konusunda en yakın müttefiki ise Avusturya'dır. Rusya, 1833 de Osmanlı İmparatorluğu ile imzâladığı ve önemli haklar elde ettiği Hünkâr İskelesi Andlaşması (18)'na İngiltere ve Fransa'nın gösterdiği sert tepkilerden ürkerek (19) Avusturya ile gizli bir anlaşma yapmıştır. Rusya, Münchengratz Sözleşmesi ile, Hünkâr İskelesi Andlaşmasıyla elde ettiği bâzı avantajları Avusturya'ya vermiştir (20). Ancak, Çar I. Nikola siyâsî emellerini gerçekleştirebilmek için İngiltere'yi Rus saflarına çekmenin mutlak surette gerekli olduğuna inanıyordu. Osmanlı İmparatorluğu'na son darbe indirildiği zaman ortaya çıkacak meseleler sâdece İngiltere'nin yardımıyla çözümlenebilirdi. Diğer taraftan İngiltere de Doğu Akdeniz'deki menfaatleri sebebiyle bir Rus Fransız yakınlaşmasını engellemek istiyordu.

1844 yılında İngiltere ve Fransa arasındaki siyâsî problemler daha da ağırlaşmış, Fransa'nın Afrika'da genişlemesi ve Mısır'daki etkisinin artması İngiltere'yi Rusya'ya yaklaştırmıştır. Sonuçta İngiltere ve Rusya Osmanlı İmparatorluğuna karşı izleyecekleri politika konusunda ortak bir memorandum yayınlamışlar, ardından Avusturyayı'da aralarına ala-

(17) KARAL, c. VI, s. 15.

(18) Hünkâr İskelesi Andlaşması Mısır'da Mehmet Ali bunalımının yarattığı şartlar sonucunda yeni destekler bulmak gayesi ile imzâlanmıştır. Andlaşmaya göre Osmanlı İmparatorluğu yardım isterse Rusya gerekli yardımı yapacak, ancak Rusya ile Batılı devletlerden birisi arasında savaş çıkarsa Osmanlı İmparatorluğu Çanakkale Boğazı'nı Ruslarla savaş içinde olan devletlere kapatacak, Rus gemileri ise boğazlardan sebestçe geçebileceklerdir.

(19) İngiltere ve Fransa, Rusya'nın Hünkâr İskelesi Andlaşması ile elde ettiği haklardan öylesine rahatsız olmuşlardır ki, derhal 1841 de Londra Boğazlar Sözleşmesi'ni yapmışlardır. Bu sözleşme ile boğazlar üzerinde Avrupalı büyük devletlerin (İngiltere, Fransa, Rusya, Avusturya, Prusya) toplu garantisi kabul edilmiştir. Boğazların kapalılığı ilkesi sâdece barış dönemi için geçerli olmuş, savaş durumundaysa Osmanlı İmparatorluğu'na istediği gibi tasarrufta bulunma hakkı tanınmıştır. DANİŞMEND İsmail Hâmi, İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, c. 4, İstanbul 1955, s. 131.

(20) SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 141.

rak gizli bir andlaşma yapmışlardır (21). Bu andlaşmaya göre, Osmanlı İmparatorluğu'nun parçalanması durumunda taraflar parçalanmanın Avrupa güç dengesini ve kendi güvenliklerini tehdit etmeyecek şekilde gerçekleşmesini sağlayacaklardır. Kısacası, Osmanlı İmparatorluğu parçalanmadan önce, bu işin nasıl olacağı, hangi siyâsî birimlerin kurulacağı konusunda taraflar önceden anlaşacaklardır (22).

Rusya, İngiltere ve Avusturya 1844'den 1850'lere kadar Osmanlı İmparatorluğuna karşı ortak politika izlerken, Fransa ilgisini daha çok Afrika ve Mısır'a yöneltmiştir. İzlediği dış politika İngiltere ile arasında bir dizi siyâsî problem yarattığı için de üçlü grubun dışında kalmıştır.

1853 yılına gelindiğinde ise ortaya çıkan yeni gelişmeler İngiltere ve Fransa'nın izledikleri politikanın temel çizgilerini değiştirmelerine sebep olmuş, bu durum Osmanlı İmparatorluğu ile ilişkilerini bambaşka bir kalıba dökmüştür.

2 — Ekonomik Meseleler

Ondokuzuncu yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nu ençok etkileyen ve parçalanma sürecini hızlandıran meselelerden birisi de ekonomik problemler olmuştur. Düzenli bir vergi sisteminin kurulamaması, para değerinin sâbit tutulamaması, isrâfın artması ve rüşvetin önlenememesi, kapitilasyonlar ve ticârî sözleşmelerle yabancı devletlere tanınan mâlî ayrıcalıkların bir çığ gibi büyümesi, devletin ciddi bir bütçe ortaya koyamaması ve bütün bu sebeplerin sonucunda dış borçlanmaya gidilmesi İmparatorluğun ekonomik ve mâlî çöküşünü hazırlamıştır (23).

Tanzimat Fermânı'nın ilânı ile iltizam usûlü kaldırılarak (24), devlet gelirlerinin merkezin daha sıkı denetimi altına alınmasına çalışılmıştır. Fakat bu konuda önceden ciddi bir hazırlık yapılmadığı için iki yıl sonra tekrar iltizam düzenine geri dönülmüştür. Böylelikle devlet gelirleri sağlıklı bir şekilde toplanamamış, mültezimler haksız kazanç sağlarken hazîne bomboş kalmıştır.

Paranın istikrarsızlığı Osmanlı mâliyesinin kronik hastalığı haline gelerek mâlî çöküşün temellerini hazırlamıştır. II. Mahmut devrinde

(21) KARAL, c. V, s. 227.
(22) SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 143.
(23) KARAL, c. VI, s. 203; SANDER, Siyasî Tarih, s. 210.
(24) Tanzimat Fermânı'nın ilânından sonra vergi usûlünde daha merkeziyetçi bir sistem benimsenerek mültezimlerin görevlerine son verilmiş, sancak ve kazâlara resim ve vergileri devlet adına toplamak üzere muhassıl ünvânı ile geniş yetkilere sâhip memurlar gönderilmiştir. KARAL, c. VI, s. 202.

«kaime adıyla çıkarılan kağıt paralar ki bunlar %8 faizli hazine bonosu şeklinde ve yüz kuruş değerinde idi, her türlü garantiden mahrum oldukları için kısa zamanda değerden düşmüşlerdir (25). 1840 da Bâb-ı Alî, Avrupalı devletlere başvurarak, bu devletlerin vatandaşlarını «kaimeleri para olarak kabûl etmeye» davet etmelerini istemişse de ilgili devletlerin desteğini sağlayamamıştır. 1842 yılında uzmanların tavsiyesine uyularak eski mâdeni paralardan bir kısmı tedâvülden kaldırılıp yerine Avrupa mâdeni paralarının benzeri olan mecîdiyeler çıkarılmıştır. Ayrıca yabancı paralar yasak edilmiş ve kambiyoda sâbitlik sağlanmaya çalışılmıştır (26). Ancak, kapitilâsyonların olumsuz tesirleri Avrupa'nın endüstri devrimi sonucunda ulaştığı seviye, buna karşılık Osmanlı sanayiînin gelişememesi, ithalât - ihrâcat dengesinin ithâlât lehine bozulması Osmanlı parasının değerini kaybetmesine sebep olmuştur.

1850'lere gelindiğinde artık mâlî çöküntü son derece tehlikeli boyutlara ulaşmıştır. Hazine bomboştur, tedâvüldeki para sürekli değer kaybetmekte, ciddi bir bütçe yapılamamakta, gelir ve giderleri dengede tutacak idârî usuller bir türlü uygulanamamaktadır. Sultan Abdülmecid dış borçlanma konusunda isteksizdir. Çünkü borç para karşılığında Avrupalı devletler Osmanlı İmparatorluğu'nu ağır müeyyideler altına sokmak istemektedirler. 1851 yılında ticâret açığından doğan borçların süresi dolduğunda iki aylık süre içinde 600.000 sterlinin Londra'ya transferi mecbûriyeti ortaya çıkınca mâliyede tehlike çanları çalmaya başlamış, 1852 sonlarına doğru Osmanlı Hükümeti özel temsilcisi kanalıyla geçici bir dış borç sözleşmesi imzâlamıştır (27). Sadrâzam Âlî Paşa'nın hükümdâra sözleşme hakkında bilgi vermeden parayı kullanmaya başlaması üzerine Sultan Abdülmecid, Paşa'yı görevinden azlederek, Mehmed Ali Paşa'yı sadârete getirmiş ve borç sözleşmesi feshedilmiştir.

Osmanlı İmparatorluğu, Osmanlı Hazinesinin boşaldığı ve Bâb-ı Alî'nin ya dış borç almak yâhud da ordularını maaşsız ve mâlzemesiz bırakmak tercihi karşısında kaldığı Kırım Savaşı'nın başlangıcında bile dış borç almamak konusunda direnmiştir. Fakat parasızlıktan savaşın yenilgi ile sonuçlanması ihtimâli üzerine 1854 yılında Batı'dan, yâni o andaki müttefiklerinden ilk borcu almak mecbûriyetinde kalmıştır. 1855 yılının yazında alınan ikinci borç karşılığında ise teminat gösterilmek zorunda

(25) ENGELHARDT, Tanzimat, (çeviren: DÜZ Ayla), İstanbul 1976, s. 54; SHAW Stanford J. - SHAW Ezel Kural, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, c. 2, İstanbul 1983, s. 131.

(26) ENGELHARDT, s. 54.

(27) SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 138. Bâb-ı Alî temsilcilerinin 1852 eylülünde imzaladıkları sözleşmeye göre 50.000.000 frank borç yirmiüç yıl içinde %6 faiz ile ödenecek ve 11.000.000 derhal teslim edilecektir.

kalınmış ve Mısır'ın vergi geliri ile İzmir ve Suriye Limanlarının gümrük geliri karşılık gösterilmiştir (28). Bütün bu şartlardan daha önemlisi ise İngiltere'nin büyükelçisi Canning aracılığıyla dış borçlanma karşılığında Osmanlı İmparatorluğu'nun gayrimüslim tebâya birtakım haklar tanımasını istemesidir (29). Osmanlı Hükümeti, böyle bir mükellefiyeti asla kabûl edemeyeceğini bildirdiyse de bundan bir yıl sonra 1856 da tamâmen gayrimüslim tebâya yönelik olan Islahat Fermânı'nı ilân etmiştir. Böylelikle Osmanlı târihinde mâlî zorluklar ve dış borçlanma karşılığında yabancı devletlerin doğrudan Osmanlı İmparatorluğu'nun içişlerine karışmaları sürecide başlamış, devletin gelir kaynakları dış borçlara tahsîs edilmiş, borçların faizleri bile yeni borçlar alınarak ödenmeye çalışılmıştır.

Aslında Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünün en önemli sebeplerinden olan mâlî buhrânın temelini çok derinlerde aramak gerekir. Bunlardan birincisi, ilk ve orta çağlarda doğuyu batıya bağlayan ticâret yolları üzerinde bulunan İmparatorluğun yeni çağ başlarında Güney Afrika Deniz Yolu'nun ve buharlı gemilerin keşfedilmesi sonucu deniz ticâretinin gelişmesi sebebiyle eski önemini kaybederek Avrupa ve Asya ticâretindeki hayâti fonksiyonunun son bulmasıdır (30). İkinci sebep, Avrupa'nın endüstri devrimini gerçekleştirip, fabrikalarda ucuz ve seri üretim yapmasına karşılık Osmanlı İmparatorluğu'nun benzer bir gelişmeyi yaşayamamasıdır. Kapitilâsyonların etkisiyle son derece düşük olan gümrük vergileri sebebiyle ülke âdeta Avrupa devletlerinin açık pazarı durumuna gelmiş, zâten cılız olan endüstrisi gelişemeden çökmüştür. 1838 yılında İngiltere ile imzâlanan Ticâret Sözleşmesi (31), Osmanlı İmparatorluğu'nun emekleme devresindeki endüstrisini Avrupa rekâbeti karşısında tamamen savunmasız bırakmıştır. Herşeyi dışardan ithâl etmek, karşılığında ise değerini günden güne kaybeden bir para ile hammadde ihraç etmek dış ticâret dengesini düzeltilemeyecek şekilde bozmuştur. Bütün bu faktörlere iç yapıdan gelen rüşvet, israf gibi bozukluklar eklenip dış borçlanma kaçınılmaz olunca durum, içinden çıkılamaz bir hâl alarak Islahat Fermânı'nın önemli dayanaklarından birini hazırlamıştır.

---

(28) KARAL, c. VI, s. 210, 211.

(29) SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 139.

(30) KARAL, c. VI, s. 215.

(31) Mısır meselesinde İngiltere'den görülen yardım üzerine imza'lanan Ticâret Sözleşmesi Tanzimat Fermânı'nın temellerinden birisidir. Bu sözleşme ile Osmanlı gümrük duvarları indirilmiş, İngiltere Akdeniz'de ticârî bakımdan üstün bir duruma geçmiş, böylelikle İngiltere'nin onaltıncı yüzyıldan beri Doğu pazarlarına yönelme politikası mutlu sona ulaşmış ve başarılı olmuştur. ORTAYLI İlber, Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1979, s. 262; MARDİN, s. 167.

3 — 1848 İhtilâllerinin Osmanlı İmparatorluğu Üzerindeki Etkileri - Ayaklanmalar ve Mülteciler Meselesi -

Çalışmamızın başında Islahat Fermânı öncesinde uluslararası ortamın değerlendirmesini yaparken üzerinde durduğumuz gibi 1830 ve 1848 İhtilâlleri sâdece Orta Avrupa'da kalmayıp, Doğu Avrupa ve Balkanlar'a kadar ulaşmıştır (32). Osmanlı İmparatorluğu sınırlarına gelip dayanan bu etkiler İmparatorluk için birtakım yeni problemler yaratmıştır. Fransız İhtilâli'nin en önemli fikrî akımlarından olan milliyetçilik (nasyonalizm) 1830 ve 1848 İhtilâlleri ile daha da güçlenerek nüfûz alanını genişletmiş, çok geçmeden Osmanlı İmparatorluğu üzerinde de etkileri hissedilmiştir. Özellikle hıristiyan tebâyı etkisi altına alan milliyetçilik akımı azınlıkların Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılma eğilimlerini güçlendirmiş, ilk örnek olarak 1830 yılında Yunanistan bağımsızlığını ilân etmiştir.

1848 yılında ihtilâller bütün Avrupa'yı kaynaşma içinde tuttuktan sonra İmparatorluğun bir eyâleti olan Romanya (Memleketeyn, Eflâk, Buğdan)'ya da ulaşmıştır. Önce Buğdan ardındanda Eflâk'ta patlak veren, liberal ve milliyetçi nitelik taşıyan ayaklanmalar Bâb-ı Alî tarafından bastırıldıysa da Avrupa'yı sarsan yeni fikirlerden tedirgin olan Rus Çarı I. Nikola Buğdan'a asker sevketmiş, bunun üzerine Osmanlı birlikleri de Eflâk'a girmişler ve iki devlet bir savaşın eşiğine kadar gelmişlerdir (33). Sonuçta Rusya'nın teklifi üzerine Osmanlı İmparatorluğu ile Rusya, Balta Limanı Andlaşmasını (34) yaparak meseleyi çözmüşlerdir.

1848 İhtilâllerinin Osmanlı İmparatorluğu üzerindeki bir diğer etkisi «mülteciler meselesi» olmuştur. 1830 ve 1848 İhtilâllerinin yaydığı fikirler sonucu Macarlar Avusturya hâkimiyetine karşı ayaklanarak bağımsızlıklarını ilân etmişler, Leh milliyetçileriyle birleşerek Macar - Leh ordusunu kurmuşlardır. Bunun üzerine Avusturya İmparatoru François - Joseph Rus çarından yardım istemiş ve general Pashinéwitch komutasındaki ikiyüzbin kişilik Rus ordusu Macaristan'a girip Macar ve Leh milliyetçilerini bozguna uğratmıştır (35). Bu gelişmelerden sonra Macar ve

(32) DANİŞMEND, s. 138.

(33) ÜÇOK, s. 110; DANİŞMEND, s. 138; ENGELHARDT, s. 63.

(34) Balta Limanı Andlaşması ile muhtemel bir Rus - Osmanlı Savaşı önlenmiş oluyordu. Bu Andlaşmaya göre Rusya, yedi yıllık bir süre için Eflâk-Buğdan'da Osmanlı İmparatorluğu ile eşit haklara sâhip olacak, düzen sağlanıncaya kadar her iki devlette Eflâk - Buğdan'da kuvvet bulunduracaklardı. Ayrıca her iki tarafın birer komiseri de Eflâk - Buğdan ile ilgili meseleleri halledeceklerdi. ÖZTUNA Yılmaz, Türkiye Tarihi, c. 11, İstanbul 1967, s. 199, 200; SHAW, s. 174, 175.

(35) ÖZTUNA, c. 11, s. 200; DANİŞMEND, s. 139; SHAW, s. 175; KARAL, c. 5, s. 218, 219.

Lehlerin bir kısmı Osmanlı topraklarına sığınmışlardır. Rusya ve Avusturya Osmanlı Hükümetine bir nota vererek derhal mültecilerin iadesini istemişlerse de Fransa ve İngiltere'nin de desteğini alan Bâb-ı Alî, teklifi şiddetle reddetmiştir. Rusya ile yeniden bir savaş ihtimâli belirdiyse de Fuat Paşa'nın Rusya ziyâreti sonucunda Çar isteklerinden vazgeçmiş, Macar mülteciler Anadolu'nun çeşitli bölgelerine yerleştirilirken, Leh mülteciler de Fransız ve Amerikan himayesi altına girmişlerdir (36).

Böylelikle Eflâk - Buğdan ve mülteciler meselesi sebebiyle bir savaşın eşiğine gelen Rusya ve Osmanlı İmparatorluğu problemlerini uzlaşarak halletmişlerdir. Ancak heriki tarafında tahammül gücünü zorlayan olaylar yeni bir bunalımın anlaşma ile çözümlenmesini imkânsız hâle getirmiştir. Nitekim, kısa bir süre sonra ortaya çıkan meseleler bardağı taşıran son damla olmuş, ardından Kırım Savaşı başlamıştır.

4 — Kırım Savaşının Sebepleri ve Sonuçları

a — Kutsal Yerler (Makaamât-ı Mübâreke) Tartışması

Kırım Savaşı'nı başlatan kıvılcım olan Filistin'deki Kutsal Yerler (37) konusundaki tartışma uzun süre küllenmiş olarak beklemiştir. Kudüs, her üç semâvî dinde de (Müslümanlık, Hıristiyanlık, Yahudilik) kutsal bir şehirdir. Ancak, 1853 yılındaki Kutsal Yerler tartışması katolik ve ortadoks mezhebi ile, bunların koruyucusu olarak geçinen Rusya ve Fransa arasında çıkmıştır. Ortadoksları Rusya, katolikleri ise Fransa desteklemektedir (38).

Makaamât-ı Mübâreke olarak kabûl edilen yerlerin anahtarlarının muhafazası, çeşitli hizmetlerinin îfâsı Kânûnî Devri'nde katoliklere bırakılmışken Osmanlı İmparatorluğu ile Fransa arasında ortaya çıkan birtakım ihtilâflar sebebiyle 1740 yılında bu ayrıcalıklar ortadokslara verilmiştir (39).

1850 yılına gelindiğinde Fransa, 1740 kapitilâsyonlarıyla katoliklerin ellerinden alınan hakların iadesine ve Kamame Kilisesi'nin tamirat hakkını isteyince Bâb-ı Alî meseleyi incelemek üzere bir komisyonun kurul-

(36) Mülteciler meselesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAL, c. V, s. 220 vd., ÖZTUNA, c. 11, s. 200, 201.

(37) Kutsal yer olarak kabûl edilen makamlar; Kamame Kilisesi, İsâ'nın Kabri, Meryem'in Türbesi, Beyt-ül Lâhim Kilisesi, Tahnül-Atik Alanı, Mağrat-ül Reate, Mağrat-ül Mehd, Hacer-i Muktesil'dir.

(38) DANİŞMEND, s. 141; ÖZTUNA Yılmaz, Başlangıcından Zamanımıza Kadar Türkiye Tarihi, c. 12, İstanbul 1967, s. 7.

(39) DANİŞMEND, s. 141.

masına karar vermiştir. Durumdan rahatsız olan Rus Çarı Sultan Abdülmecid'e bir mektup yazarak kutsal yerlerde statikonun korunmasını, yoksa harekete geçeceğini bildirmiştir. 1852 de komisyon kutsal yerlerin ortadoks ve katoliklerin müşterek malı olduğu karârına varınca Fransa, kararı kabûl etmekle birlikte, 1740 Andlaşması'ndan doğan haklarının saklı olduğunu açıklamıştır. Fransa'nın uzlaşmaya yatkın tutumuna karşılık, Rusya, meselenin üzerine inatla yürümüş ve Kudüs'te resmen okunacak bir fermanla ortadoksların haklarının bütün gelecek için tanınmasını istediği gibi, Küçük Kaynarca Andlaşmasına dayanarak Osmanlı İmparatorluğu'nda yaşayan bütün ortadokslar üzerinde koruma hakkı olduğunu da iddia etmiştir. Meselenin hâlledilmesi için de Mençikof'u olağanüstü elçi olarak İstanbul'a göndermiştir. Bâb-ı Alî, İngiltere ve Fransa'nın da desteğini alarak Rus isteklerini reddedince Rusya, Osmanlı İmparatorluğu ile siyâsî ilişkilerini kesmiş ve bir süre sonra da Rus ordularının Prut'u geçmesiyle Kırım Savaşı başlamıştır (40).

b — Kırım Savaşı Öncesinde Avrupalı Devletlerin Osmanlı İmparatorluğu Hakkındaki Düşünceleri

Çalışmamızın «Büyük Devletlerle İlişkiler» bölümünde ayrıntılı bir biçimde üzerinde durduğumuz gibi, 1844 yılında yaptıkları gizli bir sözleşme ile İngiltere ve Rusya, Osmanlı İmparatorluğu'na karşı ortak bir politika izlerken, İngiltere ile arasında ihtilâflar bulunan Fransa, bu ittifâkın dışında kalmıştır. 1853 yılına gelindiğinde ise uluslararası ortam ve şartlarda birtakım yeni gelişmeler olmuştur. 1850'lerin başlarında İngiltere ve Fransa arasındaki meselelerin tek tek çözüme bağlanması, buna karşılık, Rus - Fransız ilişkilerinin giderek bozulması (41), Rus Çarı I. Nikola'da Osmanlı İmparatorluğu'na karşı İngiltere ile ortak bir politika izleyemeyeceği endişesini doğurmuştur. Bu endişe, 1853 İlkbaharında Çar'ı İngiltere ile St. Petesburg'daki İngiliz büyükelçisi Sir Hamilton Seymour aracılığıyla Osmanlı mîrâsının barışçı bir şekilde paylaşılması konusunda gizli görüşmelere yöneltmiştir (42). Osmanlı İmparatorluğu için kullanılan «Avrupa'nın Hasta Adamı» deyimi, dünya çapındaki yaygın kullanımını işte bu Çar - Seymour görüşmelerine borçludur.

1853 de St. Petesburg Kış Sarayı'nda verilen bir baloda Çar I. Niko-

(40) Kutsal Yerler tartışmasıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇOK, s. 111, 112, 114, 115; KARAL, c. V, s. 229 - 235; SHAW, s. 176, 177; DANİŞMEND, s. 141, 143.

(41) Özellikle Kutsal Yerler tartışmasının ortaya çıkardığı gelişmeler Rus - Fransız ilişkilerinin gerginleşmesine yolaçmıştır.

(42) SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 143; KARAL, c. V, s. 227.

(43) KARAL, c. V, s. 228.

la, İngiliz elçisi Seymour'a yaklaşarak şöyle demiştir: «Kollarımız arasında hasta bir adam var. Çok hasta. Size açıkça söylemeliyim ki, gereken bütün tedbirleri almadan önce onu günün birinde kaybetmemiz büyük bir felâket olacaktır» (43). Çarın ifâde tarzından da kolayca anlaşılabileceği gibi Rusya, Osmanlı İmparatorluğu'nun uzun süre yaşayamayacağı görüşündedir. Bu sebeple herhangi bir parçalanma durumunun Avrupa'da karışıklık ve anarşiye yolaçmaması için İngiltere ve Rusya'nın aralarında önceden anlaşmaları gerekmektedir. Rusya, Osmanlı İmparatorluğu'nun Balkanlar'daki mîrasına konarken, Mısır ve Girit'de İngiltere'ye verilmelidir (44).

İngiltere ve Rusya arasında görüşmeler ceryan ederken Avrupa'nın bir diğer etkili gücü olan Fransa, Rusya'nın Osmanlı İmparatorluğu üzerinde kurmak istediği üstünlükten rahatsızlık duyarak bu konuda İngiltere ile ortak hareket etmek istemektedir. İngiltere'yi kendi saflarına çekmek için elindeki en önemli kozu oynamaktan da çekinmemektedir. Bu koz da Belçika'dır. 1853 Martında Fransa'nın Brüksel büyükelçisi Belçika Dışişleri Bakanı'na Rusya'nın Osmanlı İmparatorluğu'na karşı kesin üstünlük sağlaması hâlinde Fransa'nın Belçika'yı işgâl edebileceği tehdidinde bulunmuştur (45).

İşte bir yandan Fransa'nın tehdîdi diğer yandan da İngiliz kamuoyunda Rusya aleyhine uyanan tepkiler İngiltere'nin Rus tekliflerini reddetmesine yolaçmıştır. İngiliz Hükümeti'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun daha uzun yıllar varlığını koruyacağına inandığını ve İmparatorluğun yıkılmasını çabuklaştıracak anlaşmaları imzâ etmek istemediğini bildirmesiyle Osmanlı İmparatorluğu'nun paylaşılması ile ilgili başlatılmış olan gizli İngiliz - Rus görüşmeleri sona ermiştir (46). Bundan sonra Çar I. Nikola, hasta adamın mîrâsı hakkında tek başına tedbirler almaya girişmiş ve Kutsal Yerler tartışmasını bahane ederek Osmanlı - Rus Savaşını başlatmıştır.

c — Savaşın Başlaması, İngiltere ve Fransa'nın Osmanlı İmparatorluğu'nun Yanında Yer Almaları

Bâb ı Alî'nin, Rus ultimatomunu kabûl etmemesi ve Rusya'nın Osmanlı İmparatorluğu ile ilişkilerini kesmesinin akabinde Rus orduları Prut'u geçerek Eflâk ve Buğdan'a girmişlerdir. Osmanlı İmparatorluğu, İngiltere'nin tavsiyesi üzerine Rusya'ya hemen savaş açmamış, gelişme-

(44) ÜÇOK, s. 112; KARAL, c. V, s. 228.
(45) SANDER, Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, s. 144.
(46) ÜÇOK, s. 114.

leri bekleyerek sadece Rusya'yı protesto etmekle yetinmiştir (47). Bu arada İngiltere, Fransa, Avusturya, Prusya anlaşmazlığın çözümü için Viyana'da toplanarak bir nota (48) hazırlamışlardır. Çar Prusya'nın ısrarı üzerine notayı kabûl etmiş, ancak Osmanlı İmparatorluğu'nun da notada herhangi bir değişiklik yapmadan aynen kabûl etmesini istemiştir. Bâb-ı Alî, Viyâna notasını metinde bâzı değişiklikler yapılması şartıyla kabûl edebileceğini bildirince anlaşma sağlanamamıştır (49). Osmanlı İmparatorluğu'nun Eflâk ve Buğdan'ın boşaltılması konusunda verdiği ultimatomu Rusya reddedince toplanan meşveret, savaş açılmasına karar vermiş, 4 Ekim 1853'de savaş ilân edilmiştir (50).

Ömer Hilmi Paşa'nın komutasında Tuna'yı geçen Türk birlikleri başlangıçta Rus ordularına karşı üstünlük sağlamıştır. Fakat daha sonra Sinop Limanı'na sığınan Türk Donanması, Ruslar tarafından yokedilince İngiltere ve Fransa, İmparatorluğa aktif olarak destek sağlamayı uygun bulmuşlardır. Viyana'da toplanan büyük devletler Konferansında, ki bu Konferansa İngiltere, Fransa, Avusturya ve Prusya katılmıştır, Rusya'nın Eflâk ve Buğdan'ı derhal boşaltması, Osmanlı İmparatorluğu'nun toprak bütünlüğünün korunması, bunun karşılığında ise İmparatorluğun gayrimüslim tebâsının durumlarının düzeltilmesi ile ilgili tedbirlerin alınması kararlarına varılmıştır (51).

Çar, Viyana'da alınan kararları reddedince İngiltere ve Fransa Osmanlı İmparatorluğu ile askerî yardım andlaşması imzalayarak İmparatorluğun yanında savaşa girmişlerdir. Avusturya ve Prusya'nın başlangıçta tarafsız kalmayı tercih ettikleri Kırım Savaşında Piyamonte Krallığı da İtalyan millî birliğinin kurulması için İngiltere ve Fransa'nın destek ve sempatisini kazanmak amacıyla Osmanlı İmparatorluğu'nun yanında savaşa girmiştir.

---

(47) Rus Çarı I. Nikola Avrupa devletlerine gönderdiği beyannâmede amacının savaş olmadığını sadece Rusya'ya andlaşmalarla tanınmış olan haklara saygı duyulmasını temin etmek olduğunu açıklamıştır.

(48) Notaya göre, Bâb-ı Alî, Rusya'ya ortadokslar konusunda bir takım teminatlar verecekti. KARAL, c. V, s. 239.

(49) ÜÇOK, s. 115, 116; KARAL, c. V, s. 238 - 240.

(50) DANİŞMEND, s. 145, 146.

(51) Viyana Konferansı'nda alınan kararlara göre vatandaşlar kânun önünde eşit olacak, bütün Osmanlı tebâsı cins ve mezhep farkı gözetilmeksizin memur olabilecekler, mahkemelerde hıristiyanların da şahitliği geçerli sayılacak, karma mahkemeler kurulacak, hıristiyan tebânın ödediği haraç kaldırılacaktır. Kolaylıkla görülebileceği gibi, Viyana Konferansı'nda kabûl edilen ilkeler aynen 1856 da ilân edilen Islahat Fermânı'nda yeralmıştır.

Ruslar, Silistre'de Türklere yenilip Eflâk ve Buğdan'ı boşaltınca Osmanlılar'la anlaşan Avusturya bu bölgeyi işgâl etmiş, müttefikler de Kırım'a asker çıkararak Rusya'yı barışa zorlamak istemişlerdir. Ruslar'ın elinde bulunan Sivastopol'ün düşmesi ve Çar I. Nikola'nın ölüp, yerine II. Aleksandr'ın geçmesi üzerine yeni Rus Çar'ı barış istemiş ve Paris Barış Andlaşması ile Kırım Savaşı resmen sona ermiştir (52).

Burada ilginç olan nokta 1853'lerden itibâren Osmanlı İmparatorluğu'nda yaşayan gayrimüslimlerin durumlarının düzeltilmesi ile ilgili tavsiyelerin büyük devletler tarafından sürekli canlı tutulmasıdır. Kırım Savaşı başlamadan önce Viyana'da toplanan konferansta temel prensiplerden biri olarak kabûl edilen bu konu, savaş biterken Avusturya'nın Rusya'ya barış şartları konusunda verdiği ultimatomda da yeralmıştır (53). Bu da göstermektedir ki Avrupalı müttefikler Osmanlı İmparatorluğu'na gayrimüslimlerle ilgili düzenlemeleri kabûl ettirmekte kararlıdırlar. Bunu muhtemel bir barışın ana şartı olarak görmektedirler.

C — Islahat Fermânı'nı Hazırlayan Sebeplerin Değerlendirilmesi

1 — İngiltere Açısından Islahat Fermânı'nı Gerekli Kılan Sebepler

Islahat Fermânı'nın ilân edildiği ortam ve şartlar gözönüne alındığı takdirde kolaylıkla anlaşılabileceği gibi büyük devletlerin özellikle İngiltere ve Fransa'nın Fermân'ın hazırlanışında önemli etkileri olmuştur. İngiltere'nin Islahat Fermânı'nın ilânı konusunun üzerine ısrarla gitmesinin birtakım sebepleri vardır. Kısaca bu sebepleri değerlendirirsek şu noktaları tesbît edebiliriz :

İngiltere, 1798'den 1878'e kadar olan devrede Osmanlı İmparatorluğu'nun bağımsızlık ve toprak bütünlüğünü korumak politikasını izlemiş (54) ve İmparatorluk'la ikili ilişkilerini bu temel politika prensibi üzerinde şekillendirmiştir. İngiltere'yi böyle bir dış politika izlemeye iten faktörler birden fazladır. Ondokuzuncu yüzyıla büyük bir İmparatorluk olarak giren İngiltere'nin en geniş ve hayâti parçalarından birini 1756 - 1763 Yedi Yıl Savaşları sonunda Fransa'dan aldığı Hindistan teşkîl etmektedir. Ekonomik açıdan da büyük bir öneme sahip olan Hindistan'ın İngiltere ile bağlantısı Mısır, Akdeniz ve Cebelitârık Boğazı'ndan geç-

(52) Kırım Savaşı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTUNA, c. 12, s, 9 - 18; ÜÇOK, s. 116 - 120; KARAL, c. V, s. 240 - 246; DANİŞMEND, s. 146-162.

(53) Ultimatoma göre barışın tesis edilebilmesinin şartlarından birisi de İmparatorluğun hıristiyan tebâsının andlaşmalarla tanınmış olan haklarının yenilenmesidir. KARAL, c. V, s. 247.

(54) ARMAOĞLU, s. 44.

mektedir. «İmparatorluk Yolu» denilen bu hat 1792'lerde Rusya ve Avusturya'nın Osmanlı İmparatorluğu'nu yenilgiye uğratmaları ve Rusya'nın Boğazlara yerleşme girişiminden sonra ciddi bir tehdit karşısında kalmıştır (55). Böylelikle Osmanlı İmparatorluğu'nun amansız düşmanı olan Rusya, İngiltere açısından da büyük bir tehlike oluşturur hâle gelmiştir.

Hindistan dışında Akdeniz de İngiltere için büyük bir öneme sahiptir. Gerek Hindistan ve Doğu ticaret yollarının güvenliği gerekse Akdeniz'deki ticârî ve iktisâdî menfaatleri açısından başta Rusya olmak üzere iktisâdî bakımdan büyük bir gelişme içinde olan Fransa ve Avusturya İngiltere için tehdit teşkîl etmektedirler. Eskiden beri en büyük emeli sıcak denizlere ulaşmak olan Rusya'nın karşısında Osmanlı İmparatorluğu'nun varlığının devamı Rusların Akdeniz'e inmesini önlemekte ciddi bir engel teşkîl etmekteydi (56). Rusya dışında Fransa ve Avusturya da Akdeniz'e yayılmak ve yerleşmek arzusunda idi. Bu arzularsa ancak Osmanlı İmparatorluğu'nun zararına ve Akdeniz dengesinin İngiltere aleyhine değişmesiyle gerçekleşebilirdi. Kısacası tehlike ve düşmanlar ortakdı.

İşte İngiltere, bir yandan sömürge imparatorluğunun güvenliği diğer taraftan da Akdeniz'deki menfaatlerinin devamı açısından herhangi bir Avrupa devletinin Avrupa'ya tahakküm ederek Avrupa dengesini bozmasını istemiyordu. Avrupa'nın siyâsî statüsündeki değişiklik bir tek devletin tek yanlı irâdesiyle değil, ancak «Avrupa Uyumu» içinde diplomasi yoluyla yapılmalıydı (57). Osmanlı İmparatorluğu'nun parçalanması Avrupa uyumunu bozacağından İngiltere, şiddetle İmparatorluğun toprak bütünlüğünü savunmaktaydı.

Yukarıda sayılan politik sebeplerin yanısıra ekonomik faktörler de İngiltere'nin Osmanlı İmparatorluğu saflarında yeralmasını zarûri kılıyordu. 1838 Ticâret Sözleşmesi ile İngiltere ve Osmanlı İmparatorluğu arasındaki ticâri ilişkilerin çapı genişlemişti. Osmanlı Ülkesi, İngiltere için hem iyi bir pazar hem de tükenmez bir hammadde kaynağı idi. Üstelik çeşitli imtiyaz ve muafiyetler elde eden İngiliz sermayesi Osmanlı topraklarına yerleşmeye başlamıştı (58).

Osmanlı İmparatorluğu'nun toprak bütünlüğünün korunması politikasını benimseyen İngiltere'ye göre, İmparatorluğun varlığını sürdürebilmesi için ilân edilecek bir ferman çerçevesinde ıslahat yapılması, gayri-

(55) ARMAOĞLU, s. 44.
(56) KARAL, c. VI, s. 16.
(57) SANDER, Siyasi Tarih, s. 219, 220.
(58) SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1979, s. 24, 25; KARAL, c. VI, s. 17.

müslimlere yeni hak ve imtiyazlar verilmesi mecbûrî ve faydalıdır. Aksi takdirde Rusya ortadoksları, diğer yandan da Fransa katolikleri himâye etmek bahanesi ile Osmanlı İmparatorluğu'nun içişlerine karışacaklardır. Böyle bir durumda ise hem İmparatorluğun parçalanma süreci hızlanacak hem de her geçen gün daha fazla hak ve imtiyazlar elde eden Rusya ile Fransa Osmanlı İmparatorluğu'nun dış politikasına da kendi istekleri doğrultusunda yön vermeye başlayacaklar ve İngiltere'nin menfaatleri büyük bir tehdit altına girecektir.

Yine, gayrimüslim tebâ ile ilgili yeni düzenlemelerin yapılmaması milliyetçilik gibi fikir akımları ve yabancı devletlerin müdahaleleri sonucu her an harekete geçmeye hazır olan gayrimüslimlerin huzursuzluğunu artıracaktır. Bu grupların girişecekleri muhtemel hareketler ise İmparatorluğun kısa sürede parçalanmasına yolaçacaktır.

Islahat Fermânı'nın ilânını kaçınılmaz gören İngiltere'nin böyle bir ıslahatın şartları ya da uygulanması konusunda resmî bir tezi olmamış, konu İstanbul'daki İngiliz elçilerinin ehliyet ve dirâyetlerine bırakılmıştır.

2 — Fransa, Rusya, Avusturya Açısından Islahat Fermânı'nı Gerekli Kılan Sebepler

Islahat Fermânı öncesinde Avrupa'nın güç dengesini lehine çevirip, üstünlük sağlamak mücâdelesi veren Fransa da en az İngiltere kadar Osmanlı İmparatorluğu ile yakından ilgilenmiştir. Atlantik ötesindeki sömürgelerini İngiltere'ye kaptırdıktan sonra Akdeniz'de büyük bir sömürge İmparatorluğu kurmayı dış politikasının ana hedefi hâline getiren Fransa, 1798 Mısır başarısızlığının ardından 1830 da Cezâyir'i ele geçirmiştir. Bir taraftan Avrupa'da hâkim güç olmak diğer taraftan da sömürge İmparatorluğu'nu genişletebilmek için Avrupa'ya tahakküm etmeye çalışan diğer devletleri tabiî rakip olarak gören Fransa, İngiltere, Avusturya ve Rusya'ya karşı Osmanlı İmparatorluğu'nu müttefik olarak saflarına çekmeyi arzulamış ve Avrupalılaşma çabaları içinde olan İmparatorluğun Fransa'yı örnek almasını empoze etmiştir (59).

Siyâsî menfaatlerin yanısıra ekonomik menfaatlerin mevcûdiyeti de Fransa'yı Osmanlı İmparatorluğu'nu bir ıslahat programına iknâ etmeye itmiştir. Kapütilâsyonlar ve ticaret andlaşmalarıyla elde ettikleri imtiyazlar sonucu 1839'dan sonra Osmanlı - Fransız ticaret ilişkilerinin hacmi genişlemiştir. Siyâsî ve ekonomik menfaatlerinin aynı noktada birleşmesi Fransa'yı tıpkı İngiltere'ninki gibi bir politika izlemeye itmiş ve Fransa

(59) KARAL, c. VI, s. 18; BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, Ankara 1973, s. 191.

da Osmanlı İmparatorluğu'nun toprak bütünlüğünü korumayı değişmez bir dış politika olarak kabûl etmiştir. Hıristiyan ve müslüman tebânın arasında hukûkî ve siyâsî eşitliğin sağlanmasıyla İmparatorluğun kuvvet kazanacağı görüşünde olan Fransa, siyâsî menfaatleriyle Fransız idealizmini ustalıkla birleştirerek, merkezî bir idâre ve ittihad-ı anasır şeklinde formüle ettiği ıslahat programını Osmanlı Hükûmetine benimsetmek için mücâdele etmiştir (60). Fransa'yı Islahat Fermânı misyonunun baş destekleyicilerinden olmaya iten mânevî bir faktörün mevcûdiyetinden de sözedilebilir, ki bu faktör de dindir. Avrupa hâkimiyetini ele geçirmeyi hedefleyen ve katoliklerin hâmisi rolüne büyük bir istekle sarılan Fransa tabiîdir ki, İmparatorluk'taki katoliklerin imtiyazlarının genişletilmesi yolunda da büyük çabalar harcayacaktır.

Muhtelif tesirlerin baskısı altında bir ıslahat programını kaçınılmaz gören Fransa, Osmanlı İmparatorluğu'nun kendi hâline bırakılmasının doğru olmayacağı, Osmanlı Hükûmetinin teşvik, tehdit ve hattâ tazyik edilmesi gerektiği inancındadır; bu yolda da gerekli girişimleri yapmıştır.

Her ne kadar Kırım Savaşı aleyhine sonuçlanmış olsa dahi Avrupa'da büyük bir güce sâhip olan ve Osmanlı İmparatorluğu için ciddi bir tehlike teşkîl eden Rusya da Islahat Fermânı'nın ilân edilmesinden yanadır. Osmanlı İmparatorluğu'nu tasviye etmek politikasını Kırım Savaşı'nın sona ermesinden sonra da büyük bir istekle muhafaza eden Rusya, sâdece taktik değiştirmiştir. Bir süre için toprak almak politikasından vazgeçerek, Osmanlı Toprakları üzerinde muhtar ve bağımsız devletler kurulmasını sağlamak ve bu devletleri himayesi altına almak politikasını benimsemiştir. Bunun için de Islahat Fermânı'nın ilânını desteklemektedir. Zîra, böylelikle hem Osmanlı İmparatorluğu'nun içişlerine karışmak imkânı artacak hem de gayrimüslim tebânın İmparatorluktan kopması kolaylaşacaktır (61).

Devrin etkili devletlerinden olan Avusturya da Islahat Fermânı'nın ilân edilmesinden yanadır. Orta Avrupa'da târihî ve siyâsî mevkiini muhafaza edebilmek için Osmanlı İmparatorluğu'nun Rusya tarafından tasfiye edilmesi veya Avrupa devletleri arasında paylaşılması ihtimâlinden

(60) KARAL, c. VI, s. 18.

(61) DAVİSON Roderic H., Reform in the Ottoman Empire, Gordian Press, New York 1973, s. 150 vd. Rusya aslında, cins ve mezhep farkı gözetilmeksizin kânunlar önünde eşitlik sağlanması prensibine karşıydı. Çünkü bu prensip uygulanabilirse Osmanlı İmparatorluğu kuvvetlenebilirdi. Oysa cemaatlerin imtiyaz ve muafiyetleri gözönünde tutulmak sûretiyle milliyet esâsına göre bir teşkilâtlanma sağlanabilirse Rusya'nın hedefleri gerçekleşebilir ve İmparatorluk parçalanabilirdi.

rahatsızlık duyan Avusturya, İmparatorluğun mevcûdiyetini muhafaza etmesini istemektedir. İmparatorluğun ömrünün uzaması için de bir ıslahat yapılması gerekmektedir. Ancak bu ıslahat Batılı müesseseler gözönüne alınarak değil, Türklerin kendi gelenek, görenek ve dinî kuralları çerçevesinde yapılmalıdır (62).

Görüldüğü üzere Avrupa siyâseti üzerinde söz sâhibi olan bütün devletler, Osmanlı İmparatorluğu'nda bir ıslahat yapılması fikrinde ve îcâbında baskı yaparak Osmanlı İmparatorluğu'nu bu hususta iknâ etmek gâyesindedirler.

3 — Osmanlı İmparatorluğu Açısından Islahat Fermânı'nı Gerekli Kılan Sebepler

Osmanlı İmparatorluğu, Islahat Fermânı'nı her ne kadar büyük devletlerin yoğun baskıları sonucunda ilân etmişse de, İmparatorluğu böyle bir ıslahat programını uygulamaya iten sebepleri sâdece bu faktöre bağlamak doğru olmaz. Osmanlı İmparatorluğu açısından Islahat Fermânının ilânını kaçınılmaz kılan siyâsî ve ekonomik sebepler vardır.

Siyâsî sebepler üç ana başlık altında özetlenebilir :

i. Sivastopol'ün düşmesiyle Rusya mağlubiyeti kabûl etmiş ve barış istemiştir. Osmanlı İmparatorluğu kazanan taraf olmasına rağmen tek başına görüşme masasına oturacak durumda değildir. Bir barış andlaşmasının imzalanabilmesi için İngiltere ve Fransa'nın desteğine ihtiyacı vardır. Müttefikleri ise barışın önşartı olarak Osmanlı İmparatorluğu'nun gayrimüslim tebâsının durumunun yeniden düzenlenmesi konusunu ileri sürmektedirler. Savaşın galipleri arasında bulunan İmparatorluk âdeta mağlub muamelesi görmektedir. 1853'den beri canlı tutulan konu Avusturya'nın, savaşın sona ermesi konusunda Rusya'ya verdiği memorandumla yeniden teyid edilmiş ve Osmanlı İmparatorluğu'na bir seçim hakkı tanınmamıştır (63). Diğer taraftan İmparatorluk için hâla büyük bir tehdit unsuru olan Rusya karşısında karşı dengeler arayışı içinde olan Bâb-ı Alî, kaçınılmaz olarak Osmanlı Toprak bütünlüğünün garantisi olarak gördüğü İngiltere ve Fransa'ya sığınmıştır.

ii. Avrupa'nın hasta adamı olarak kabûl edilen Osmanlı İmparatorluğu, toprak bütünlüğünü korumak için yeni destekler bulmak ve bir Avrupa devleti olarak kabul görmek istemektedir. Bunun için «Avrupa Uyu-

(62) BERKES, s. 191, 192.

(63) OKANDAN Recai Galip, Amme Hukukumuzun Anahatları, Türkiye'nin Siyâsî Gelişmesi, İstanbul 1977, s. 73.

mu» içinde yer almak en büyük gâyesidir. Islahat Fermânı ise Avrupa Uyumunun kapılarını açacak altın bir anahtardır (64).

iii. Osmanlı devlet adamları, Avrupalı devletlerin gayrimüslim tebaayla ilgili bir ıslahat programını uygulamakta kararlı olduklarını anlamışlardır. Kısacası her durumda Islahat Fermânı ilân edilecektir. Bâb-ı Alî'nin görüşüne göre böyle bir ferman, gayrimüslimleri müslimlere eşit hâle getireceği için, yabancı devletleri katolik ya da ortadoksları himâye bahânesiyle Osmanlı İmparatorluğu'nun içişlerine müdahaleden alıkoyacaktır. Ayrıca Fermân'ın bir diğer fonksiyonu da ortak menfaatler yaratılarak bir «Osmanlılık İdeolojisi»nin doğması için olumlu zemin hazırlanıp, böylelikle milliyetçilik akımlarının olumsuz tesirlerinin en aza indirilerek, azınlıkların İmparatorluğa sadâkatlerinin temin edilebilecek olmasıdır.

Ekonomik açıdan da konu ele alınacak olursa, Islahat Fermânı'nın ilânı önemli bir mecbûriyet olarak ortaya çıkmaktadır. Osmanlı Mâliyesi uzun süreden beri iflâsın eşiğindedir. Savaş ekonomik meseleleri daha da ağırlaştırmış, çok büyük boyutlarda dış borçlanmaya gidilmiştir. Bu borçların ödenebilmesi ve yeni dış mâlî destekler sağlanabilmesinin yolu da Islahat Fermânı'ndan geçmektedir.

İngiltere, Fransa, Avusturya ve Rusya'nın baskılarına Osmanlı İmparatorluğu'nun siyâsî ve ekonomik meseleleri de eklenince Fermân'ın ilânı şart olmuş ve Islahat Fermânı 18 Şubat 1856 da ilân edilmiştir.

III — ISLAHAT FERMANI

A — Islahat Fermânı'nın İlân Edilmesi ve Paris Barış Andlaşması

İngiltere, Fransa, Avusturya gibi devletlerin yoğun tavsiyeleri; hattâ tavsiyeden de öte baskıları, ağır siyâsî ve ekonomik meseleler altında ezilen İmparatorluğu zorunlu olarak Islahat Fermânı'nı ilân etmeye itmiştir. Sultan Abdülmecid, Paris Kongresi'ne katılan Avrupalı devletlerin barış andlaşmasına gayrimüslim tebâ hakkında bir madde koydurmalarını önlemek ve Kongre öncesi ilgili devletlerin sevgi ve sempatilerini kazanmak gâyesiyle Sadrâzamı Mehmed Emin Âlî Paşa'ya hitâben yazılmış olan Islahat Fermânı'nı 18 Şubat 1856 da ilân etmiştir (65). Böy-

(64) LEWİS Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, (çeviren: KIRATLI Metin), Ankara 1984, s. 116.

(65) ABADAN Yavuz - SAVCI Bahri, Türkiye'de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış, Ankara 1959, s. 30; OKANDAN, s. 73.

lelikle Islahat Fermânı Paris Barış Andlaşmasından önce yayınlanmak sûretiyle Osmanlı İmparatorluğu'nun bu işi tamamen kendi isteği ile yaptığı görünümü verilmeye çalışılmıştır.

Kırım Savaşı'nı resmen sona erdiren Paris Barış Andlaşması'nın dokuzuncu maddesinde de Islahat Fermânı'ndan bahsolunarak, Fermân'ın diğer devletlere tebliğ edilmiş olmasının, bu devletlere Osmanlı İmparatorluğu'nun içişlerine bir müdahale hakkı bahşetmediği kesin bir dille ifâde edilmiştir. Fakat ne yazık ki, dokuzuncu madde hiçbir zaman uygulama alanı bulamamış, Islahat Fermânı yabancı devletlerin Osmanlı İmparatorluğu'nun içişlerine neredeyse müdahalesini meşrulaştıran hukûkî bir belge hâline gelmiş ve gayrimüslim unsurların bağımsızlıklarını kazanmaları konusundaki gayretlerini daha da kolaylaştırmıştır (66).

B — Islahat Fermânı'nın Hükümleri

1856 Islahat Fermânı'nın hükümleri esas itibariyle bu İmparatorluğun gayrimüslim tebâsına yöneliktir. Yirmi ana noktada müslimlerle eşitlik sağlamak hedefi güdülmüştür. Hatt-ı Hümâyun'un başlıca esasları şunlardır (67) :

i. Din ve mezhep farkı gözetilmeksizin bütün tebâya önceki ıslahat fermanlarıyla vaad ve ihsân olunan can, mal ve nâmus emniyeti bir kez daha teyid edilmektedir.

ii. Müslim ve gayrimüslim bütün tebâya verilmiş olan dinî imtiyazlar ve muafiyetler tanınıp korunacak, gayrimüslimlere ait bu hakların kontrolü için patrikler kayd-ı hayat şartıyla hizmet görecekler, din adamlarına maaş tahsîs edilecek, buna karşılık cemaatlerinden aylık alamayacaklar, müslüman olmayan tebânın kendilerine ait işlerine seçilmiş üyelerden kurulacak bir meclis bakacak, her mezhebe mensûb olanlar ayinlerini serbestçe yapabileceklerdir.

(66) ABADAN - SAVCI, s. 31, 32; DANİŞMEND, s. 176. Âlî Paşa'nın gayretleriyle Barış Andlaşması'na eklenen bu madde, Osmanlı İmparatorluğu'nu hukûkî bağımsızlığını kaybetmekten kurtarmıştır. Çünkü, âkid devlet temsilcileri, 1856 Hatt-ı Hümâyunu'nun «resmen senet ittihaz edilmesi» talebinde bulunmuşlardır. Eğer böyle bir hüküm kabûl edilmiş olsaydı, Osmanlı İmparatorluğu'nun siyâsî statüsü devletlerarası bir andlaşma ile tâyin ve tesbît edilmiş ve bu statünün devam ve mer'iyeti tamamen andlaşmanın devam ve mer'iyetine bağlanmış bulunacaktı.

(67) ONULDURAN Ersin, Political Development and Political Parties in Turkey, Ankara 1974, s. 31, 32; ARSEL İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1962, s. 19; ARSEL İlhan, Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına, Ankara, 1975, s. 24, 25; ABADAN - SAVCI, s. 30, 31; OKANDAN, s. 74.

iii. Irk, din, dil bakımından birbirinden ayrı olan tebânın biri diğerinden aşağı tutulmayacak, onur kırıcı tâbirler kullanılmayacak, kimse din ve mezhebini değiştirmeye zorlanmayacak, devlet memuriyetleri bütün tebâya açık olacak, bütün tebâ askerî ve sivil devlet okullarına kabûl edilecek, devletçe kurulacak karma bir maarif meclisi tarafından kontrol edilmek şartıyla her cemaat okul açabilecektir.

iv. Vergiler devlet tarafından ve eşitlik, adâlet esâsına göre toplanacaktır.

v. Mahkemeler açık usûle göre görülecek, dâvâların süratle sonuçlandırılması için gereken tedbirler alınacak, kimse keyfî olarak tutuklanamayacak, hapse atılamayacak, eziyet ve işkence kalkacak, gayrimüslim unsurlar arasındaki dâvâlar kendi din adamları tarafından görülecektir.

vi. Bütün tebâ askerlikle mükellef kılınacak, ancak şahsî, nakdî bedel kabûl edilecektir.

vii. Rüşvet, ihtilas ve irtikâbın önlenmesi için şiddetli kânun hükümleri konulacaktır.

viii. Mâlî işlerin düzenlenmesi, servet kaynaklarının ıslâhı, ticârî ve zıraî faaliyetin gelişmesi için Batı'nın bilgi, teknik ve sermâyesinden faydalanılacaktır.

Hükümlerinden de anlaşılacağı üzere Islahat Fermânı Avrupalı devletlerin uzun süreden beri Osmanlı İmparatorluğu'na empoze etmeye çalıştıkları gayrimüslim tebâ ile ilgili önemli hak ve ayrıcalıkları ihtiva etmektedir. Ferman âdeta dış güçlerce dikte ettirilmiştir. Böylelikle Avrupalı devletlere göre Osmanlı baskısı altında ezilen gayrimüslim tebâ hürriyete ve temel insan haklarına kavuşmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nun toprak bütünlüğünü korumayı dış siyâsetlerinin ana prensibi olarak kabûl eden İngiltere ve Fransa, Osmanlı İmparatorluğu ile müttefik oldukları Kırım Savaşı'nda dahi savunmaktan geri kalmadıkları ıslahat programını gerçekleştirmişler ve dış politika hedeflerine tezat bir şekilde İmparatorluğun parçalanmasına dâvetiye çıkarmışlardır.

IV — SONUÇ

18 Şubat 1856 da özellikle müslüman olmayan tebânın haklarını korumak ve artırmak düşüncesiyle ilân edilen Islahat Fermânı, yabancı devletlerin uzun yıllar süren baskıları ve çabaları sonucu Bâb-ı Alî'nin kabûl etmek zorunda kaldığı bir ıslahat programıdır. Osmanlı İmparator-

luğu Paris Konferansı öncesi bu Fermânı kendiliğinden îlân ettiğini dünyaya açıklamakla hükümranlık haklarını yanlızca şekil yönünden kurtarmıştır. Gerçekte ise Osmanlı İmparatorluğu'nun hıristiyan tebâsının refâhını düşünmek ve bu hususta gereken kararları almak Avrupalı büyük devletlerin eline geçmiştir. Bu Fermâna dayanarak büyük devletler, 1856 - 1876 yılları arasında Osmanlı İmparatorluğu'nun içişlerine daha çok karışmaya başlamışlardır. Eflâk ve Buğdan'ın birleşmesi, Sırbistan'a verilen imtiyazların artırılması bunun tipik örnekleridir.

1856 Islahat Fermânı da sonuç itîbariyle daha önceki Hatt-ı Hümâyunlar'ın akıbetine uğramıştır. Çeşitli sebep ve faktörlerin etkisi altında memleketin sosyal siyâsî ve hukûkî çehresinde değişiklik yapılamamış, girişilen reform teşebbüslerinden kesin ve olumlu sonuçlar elde edilememiştir. Bunun dışında Ferman, Osmanlı Toplumu'ndaki hiçbir kesimi memnûn edememiş, Fermâna karşı büyük bir direniş ortaya çıkmıştır. İlginç olan nokta, Fermân'ın yeni haklar ve imtiyazlar tanıdığı gayrimüslimlerin de Islahat Fermânı'na tepki göstermiş olmalarıdır. Özellikle cemaatleri üzerindeki siyâsî otoriteleri ellerinden alınan din adamları en sert tepkiyi göstermişler ve bu tepki gayrimüslim tebâya da sirâyet etmiştir. Diğer taraftan müslüman halk da gayrimüslim unsurlara verilen hakları hazmedememiştir. Bunun sonucunda yönetime karşı muhalif bir akım doğmaya başlamış, yavaş yavaş organize olan muhalefet ilk olarak Kuleli Vak'ası'nda kendisini göstermiştir. İlerleyen yıllarda Islahat Fermânı'nın yarattığı tepkilerle ortaya çıkan muhalefet ilk başarısını II. Meşrûtiyet'in ilânı ile kazanmıştır.

FAYDALANILAN ESERLER

ABADAN Yavuz - SAVCI Bahri: Türkiye'de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış, Ankara 1959.

AKÇURA Yusuf: Zamanımız Evropa Siyasi Tarihi, Ankara 1930.

ARMAOĞLU Fahir : 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1914 - 1980), Ankara 1983.

ARSEL İlhan: Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına, Ankara 1975.

ARSEL İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1962.

BERKES Niyazi: Türkiye'de Çağdaşlaşma, Ankara 1973.

DANİŞMEND İsmail Hâmi: İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, c. 4, İstanbu 1955.

DAVİSON Roderic H. : Reform in the Ottoman Empire, New York 1973.

ENGELHARDT : Tanzimat (çeviren: DÜZ Ayla), İstanbul 1976.

İĞDEMİR Uluğ : Kuleli Vak'ası Hakkında Bir Araştırma, Ankara 1937.

KARAL Enver Ziya : Osmanlı Tarihi Nizam-ı Cedid ve Tanzimat Devirleri (1789 - 1856), c. V, Ankara 1947.

KARAL Enver Ziya : Osmanlı Tarihi Islahat Fermânı Devri (1856 - 1861), c. VI, Ankara 1976.

LEWİS Bernard : Modern Türkiye'nin Doğuşu, (çeviren: KIRATLI Metin), Ankara 1984.

MARDİN Şerif : The Genesis of Young Ottoman Thought, A Study in the Modernization of Turkish Political İdeas, Princeton 1962.

OKANDAN Recai Galip : Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi, İstanbul 1977.

ONULDURAN Ersin : Political Development and Political Parties in Turkey, Ankara 1974.

ORTAYLI İlber : Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1979.

ÖZTUNA Yılmaz : Başlangıcından Zamanımıza Kadar Türkiye Tarihi, c. 11, İstanbul 1967.

ÖZTUNA Yılmaz : Başlangıcından Zamanımıza Kadar Türkiye Tarihi, c. 12, İstanbul 1967.

SANDER Oral : Anka'nın Yükselişi ve Düşüşü, Osmanlı Diplomasi Tarihi Üzerine Bir Deneme, Ankara 1987.

SANDER Oral : Siyasi Tarih, teksir, Ankara 1984.

SHAW Stanford J. - SHAW Ezel Kural : Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, c. 2, İstanbul 1983.

SOYSAL Mümtaz : 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1979.

ÜÇOK Coşkun : Siyasal Tarih (1789 - 1960), Ankara 1980.

ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI VE ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ VE BU İLKENİN ANAYASADA YER ALMASININ HUKUKÎ SONUÇLARI (ANAYASA m. 11)

Yavuz ATAR (*)

G İ R İ Ş

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi özellikle Türk Anayasasının 11. maddesindeki düzenleme tarzı ile klasik dar anlamından kurtulup daha fonksiyonel bir niteliğe kavuşmuştur.

Biz bu incelememizde Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin, Türk Anayasalarına ilk defa 1961 Anayasası ile giren ve 1982 Anayasası ile de teyid edilen «Anayasanın yasama, yürütme ve yargı organları ile kişileri bağlaması» şeklinde ifade edilen yönünü, özellikle özel hukukun anayasal ilkeleri ve kişilerarası ilişkiler açısından ele alacağız. Bunun için Türk Anayasalarının, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini nasıl düzenlediğine, bu ilkenin işlevsel olarak neyi amaçladığına ve diğer hukuk sistemlerinde bu ilkenin nasıl anlaşılıp, ne şekilde düzenlendiğine kısaca bakmak gerekir. Daha sonra ise sırasıyla Anayasanın 11. maddesinin düzenlemesi paralelinde, anayasanın yasama, yürütme organlarını bağlaması ve anayasanın kişilerarası ilişkilere uygulanması ele alınacaktır. İncelememizde gerek kavram belirlemesi yaparken, gerekse diğer anayasaları incelerken konuya, daha çok sözü edilen esas amacımız açısından yaklaşacağız.

1. KAVRAMLAR VE POZİTİF DÜZENLEMELER

I. GENEL OLARAK

Anayasalar bir toplumun ana kuruluşu ile ilgilidir. İnsan hak ve hürriyetlerinin tanınması ve güvence altına alınması, devletin ve siyasî iktidarın statüsünün belirlenmesi anayasaların konusudur. İşte anayasalar

---

(*) S. Ü., Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

bir hukuk sistemindeki bu önemlerinden dolayıdır ki maddî ve şeklî bakımdan üstündürler. Yani iç hukuk düzenini meydana getiren hukuk kuralları hiyerarşisinde en üstte yer almakta ve alelâde kanunlardan farklı usul ve şekillere uyularak yapılıp değiştirilebilmektedirler. Bu nedenle, kanun yapma şeklindeki yasama tasarrufları da dahil olmak üzere, kişiler ve devlet tarafından yapılan ve hukuk düzenini ilgilendiren her çeşit karar ve işlemlerin anayasaya uygun olması gerekir (1).

Bir hukuk sisteminde normlar arasında genel ve soyuttan, özel ve somuta giden bir hiyerarşinin varlığı çoğu kez görülmektedir. Başka bir deyişle yazılı ve yazısız anayasa, onun gerisindeki ilkeler «temel norm» sayılırsa, kanunlar yürürlüğünü anayasadan, tüzükler yürürlüğünü kanundan, yönetmelikler yürürlüğünü tüzükten almaktadırlar. Hiyerarşinin tabanında ise somut ve özel olaylarla ilgili mahkeme kararları ve idarî uygulamalar görülebilir (2).

Klasik anlamda anayasanın üstünlüğü ilkesi zorunlu olarak anayasanın bağlayıcılığı özelliğini de taşımaktadır. Ancak klasik anlamda anayasanın üstünlüğü sadece yasama organı bakımından bağlayıcılık anlamını taşır. Modern telakkilerle son zamanlarda, yasama organından başka kimlerin anayasa ile bağlı olduğu, anayasanın üstünlüğünün bir uzantısı ve tamamlayıcısı olarak «anayasanın bağlayıcılığı» deyimiyle çıkça belirtilmektedir. Bu gelişmenin en iyi örneği Türk Anayasası ve kısmen Alman Anayasasıdır. Böylece anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü adı verilen ve anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu (AY. m. 11/1) şeklinde ifade edilen temel ilke daha geniş anlamıyla ortaya çıkmıştır (3).

Anayasanın 11. maddesi, «Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve

(1) Kubalı, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler, İstanbul 1971, s. 95, 107.

(2) Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s. 34.

(3) Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kavramı için bkz.: Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 19 - 20; Kubalı, s. 95; Ocakçıoğlu, İsmet, Kurallar Zinciri Düzeni İle İlgili Bazı Sorunlar, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 507; Dal, Kemal, Türk Esas Teşkilat Hukuku, Ankara 1984, s. 147; Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 194; Arsel, İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Temel Esasları, Ankara 1965, s. 151; Özçelik, Selçuk, Anayasa Hukuku I (Umûmî Esaslar), İstanbul 1984, s. 174; Tanilli, Server, Devlet ve Demokrasi, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1985, s. 122; Öztürk, Kazım, T.C. Anayasası, Cilt II, 8. maddenin gerekçesi, s. 1159; Tikveş, Özkan, T. C. Anayasası Şerhi ve Uygulaması, İstanbul 1969, s. 44; Başgil, Ali Fuad, Teşkilat Kanununun Üstünlüğü Prensibi, İstanbul 1941.

yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır (f. 1). Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz (f. 2)», demektedir. Bunun yanında Anayasanın 138. maddesine göre de, «Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.» Bu düzenlemelerden Anayasanın doğrudan doğruya dikkate alınmasının zorunlu olduğu ve hâkimlerin uyuşmazlıkların çözümünde Anayasa kurallarına başvurabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Anayasanın bu iki düzenlemesi birbirini tamamlamakta ve anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin sonuçlarını da açıkça hükme bağlamaktadır.

Anayasnın 11. mddesi, Anayasa hükümlerinin niteliğini belirtmektedir (4). Bu hükümle Anayasanın bütünüyle sadece yasama organını değil, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri de bağladığı belirtilmiştir. Bundan anlaşılan şudur ki gerek yasama, yürütme ya da yargı organından gerekse kişilerden kaynaklansın toplum içinde hukukî anlamı olan her faaliyet Anayasaya uygun olmak zorundadır. Çünkü hukuk devletinin en önemli ilkesi «anayasanın üstünlüğü» ilkesidir. Anayasa 11. maddesinde bu ilkeyi düzenlemekle önemli bir sorunu tartışılmaktan kurtarmış ve açıklığa kavuşturmuştur ki bu da anayasanın sadece yasama organına hitabettiği ve bağladığı şeklindeki bugün artık savunulamıyacak olan düşüncedir.

Yine bugün doktrin ve uygulamada anayasa kurallarının sadece «devlet - kişi» arasında dikey düzeyde değil, kişiler arasında yatay düzeyde de uygulama alanı bulabileceği genellikle kabul edilmektedir (5).

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinden iki önemli sonuç çıkmaktadır (6) : Bunlardan birincisi, anayasa hükümlerinin yargı organları tarafından uygulanması; ikincisi ise, anayasa hükümlerine dayanan davaların açılabilmesidir.

Yani yargı organları uyuşmazlıkları çözerken önlerine gelen somut olaya sadece kanunu değil bununla birlikte, hatta daha da öncelikle anayasa hükümlerini uygulayacaklardır (7). Bunun gibi kişiler ve kuruluşlar da doğrudan anayasa hükümlerine dayanarak dava açabileceklerdir.

---

(4) Tikveş, s. 44.

(5) Süzek, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 45 ve oradaki atıflar.

(6) Aldıkaçtı, s. 196.

(7) Yargı organının anayasa hükümlerini uyuşmazlıklara nasıl uygulayacağı ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

Bazı hukuk sistemlerinde hatta çoğunda hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi gözlemlenmektedir. İslâm Hukukunda, Eski Yunan'da, Roma'da ve Orta Çağın Hıristiyan düşünürlerinde bu düşünceyi görmek mümkündür. İslâm Hukukunda Kur'an'ın koyduğu hukukî esasların kamu kudretini elinde tutanlar tarafından ihlal edilemiyecek nitelikte üstün hukuk kuralları teşkil etmesi, kurallar hiyerarşisinin varlığını göstermektedir (8). Ayrıca Rönesanstan sonra Tabiî Hukuk Akımı hukuk kuralları arasında bir kademelenme olduğu düşüncesinin yayılmasına geniş ölçüde hizmet etmiştir (9).

Bugünkü anlamda anayasa düşüncesinin yerleşmesiyle çoğu devletler anayasalı rejime geçmiştir. Anayasalı rejimin kabulü ile, devlet kudretini kullanacak organlar belirtilmiş, bunların yetkileri sınırlandırılmış olur ve hukuk kuralları arasında bir kademelenme oluşur; üstte bir anayasa, onun altında kanunlar bulunur.

Tarihî seyri itibariyle bu şekilde ortaya çıkan anayasanın üstünlüğü ilkesinin güvence altına alınması için pek çok anayasada bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bunların başında «kanunların anayasaya aykırı olamıyacağı kuralı» gelmektedir. 1924 (m. 103), 1961 (m. 8) ve 1982 (m. 11) Türk Anayasalarında bu nitelikte hükümler yer almıştır. 1920 tarihli Çekoslavak Anayasası (m. 1) ile 1937 tarihli İrlanda Anayasası (m. 15) da kanunların anayasaya aykırı olamıyacağını belirtmiştir (10). İkinci bir tedbir olarak anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmek üzere, birinciyi tamamlar nitelikte «kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi» yoluna başvurulmaktadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde çeşitli usuller söz konusu olabilmektedir. Bazı ülkelerde bu denetim yetkisi bütün mahkemelere tanınmaktadır. Mesela ABD, Arjantin, Kanada, Norveç gibi. Bazı ülkelerde denetim yetkisi mevcut yargı organlarının en yükseğine verilmiştir. Mesela, Çin Anayasasına göre bu organ Temyiz Mahkemesidir. Nihayet bazı ülkelerde ise, bir anayasa mahkemesi kurulmuş olup, anayasaya aykırılık davaları ve anayasa sorunları yalnızca bu mahkeme tarafından çözümlenir. Mesela İtalya, Fransa, Almanya ve Türkiye bu sistemi kabul eden ülkelerdendir (11).

---

(8) Feyzioğlu, Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Ankara 1951, s. 3.

(9) Feyzioğlu, s. 3.

(10) Feyzioğlu, s. 11 dn. 22.

(11) Arsel, s. 454 dn. 515.

Görüldüğü gibi Türk Anayasası yanında bir çok anayasalarda da klasik anlamda anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi güvenceleriyle birlikte düzenlenmiş bulunmaktadır. Bütün bu anayasalardaki düzenlemeler anayasanın üstünlüğü ilkesinin klasik anlamı çerçevesinde yasama organına hitabetmekte, sadece onu bağlamaktadır. Çünkü bu anayasalarda, anayasa kurallarının yasama organı dışında, mesela kişileri de bağladığı yolunda bir hüküm yer almamaktadır. Sadece 1949 tarihli Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası şu hükme yer vermiştir: «Aşağıda sayılan temel hakların yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini bağlayan doğrudan doğruya muteber kanun kıymetleri vardır (Temel Haklar Bölümü, m. 1/3) (12).

Anayasa kurallarının yatay ilişkilerde (kişilerarası ilişkiler) uygulanması konusunda diğer ülkelerdeki doktrin ve uygulamaya ileride yeri geldikçe değineceğiz. Burada şunu belirtelim ki anayasa ilke ve kurallarının (bütün olarak) yasama organı dışında, kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğu Türk Anayasası dışında hiç bir anayasada açıkça öngörülmemiştir (13).

III. TÜRK ANAYASASININ DÜZENLEMESİ VE ÖZELLİĞİ

Anayasa 11. maddesinde yapmış olduğu düzenleme ile anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini çok açık bir şekilde kabul etmiştir. Bağlayıcılığın konu bakımından kapsamı ve kimlere yönelik olduğu da tartışmaya yer vermeyecek biçimde belirlenmiştir. Anayasaya göre, «Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır (m. 11/1)». Böylece Anayasanın sadece yasama organına hitabettiği şeklindeki düşüncenin de önemi kalmamıştır.

Yine 11. maddenin 2. fıkrasında, Anayasanın hangi hükümlerinin bağlayıcı olduğu «Anayasa hükümleri» denilmek suretiyle belirlenmiştir. Buna göre Anayasanın bütün hükümleri maddede sayılan organ ve kişileri bağlayacaktır. Bunun önemi kişilerin Anayasa ile bağlı olmalarında ortaya çıkmaktadır. Anayasada kişilerin hangi hükümlerle bağlı olacağı konusunda ayrım gözetilmeden «Anayasa hükümleri» denildiğine göre kişilerde aynı şekilde bütün anayasa hükümleri ile bağlıdırlar. Bu ne-

(12) Lütem, İlhan, Yeni Anayasalar, Kitap I, Ankara 1953, s. 38.

(13) Hirsch, Ernest E., Anayasaların Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1972, s. 3.

denle doktrinde, kişilerarası ilişkilere sadece Anayasanın özgürlüklere ilişkin hükümlerinin uygulanabileceği yolundaki görüşe (14) katılmak mümkün değildir (15). Bu konuda bir ölçü konulacak olursa denilebilir ki, «Anayasa hükümlerinin hepsi aynı nitelikte olmadığı için, tümünün kişileri de bağlayıcı normatif etkiye sahip olduğu söylenemez. Bu hükümlerden bir bölümünün, nitelikleri gereği kişilerarası ilişkilere uygulanması söz konusu olamaz. Bu nedenle 11. maddede ifade edilen Anayasanın bağlayıcılığı ilkesini genel anlamda almak ve her Anayasa hükmünün niteliği gözönünde tutularak özel hukuk ilişkileri üzerindeki normatif etkisini ayrıca değerlendirmek uygun olur» (16).

1982 Anayasasının 11. maddesinin gerekçesinde, «Anayasa sadece Devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecektir» denilmiştir. İlk defa 1961 Anayasası ile bu düzenleme yapılırken, Anayasa Komisyonu maddeye «...ve doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kurallarıdır», ibaresini de koymuştu. Ancak maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında, bu ibarenin çıkarılması teklif edilmiş ve bu teklif kabul edilerek madde 1961 Anayasasındaki haliyle kabul edilmiştir (17). Ne var ki Anayasa Komisyonunun da o sırada belirttiği gibi bu ibarenin çıkarılması maddenin anlamını değiştirmemiştir (18). 1982 Anayasasının 11. maddesinde de 1961 Anayasasındaki aynı hüküm (m. 8) tekrar edilmiş ve «...diğer kuruluş(lar)...» ibaresi ilave edilmiştir. Böylece tüzel kişiler bakımından da bir açıklık getirilmek istenmiştir. Fakat bu bir fazlalıktır, zira «kişi» kavramı hem gerçek hem de tüzel kişileri içine almaktadır.

Öte yandan Anayasanın 138. maddesinin 1. fıkrasındaki hüküm de anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin hukukî sonuçlarının teyidi niteliğindedir (19). Anayasanın bu maddesinde «Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdânî kanaatlerine göre hüküm verirler» denilmek suretiyle normlar hiyerarşisinin en başına Anayasa konulmuştur. Bu nedenle mahkemeler (hâkim-

(14) Tikveş, s. 45.
(15) Tanör, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s. 254; Süzek, s. 46.
(16) Ulucan, Devrim, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukukî Niteliği, İstanbul 1981, s. 58; Süzek, s. 46.
(17) Öztürk, s. 1205, 1206.
(18) Anayasa Komisyonu adına konuşan Muammer Aksoy, «Bu tabirin çıkması ile mana değişmiyor» demiştir. Bkz.: Öztürk, s. 1205.
(19) Ocakçıoğlu, s. 508.

ler) hüküm verirlerken doğrudan doğruya Anayasa kurallarını dikkate almak, gerektiği hallerde ona dayanmak zorundadırlar.

1924 Anayasasında, anayasanın üstünlüğü ilkesini düzenleyen 103. madde vardı. Ancak bu düzenleme bugünkü anlamıyla anayasanın bağlayıcılığı şeklinde yorumlanmamış, sadece yasama organının bağlılığı anlaşılmıştır. O dönemde Anayasa Mahkemesinin olmaması nedeniyle, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda ihtilaf çıkmıştır (20). 1961 Anayasası ile bu imkan sağlanarak tartışmalara son verilmiş ve Anayasanın 8. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği gibi «...eski Anayasanın maksadı (yani m. 103) daha belirgin bir hale getirilmiştir.»

2. YASAMA VE YÜRÜTME ORGANININ ANAYASA İLE BAĞLILIĞI

I. GENEL OLARAK

Anayasa ilke ve kuralları Anayasanın 11. maddesi gereğince yasama organını bağlar. Yasama organı Anayasada öngörülen bütün ödevlerini gerçekleştirmek üzere gerekli kanunî düzenlemeleri yapmak zorundadır. Aynı şekilde Anayasa ilke ve kuralları yürütme organını ve idare makamlarını da bağlar. Düzenleyici idarî işlemler ve idare organlarının eylem ve işlemleri aracılığıyla da Anayasa ile bağlı olan yürütme organı ve idare makamları bu ödevlerini yerine getireceklerdir.

Yasama ve yürütme organının anayasa ile bağlılığı daha çok anayasada yer alan temel haklarla sosyal haklar bakımından önem kazanmaktadır. Çünkü yasama organının bu noktada olumlu ve olumsuz birtakım yükümlülükleri vardır. Doktrinde bu ayrım şu şekilde de nitelenmektedir; yasamanın, anayasal hakları anayasaya uygun olarak düzenleme görevi ve yasamanın, anayasal hakları gerçekleştirme görevi (21). Kuşkusuz anayasal hakların gerçekleştirilmesi denildiğinde, devletin bir müdahalesi ve katkısı gerektiğinden, daha çok sosyal haklar anlaşılır.

Anayasadan doğan sosyal hakları gerçekleştirme ödevi yerine getirilmediği takdirde, acaba Türk Hukukunda devleti bunu gerçekleştirmeye zorlamak mümkün müdür? Söz konusu hakların sahipleri yargı organlarından böyle bir talepte bulunamazlar; çünkü sosyal hakların Devlet - kişi ilişkilerindeki işlevi sınırlıdır ve sosyal haklar kişilere dava yo-

(20) Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.: Feyzioğlu, Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Ankara 1951.

(21) Tanör, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s. 293.

luna başvurma imkanı tanıyan bir sübjektif kamu hakkı vermezler. Kişinin bu nitelikte bir hakka sahip olabilmesi için hakkın devletle kişi arasında varolan bir hukukî ilişkiye dayanması ve bu ilişkinin konusunun belirli olması gerekir (22). Kişi anayasadan doğan haklarına dayanarak devletten sosyal haklarının gerçekleştirilmesini isteyemez. Yasama organı anayasa doğrultusunda söz konusu hakları kanunlarla düzenler ve bununla ilgili olarak kamu hizmet ve kuruluşları oluşturursa bu durumda kişi yargı organları önünde devletten talep edebileceği bir sübjektif kamu hakkına sahip olmuş olur (23).

II. ANAYASAL HAKLARI ANAYASAYA UYGUN OLARAK DÜZENLEME GÖREVİ

Yasamanın anayasal hakları anayasaya uygun olarak düzenlemesi, yani uygulama kanunları çıkarması, doğrudn uygulanabilen haklar için gerekmeyebilir (24). Anayasa Mahkemesi de söz konusu nitelikte bir hakkı düzenleyen Anayasanın (1961 AY.) 46. maddesinin, bu hakla ilgili olarak bir kanun çıkarılmasını emretmediğinden bahisle, 274 sayılı Sendikalar Kanununun bir anayasal zorunluluk icabı değil, genel yasama yetkisine (1982 AY. m. 7, 1961 AY. m. 5) dayanılarak çıkartıldığını belirtmiştir (25).

Sosyal hakların kanunla düzenlenmesi sosyal hakkın öznesi (hak sahibi, yararlanan), konusu ve yükümlüsü bakımından anayasa kurallarına uygun olmalıdır (26).

Sosyal hakkın öznesi bakımından anayasaya uygunluk ya da aykırılık sorunu daha çok Anasayanın sosyal hakkın sahibi olarak belirlediği kişilerin, daha sonra yasama organı tarafından hak sahibi olmaktan çıkarılması şeklinde olmaktadır (27). İşte Anayasanın bir hakkın sahibi olarak belirlediği kişilerin yasama organı tarafından çeşitli durumlar itibariyle (mesela; vatandaşlık durumu, siyasî inanç ve görüşler, hakkın kullanımını imkansız kılan statü değişikliği ve kişisel durumlar gibi) kanunla hak sahibi olmaktan çıkartılması hallerinde anayasaya aykırılık vardır.

---

(22) Süzek, s. 53; Tanör, s. 360, 362.
(23) Göze, Ayferi, Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul 1976, s. 145; Süzek, s. 54.
(24) Tanör, s. 293.
(25) E. 1963/336, K. 1967/29, K. T. 26/27.7.1967, AMKD., Sayı 5, s. 39.
(26) Tanör, s. 294.
(27) Tanör, s. 294.

Olumlu edim gerektirmeyen sosyal haklarla, olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından yasama organının tutumuna göre ortaya çeşitli sonuçlar çıkabilmektedir. Mesela, kullanımı için yasama organının olumlu edimini gerektirmeyen sendika kurma hakkını 1961 Anayasası ilk şekliyle «çalışanlara» tanımıştı. 274 sayılı Sendikalar Kanunu ise sendika kurma hakkını bu kanuna göre işçi sayılanlara tanımış, bunun üzerine kanunun anayasal hakkın sahiplerini daralttığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine gidilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bu davada, özneler bakımından varolan eksik düzenlemeyi bir iptal sebebi saymayarak boşlukların doğrudan Anayasa kuralının uygulanmasıyla doldurulabileceğine işaret etmiştir (28). Kullanılabilmeleri yasama organının olumlu edimini gerektirmemesi nedeniyle, aynı sorunlar Anayasaca tanınmış olan klasik haklar bakımından da söz konusu olabilecektir.

Yasama organının olumlu edimini gerektiren sosyal hakların kanunî düzenlemesinde, yasamanın karşı karşıya olduğu bir öncelikler sorunu vardır. Öncelikler sorununun çözümünde yasamanın takdir yetkisinin geniş olduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenle bu noktada anayasaya aykırılığı saptamak daha zordur (29). Anayasa Mahkemesi ise bir kararında (30) önceliklerin belirlenmesi konusundaki takdir yetkisini âdeta sınırsız saymıştır.

Klasik haklarla olumsuz sosyal haklar düzenlenme ve korunma mekanizmaları açısından benzerlik göstermektedirler. Bu nedenle sosyal hakkın konusu bakımından yapılan kanunî düzenlemelerin anayasaya uygunluğu sorunu hem klasik ve hem de sosyal haklar bakımından aynı özellikleri gösterir. Klasik haklar ve olumsuz sosyal haklar, anayasal tanımayla kendiliğinden uygulanma kabiliyetine sahip olan haklardır. Bunun zorunlu bir sonucu olarak da bu konuda ortaya çıkacak olan anayasaya uygunluk sorunu, yasamanın bu haklarla ilgili düzenleme ve sınırlamalarında olacaktır. Yasama organı söz konusu haklarla ilgili olarak uygulayıcı kanunî düzenlemeler yaptığında, bu düzenleme hükümleri bir sınırlama niteliğinde olduğu takdirde ortaya çıkacak sorun, Anayasanın bu hakların sınırlanması konusunda koymuş olduğu kıstaslara yasama organınca uyulup uyulmadığıdır. Anayasanın temel haklar ve olumsuz sosyal hakların sınırlanması konusundaki kıstas ve sınırlarına uyulmaması halinde, yasama organının uygulayıcı kanunî düzenlemeleri konu bakımından anayasa hükümlerine aykırılık taşıyacaktır. 1982 Anaya-

(28) Daha geniş bilgi için bkz. Tanör, s. 298 ve orada zikredilen Anayasa Mahkemesi kararı.
(29) Tanör, s. 306.
(30) E. 1963/138, K. 1963/244, K. T. 11.12.1964, AMKD., Sayı 2, s. 215.

sası, 1961 Anayasasının temel hakların sınırlanması konusundaki «öze dokunmama» kıstasından vazgeçerek, «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama» kıstasını getirmiştir (AY. m. 13). O halde bu hakların sınırlanması, Anayasanın 13. maddesine ve her bir hak için getirilen sınırlama şartlarına uygun olmak zorundadır.

Sosyal hakkın yükümlüsü bakımından anayasaya uygunluk sorunu, devletin yükümlülüğünün söz konusu olduğu, yani devletin katkısı olmadan gerçekleşemeyen sosyal haklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu alanda yasamanın görevi, devletin üzerine düşen yükümlülükleri, Anayasa ışığında doğru olarak tespit etmektir. Yasama nasıl sosyal hakkın öznesini ve konusunu anayasaya uygun olarak düzenlemek zorundaysa aynı şekilde, sosyal hakkın yükümlüsünü da anayasaya uygun olarak seçmek zorundadır (31).

Anayasa Mahkemesi, öğrenim hakkı ile ilgili bir kararında (32) : «...devletin başta gelen ödevinin, kazanç ereği güden kuruluşlarca yerine getirilmesi, öğretim ve eğitimin temel hedeflerinden saptırılması, gitgide soysuzlaştırılması sakıncasını doğurur ve böylece eğitim ve öğretim hem bilgili hem nitelikli yurttaşlar yetiştirilmesine yönelen Anayasal erekten iyice uzaklaşılmış olur» demek suretiyle devletin bu yükümlülüğünün yasama organınca anayasaya uygun olarak yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yasamanın anayasal ödevlerini gerçekleştirmek amacıyla yapmış olduğu kanunî düzenlemelerin anayasaya aykırı olması halinde bizzat Anayasa bu konuda iki türlü yargısal denetim imkanı getirmiş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde anayasaya uygunluğunun, Anayasa Mahkemesince denetlenmesi imkanını veren ve şartları Anayasada belirlenen iptal davası yoludur (AY. m. 149, 150, 151). İkincisi ise mahkemelerce, kişilerarası ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde söz konusu olabilecek anayasaya aykırılık iddialarının def'i yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesi imkanını sağlayan somut norm denetimi yoludur (AY. m. 152). İptal davası ile anayasaya aykırı olan kanunî düzenlemeler daha başlangıçta ortadan kaldırılırken, somut norm denetimi yoluyla da somut uyuşmazlıkta taraflar (veya bir taraf) anayasaya aykırı olan bir normun kendilerine uygulanmasını bertaraf etmiş olmaktadırlar.

---

(31) Tanör, s. 357.
(32) E. 1969/31, K. 1971/13, K. T. 12.1.1971, AMKD., Sayı 4, s. 152.

III. ANAYASAL HAKLARIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Burda söz konusu olan, yasamanın anayasal hakkın gerçekleştirilmesi niteliğindeki işlemleri yapması yükümlülüğüdür. Yasamanın anayasal hakları gerçekleştirme görevinin alanına tüm anayasal haklar girmez. Çünkü bazı haklar (temel haklar ve yasamanın olumlu edimini gerektirmeyen sosyal haklar) Anayasada yer almakla kendiliğinden uygulanma kahiliyetine sahiptirler. Burada söz konusu olan haklar ise yasamanın olumlu edimini gerektiren sosyal haklardır. Bu haklara örnek olarak en başta çalışma hakkı (33) ve sosyal güvenlik hakkı (34) verilebilir.

Yasama bu yükümlülüğünü her bir sosyal hakla ilgili alanda edimlerin niteliğini, muhtevasını, kapsamını ve bunları yerine getirme ödevinin kime veya kimlere ait olduğunu belirlemek, yürütme de bu uygulayıcı düzenlemeleri icra etmek suretiyle yerine getirmiş olacaktır.

Bunun yanında yasamaya düşen bir görev de bütün faaliyetlerinde söz konusu hakları gerçekleştirecek bir politika izlemek ve yürütmeyi de bu doğrultuda yönlendirip denetlemektir.

Yasama organının Anayasanın kendisine yüklemiş olduğu anayasal hakları gerçekleştirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi de söz konusu olabilecektir. Bu durum iki şekilde gerçekleşebilir. Birincisi, yasama organının belli bir konuda anayasanın emrine rağmen uygulayıcı kanun çıkarmaması, ikincisi ise, kanun çıkarıldığı halde bu kanunun haklar ya da hak sahipleri bakımından dar tutulmasıdır. Birinciye «kanun yokluğu», ikinciye ise «eksik kanunî düzenleme» adı verilmektedir.

Acaba yasamanın bu tutumunun sonuçları nedir? Kanun yokluğu ya da eksik kanunî düzenleme, anayasanın doğrudan uygulanmasıyla önemsiz hale geliyorsa bu durumda bir sorun çıkmayacaktır. Ancak yasamanın söz konusu savsaklaması, yani kanun çıkarmaması ya da eksik kanunî düzenleme yapması halinde, anayasanın doğrudan uygulanması mümkün ve yeterli olmuyor ve bu da anayasal hakkı kullanılamaz hale getiriyorsa bu durumda, önemli bir sorun ortaya çıkıyor demektir. Doktrinde (35) bu sorunun çözümü Anayasanın 65. maddesinin (1961 AY. m. 53) yorumunda görülmektedir.

1982 Anayasasının sosyal ve ekonomik hakların sınırı başlığını taşıyan 65. maddesine göre: «Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözete-

(33) Tanör, s. 361.
(34) Süzek, s. 54.
(35) Süzek, s. 55; Tanör, s. 372.

rek, malî imkanlarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.» 1961 Anayasasının 53. maddesinde yer alan aynı mahiyetteki bu Anayasa hükmü karşısında doktrin ve mahkeme içtihatlarında değişik yaklaşımlar vardır.

Bir kısım yazarlara göre (36), Anayasanın 65. maddesi siyasal iktidara ekonomik ve sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda çok geniş bir takdir yetkisi vermekte, bu da söz konusu hakların değerini azaltarak bu hakların tanınmasını istemeyen ya da ciddiye almayan iktidarlar elinde uygulanamaz hale getirilmesi sakıncasını doğurmaktadır.

Diğer bazı yazarlara göre ise (37), Anayasanın bu maddesinde ülkenin ekonomik kalkınması ile sosyal gelişimi uyumlu ve gerçekçi bir dengeye kavuşturulmuştur. Devletin ekonomik ve malî kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek bu hakların gerçekleştirilmesinden kaçması mümkün değildir. Maddede ekonomik ve malî kaynakların yeterliliğine bağlanan husus, ekonomik ve sosyal hakların gerçekleştirilmesi değil, yerine getiriliş «ölçüsü»dür. Devletin buradaki takdir yetkisi sınırsız ve belirsiz değildir. Devlet ekonomik gelişme (38) ve malî kaynaklarının yeterliliği oranında ekonomik ve sosyal hakları gerçekleştirmek zorundadır.

Anayasa Mahkemesi ise bu konuda yani, yasamanın, kanun boşluğu ya da eksik kanunî düzenleme yapması durumunda, yasamaya geniş bir takdir yetkisi tanımak eğilimindedir (39).

Doktrinde ikinci görüşü savunanların belirttiği gibi, bizce de, 65.

---

(36) Talas, Cahit, Türkiye'de Sosyal ve Ekonomik Haklar, Türkiye'de İnsan Hakları Semineri, Ankara 1970, s. 232 vd.; Aldıkaçtı, s. 205, 241 - 242; Azrak, Ülkü, Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasa Sistemi, İHFM., Cilt 27, 1962, Sayı 1 - 4, s. 222; Temsilciler Meclisinde, Bülent Ecevit'in aynı yöndeki eleştirileri için bkz.: Öztürk, s. 2142 - 2144.

(37) Tanör, s. 377 - 378; Süzek, s. 55; Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981, s. 122 - 124; Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986, s. 238; Akın, İlhan F., Kamu Hukuku, İstanbul 1980, s. 405 - 406; Göze, s. 123 dn, 173; 1961 Temsilciler Meclisinde, Hamza Eroğlu, Fethi Çelikbaş ve Feridun Ergin'in bu görüş doğrultusundaki konuşmaları için bkz.: Öztürk, s. 2141 - 2147.

(38) İncelediğimiz Anayasa hükmünde, 1961 Anayasasında «ekonomik gelişme» olarak yer alan terim, 1982 Anayasasında «ekonomik istikrar» olarak değiştirilmiştir. Bu nedenle ekonomik istikrar kavramı, ekonomik gelişme kavramından farklı anlaşıldığı oranda söz konusu Anayasa hükmünün tartışması farklı boyutlar kazanabilecektir.

(39) Anayasa Mahkemesinin bu tutumuna ilişkin bazı kararlar ve yorumları için bkz.: Tanör, s. 378 vd.

maddenin yasamaya sınırsız bir takdir yetkisi tanıdığı şeklindeki bir düşünce Anayasanın temel felsefesine ve bütünlüğüne uymaz. Siyasal iktidarların bu tarz bir politika gütmeleri de anayasaya aykırılık teşkil eder. Bu nedenle devlet ekonomik ve malî gücü oranında, ekonomik ve sosyal hakları gerçekleştirmek zorundadır. Siyasal iktidarın takdiri belki bir ölçüde bu hakların gerçekleştirilmesinde, kendi içindeki öncelikler konusunda düşünülebilir ki bunun dahi sınırları vardır.

3. ANAYASANIN YATAY (KİŞİLERARASI) İLİŞKİLERE UYGULANMASI

I. YATAY ETKİLEME KAVRAMI

Yatay ilişki, özel hukukun kişiler arasındaki uygulamasını ifade eden bir kavramdır. Hem gerçek ve hem de tüzel kişiler yatay ilişkilerin süjeleri olabilecektir. Anayasa kurallarının yatay ilişkilere uygulanması yazarlar arasında değişik kavramlarla ifade edilmektedir. Bunlardan Süzek, «Anayasanın kişilerarası ilişkilere uygulanması» (40), Tanör ve Şahlanan, «anayasal normun yatay ilişkilere etkisi» derken (41), Hirsch ve Tuncay, «anayasanın özel hukuka etkisi» (42) kavramını kullanmaktadırlar. Fakat yazarların hepsi de muhteva olarak aynı konuyu ele aldıklarından bu farklılığın bir önemi yoktur. Alman Hukukunda ise bu kavramı karşılamak üzere «Drittwirkung» deyimi kullanılmaktadır.

Anayasa kurallarının yatay ilişkilerde uygulanması mümkün müdür? Konuya yaklaşımımızı bir soruyla başlatan neden klasik kamu hukuku teorisinin «anayasa anlayışı»dır. Çünkü bu anlayışa göre anayasalar, devletin kuruluş ve işleyişini, kişilerle devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen ve kişilerle devletin karşılıklı hak ve yetkilerini saptayan üst düzeyde kurallar bütünüdür. Bu nedenledir ki, anayasa kuralları yatay ilişkilerde uygulanma kabiliyetine sahip değildir (43). Bu düşüncenin asıl kaynağının İsviçre ve ABD olduğu savunulmaktadır (44).

Bugün geleneksel düşüncenin etkisinden kurtulan doktrin ve buna

(40) Süzek, s. 45.

(41) Tanör, s. 249; Şahlanan, Fevzi, Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu, İstanbul 1980, s. 28.

(42) Hirsch, s. 3; Tuncay, Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 62.

(43) Bu konuda bkz.: Kubalı, s. 79; Hirsch, s. 6; Tandoğan, Haluk, Şahsiyetin akit dışı ihlallere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlallere karşı özel hayatın korunması, AHFD., Cilt 20, Sayı 1-4, 1965, s. 15; Tanör, s. 249-250; Süzek, s. 45; Şahlanan, s. 28-29; Tuncay, Eşit Davranma, s. 62.

(44) Tanör, s.250.

paralel olarak uygulama, anayasaların sadece devlet - kişi ilişkilerine (dikey düzey) değil, kişilerarası özel hukuk ilişkilerine de (yatay düzey) uygulanabileceğini genellikle kabul etmektedirler (45).

Liberal devlet anlayışının egemen olduğu dönemde kişi hak ve özgürlükleri devlete karşı dokunulmazlık kazanırken, kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde söz konusu hak ve özgürlüklerin korunması ve sınırlarının belirlenmesi ihmal edilmiştir. Bunun nedenlerinin başında «özel toplum - siyasal devlet» düalizmi (46) gelmektedir. Bu anlayışın egemen olduğu dönemde anayasaların, özellikle sosyal devlet, eşitlik, sosyal adâlet ilkeleri özel alanlara tamamen yabancı kalmış ve bu da toplum düzeninin bozulmasına yol açmıştır.

Kaldı ki günümüz toplumunda özel ilişkiler daha da karmaşık bir hal almıştır. Devletin güç ve tasarrufları anayasa ile sınırlanmışken, özel hukuka tâbi sosyal güçler (karteller, tröstler gibi tekelci kuruluşlarla ortaklıklar, birlikler vb.) irade özerkliği ilkesiyle korunmakta ve kısmen denetim dışı kalmaktadırlar. O halde, devlet - kişi ile özel hukuka tâbi sosyal güç - kişi arasında söz konusu olan ilişkilerdeki benzerlik bizi anayasal ilke vekuralların özel hukukta, yani yatay ilişkilerde de etkili olması sonucuna götürmektedir (47).

İsviçre Hukukunda geleneksel özel hukuk - kamu hukuku ayrımının etkisiyle, anayasal temel hak ve özgürlüklerin devlet - kişi arasında uygulanacağı, yatay uygulama alanının sadece özel hukukça düzenlendiği, bu nedenle buraya uygulanmasının söz konusu olamayacağı savunulmuş, İsviçre Federal Mahkemesi de bu doğrultudaki bir kararında; «Anayasal hakların kişiler tarafından ihlali, münhasıran özel hukuk kurallarına ve ahlâka uygunluk ilkesine göre yargılanmalıdır» demiştir (48). Ne var ki bu anlayışın İsviçre'de bile eski gücünü yitirdiği belirtilmektedir (49).

Alman Hukukunda, anayasa hükümlerinin kişileri de bağlayacağı

(45) Hirsch, s. 8; Süzek, s. 45; Tanör, s. 249 - 251; Şerozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 214 - 215; Tuncay, Eşit Davranma, s. 62; Şahlanan, s. 29; Ulucan, s. 57; Hatemi, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 48; Tandoğan, s. 15; Tunçomağ, Kenan, İş Hukuku, Cilt 1, İstanbul 1984, s. 9.

(46) Serozan, s. 213.

(47) Wespi, K., Die Drittwirkungder Freiheitsrechte (Diss.), Zürich 1968, s. 4, 7 (Nakleden: Tuncay, Eşit Davranma, s. 63).

(48) RO 75 II, 309/JdT 1950, 162'deki 13.9.1949 tarihli karar (Nakleden: Şahlanan, s. 29 ve ayrıca bkz.: dn. 59, 60'da yapılan atıflar).

(49) Şahlanan, s. 29 ve dn. 61'de yapılan atıflar.

yolunda Anayasada bir hüküm bulunmamasına rağmen (50), anayasa kurallarının yatay ilişkilerde uygulanması genellikle kabul edilmektedir (51).

Federal Anayasa Mahkemesi yol gösterici nitelikteki bir kararında şu belirlemeleri yapmıştır: «Temel haklar herşeyden önce kişilerin devlete karşı sahip oldukları savunma haklarıdır; fakat aynı zamanda Anayasanın temel haklara ilişkin kuralları, objektif bir değerler düzenini dile getirir. Bu düzen, Anyasa tarafından kabul edilen temel ilke olarak hukukun bütün dallarında hüküm ifade eder. Özel hukuk alanında temel hakların özü, özel hukuk kuralları kanalıyla ortaya çıkar. Bu ise, özellikle emredici hükümlerde önemlidir. Bundan başka hâkim, kanunların kendine takdir ve yorum hakkı verdiği hususlarda temel hakların özünü korumakla yükümlüdür» (52).

Türk Hukuku bakımından; Anayasanın, «Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü» başlığı altında düzenlenen 11. maddesinde, «Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır», denilmek suretiyle bu konuda, yani anayasa hükümlerinin yatay ilişkilerde uygulanması meselesinde şüpheye yer vermeyecek bir ilke benimsenmiştir. Ayrıca Anayasanın 138. maddesine göre de «Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler». Görüldüğü gibi bu madde normlar hiyerarşisinin başına Anayasayı koymakta, bu yönüyle de 11. maddeyi destekleyerek hâkimin hüküm verirken doğrudan Anayasaya dayanabileceğini öngörmektedir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılabileceği gibi Türk Hukukunda anayasa normlarının yatay ilişkilerde uygulanması diğer bir çok ülkeden daha ileridir.

---

(50) Alman Anayasası m. 1/3'te sadece «Aşağıda sayılan temel hakların yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini bağlayan doğrudan doğruya muteber kanun kıymetleri vardır» hükmü yer almaktadır. Bkz.: Lütem, Yeni Anayasalar, s. 38.

(51) Söllner, A., Arbeitrecht, 4. Auflage, Stutgart - Berlin - Köln - Maunz 1974, s. 39, 40 ve orada yollama yapılan Nipperdey'in görüşü. (Nakleden: Şahlanan, s. 30 ve dn. 63; Hirsch, s. 8).

(52) Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Band 7, s. 198 vd. (Nakleden ve yorumlayan: Hirsch, s. 9).

II. YATAY ETKİNİN GERÇEKLEŞMESİ

A — Anayasanın Hangi Kurallarının Uygulanacağı Meselesi

Yatay etkiden söz edebilmek için herşeyden önce söz konusu kuralın anayasada yer almış olması gerekir.

Acaba anayasanın yatay ilişkilerde etkili olabilecek kuralları nelerdir? Alman Anayasasının daha önce sözünü ettiğimiz kuralı (m. 1/3), uygulanacak kuralları «temel haklar» olarak belirlemiştir. Buna rağmen Alman doktrini ve mahkeme içtihatları; sosyal adaletsizliklerin giderilmesi isteği ve hukuk yargıcının sadece anayasadaki temel haklarla değil, fakat «anayasa kuralları» ile bağlı olduğu gerekçesiyle, yatay etkinin anayasanın sosyal devlet ve eşitlik ilkelerini de içine alacak şekilde genişletilmesi eğilimindedir (53).

Türk Hukukunda ise mesele, Alman Hukukunda olduğundan daha açıktır. Çünkü Anayasanın 11. maddesine göre, Anayasanın sadece temel haklarla ilgili kuralları değil, «bütün hükümleri» kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Bu nedenle Anayasada yer alan ve başlangıçta belirtilen temel ilkeler ile bunlardan doğan hukukî sonuçlar yatay ilişkileri de etkiler. Böylece önceden sadece devlete yöneltilebileceği varsayılan talep hakları, Anayasanın söz konusu kuralları gereğince artık yatay ilişkilerde de etkili görev yapabilecek bir nitelik kazanmıştır. Doktrinde yazarlar (54) çoğunluk olarak bu doğrultuda düşünmekte ve Anayasa hükümlerinin sadece temel haklara ilişkin düzenlemelerinin yatay etkiyi haiz olabileceği yolundaki görüşü (55) tenkit etmektedirler.

Gerçekten de Anayasanın bu açık hükmüne rağmen uygulanacak kuralların daraltılması mümkün olmamalıdır. Bu tarz düşünceler iki sebepten kaynaklanmaktadır. Birincisi, Türk Anayasasına bu hükmün konulmasında, uygulanacak kuralları temel haklarla sınırlayan Alman Anayasasından etkilenilmesidir. İkincisi ise, yatay etkilemeyi reddeden klasik anayasa anlayışından vazgeçilemeyişidir. Ancak unutulmaması gereken bir nokta vardır ki o da bir hukuk sisteminin temel kurallarını ve

---

(53) Ramm, T., Einführung in das Privatrecht. Allgemeiner Teil des BGB, München 1970 (Nakleden ve özetleyen: Serozan, Kitap İncelemeleri, s. 9).

(54) Tanör, s. 254 - 255; Süzek, s. 46; Hirsch, s. 12; Şahlanan, s. 31 - 32 dn. 70; Tunçomağ, s. 9; Serozan, s. 212; Hatemi, s. 49 dn. 20; Tandoğan, s. 15 - 16; Tuncay, Eşit Davranma, s. 69; Tuncay, Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975, s. 65; Aldıkaçtı, s. 194 vd.; Ocakçıoğlu, s. 507 vd.

(55) Tikveş, s. 45.

çerçevesini belirleyen Anayasanın hangi gerekçeyle olursa olsun ihmal edilemeyeceğidir.

B — Yatay Uygulamanın Muhtelif Görünümleri

1. Anayasal Normun Doğrudan ve Kendiliğinden Uygulanması

Doğrudan uygulama, kişilerarası ilişkilerdeki uyuşmazlığın çözümünde doğrudan anayasa kuralının uygulama alanı bulmasıdır. Doğrudan uygulanabilecek nitelikte bir kuralın anayasada yer almasının hukukî sonucu, söz konusu kural ile getirilen düzenlemenin derhal o hukuk sistemine girmesi ve bir yasama ya da yürütme işlemine gerek kalmaksızın kişiler arasında hak ve yükümlülük doğurmasıdır (56).

Anayasal normun kendiliğinden uygulanması, anayasa kuralının bir yargı kuralına bağlı olmaksızın uygulanabilmesidir. Burada uyuşmazlık halinde mahkemenin müdahalesi, anayasal hakkın kullanılabilmesinin bir şartı değil, ancak zaten kendiliğinden kullanılabilen bir hakkın yargı güvencesiyle donatılması niteliğindedir. Bu nedenle yargının rolü burada hakkın kullanımını sağlayıcı değli, koruyucudur (57). İleride görüleceği gibi yargının bir hakkın kullanımını sağlayıcı rolü de vardır.

Temel hak ve özgürlükler bakımından Anayasanın 12. maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmiştir. Yine Anayasada kişi dokunulmazlığı, özel hayatın korunması, seyahat ve yerleşme hürriyetleri, bilim ve sanat hürriyeti, basın hürriyeti gibi şahsiyetin çeşitli yönlerini koruyan hükümlerle; ailenin korunmasına, çalışma ve sözleşme hürriyetlerine dair esaslar yer almaktadır. Bu temel hak ve hürriyetlere devlet müdahale etmemekle yükümlüdür. Kişinin bu temel haklarını kullanabilmesi için yasama, yürütme ya da kullanımı sağlayıcı anlamda bir yargı işlemine gerek yoktur. Bu temel hakları kişiler kendi aralarında birbirlerine karşı ileri sürebilirler. Temel haklarla ilgili doğrudan ve kendiliğinden uygulamaya örnek olarak doktrinde; bir yazar ya da gazetecinin, hakkında sert eleştirilerde bulunduğu bir sinema ya da tiyatro sahibi tarafından sinema ya da tiyatro salonuna sokulmaması halinde Anayasanın basın ve haberalma hürriyetlerine dayanarak kendini savunması ve davasını mahkemeye kabul ettirmesi (burada yargı hükmünün koruyucu niteliği söz konusudur) gösterilmektedir (58).

---

(56) Tanör, s. 231; Süzek, s. 46.
(57) Tanör, s. 235.
(58) Tanör, s. 255.

Anayasal sosyal hakların yasama, yürütme ve yargı kararı olmadan yani hem doğrudan hem de kendiliğinden uygulanabilmeleri için ise birtakım şartların bir araya gelmiş olması gerekir. Tanör'e göre bu şartlar şunlardır (59) :

İlk olarak bu konudaki anayasal düzenleme, kaypak ve hukukî değeri kuşku yaratan programatik deyimlerle ya da devlete yetki veren, ona ödev yükleyen ya da yön çizen ifadelerle değil, «hak verdirici» düzenlemeler şeklinde yapılmış olmalıdır.

İkincisi, söz konusu hakkın yükümlüsünün kim olduğu ve bu yükümlülüğün kapsamı ve sınırı açıkça belli olmalıdır.

Üçüncüsü, bu hak yapısı ve niteliği yönünden kendiliğinden uygulanabilir bir niteliğe sahip olmalı, gerçekleşebilmek için devlet organlarından herhangi birinin desteğine muhtaç bulunmamalıdır.

Son olarak da söz konusu anayasal hakların bir yargı güvencesiyle korunabiliyor olması gerekir. Yani bu hak başkaları tarafından ihlal edildiğinde yargı güvencesine başvurularak korunabilmelidir.

Kısaca bu haklar öznesi, konusu ve yükümlüsü belli birer hak biçiminde düzenlenmiş olmalarından başka kendiliklerinden uygulanabilir niteliğe de sahiptirler. Yani bir yasama, yürütme ya da yargı işlemine gerek kalmaksızın, sırf anayasada yer almış olmaları nedeniyle pratik bir anlam ifade edebilirler.

Temel haklarda olduğu gibi bu haklar da anayasada yer almalarıyla beraber derhal ülke hukukuna girerler ve bir uygulama ya da düzenleme kanunundan, bir yürütme işleminden ve bir yargı kararından bağımsız olarak kişi yararına hak doğururlar. Bunun sonucu, yürütme başta olmak üzere bütün devlet organlarını bağlaması ve yargının da bu hakların kullanılmasını güvence altında tutmak sorumluluğu altına girmesidir (60).

Sosyal kurallar şeklindeki düzenlemelerin kişilere hak verdirici nitelikte olmayıp, yasamaya hitap etmeleri, muhtevalarının soyut, esnek ve belirsiz olmaları nedeniyle doğrudan ve kendiliklerinden uygulanmaları mümkün değildir.

Anayasanın başlangıç bölümünde yer alan kural, ilke ve hakların durumuna gelince, bunların doğrudan ve kendiliğinden uygulanmasının söz konusu olabilmesi için önşart, anayasa metnine dahil sayılmaları-

(59) Tanör, s. 233.
(60) Süzek, s. 46; Tanör, s. 237.

dır. Anayasa metnine dahil iseler yukarıdaki kıstaslar ışığında bunların da doğrudan ve kendiliğinden uygulanması söz konusu olabilir. Anayasanın 176. maddesinin 1. fıkrasına göre, başlangıç kısmı Anayasa metnine dahildir. O halde yukarıda yapılan tasniflerdeki kıstasların aynen buraya da uygulanması mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin, anayasanın doğrudan uygulanmasını kabul eden sendika hakkı ile ilgili bir kararında şöyle denilmektedir (61): «...Zaten Anayasamız işçilerin sendikalar ve sendika birlikleri kurma temel haklarını kullanabilmeleri için bir yasa çıkarılmasını özel olarak buyurmamıştır. Yasama organı, Anayasanın 5. maddesinin (1961 AY.) kendisine verdiği genel yetkiye dayanarak 274 sayılı yasayı çıkarmıştır. Bu yasanın dışında kalanlar belirtildiği gibi Anayasaya dayanarak sendikalar ve sendika birlikleri kurabilirler; bunların tutumları, durumları bir yasa düzeni içine alınmalarını gerektirirse yasama organı bunları da yeni bir yasa düzeni içine alabilir; hatta bir yasa ile bunları da 274 sayılı yasaya (Sendikalar Kanunu) bağlayabilir...».

Anayasa Mahkemesi bir kararında da kendisinin, Anayasa hükümlerini doğrudan uygulaması zorunluluğuna değinmiş ve kanunların iptal edilmesi için söz konusu olan denetim yollarını sayarak bunlar dışında, Anayasaya aykırı kanunları iptal etme yetkisinin olmadığını, bu durumda ise kendisinin Anayasaya aykırı kanunu değil de doğrudan Anayasa kuralını uygulaması gerektiğini karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında şöyle demektedir: «Bir davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak yasa kuralını Anayasaya aykırı görürse o kuralın uygulanmasından kendi kendine vazgeçemez. Ancak Anayasa Mahkemesinden karar isteyebilir. Anayasa Mahkemesi ise, sadece Yüce Divan işlerinde ve siyasî partilerin kapatılması davalarında uygulanacak yasa kurallarını Anayasaya aykırı görürse bekletici sorun çıkarmaya ve aykırılığı karara bağlamaya yetkilidir. Anayasa Mahkemesinin iptal davaları, itiraz başvurmaları, Yüce Divan işleri ve parti kapatma davaları dışında Anayasaya aykırı bir yasa kuralının iptaline karar verilmesine olanak bulunmamaktadır. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesinin, yapısının niteliği ve Anayasanın 8. maddesinde anlatımını bulan üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında Anayasaya aykırı bir yasayı bir kenara bırakarak doğrudan doğruya Anayasa kuralını uygulaması gerekir» (62).

Yargıtayın da Anayasanın doğrudan uygulanması konusunda kararlarına rastlanmaktadır.

---

(61) E. 1963/336, K. 1967/29, K. T. 26.9.1967, AMKD., Sayı 6, s. 17, 18.
(62) E. 1964/22, K. 1964/54, K. T. 3.7.1964, AMKD., Sayı 2, s. 204 vd.

Yargıtay 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında, kamulaştırma bedeli olarak ödenecek karşılığın o malın maliki tarafından bildirilecek vergi değerini aşamayacağına ilişkin Anayasanın 38. maddesindeki kuralın (63), kamulaştırmadaki bedel uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanacağını belirterek aynen şöyle demiştir: «Anayasanın 8. maddesine göre; Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idarî makamları ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Gene Anayasanın 132/1 inci maddesi uyarınca 'Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.' 6830 sayılı İstimlak Kanununun 3. maddesi Anayasa Mahkemesinin, esas 1972/54, karar 1973/16 sayı ve 10.4.1973 günlü kararı ile iptal olunmuş ve Anayasanın geçici 20. maddesinde öngörülen bir yıllık süre içerisinde yasama organı tarafından yeni bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum karşısında Anayasanın az önce metinleri aynen alınan 8. ve 132/1 inci maddelerindeki esaslar gereğince aynı konuda düzenlemede bulunan Anayasanın değişik 38/1 - 2 nci maddelerinin doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle mahkemelerce re'sen dikkate alınması gerekir...» (64).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında da bu konuya değinerek bazı önemli noktalarda açıklamalarda bulunmuş, hatta aşırı denebilecek bir yorum yapmıştır: «Anayasanın 177 nci maddesinin (e) bendinde 11 inci maddeye yollama yapılarak yasaların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni yasalar çıkarılıncaya kadar varolan yasaların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin Anayasaya rağmen uygulanmasının söz konusu olamayacağı sonucu çıkar. Anayasa bu hükmü ile 1961 Anayasasından ayrılmış, yasalardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmüş yönteme başvurulmaksızın, doğrudan ve duraksamaksızın, Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir» (65).

2. Anayasal Normun Anayasaya Uygun Yorum Yoluyla Uygulanması (Dolaylı Uygulama)

Anayasanın doğrudan etkisinin kabul edilmediği hukuk sitsemlerin-

(63) 1961 Anayasasının 38. maddesinin, Anayasa Mahkemesince 1976 da verilen iptal kararından önceki düzenlemesi. Anayasa Mahkemesi o dönemde 38. maddedeki, «kamulaştırma bedeli olarak 'vergi değerinin' esas alınması kuralını» iptal etmişti.

(64) YHGK., E. 1974/5 - 556, K. 1975/433, K.T. 2.4.1975, YKD., Sayı 1975/11. s. 9 - 10.

(65) YHGK., E. 1980/4 - 1714, K. 1983/803, K.T. 14.9.1983, YKD., Sayı 1983/11, s. 1578 vd.

de bunun doğurduğu sakıncalı sonuçların bir telafisi olarak, anayasaya uygun yorum (dolaylı uygulama) kabul edilmektedir. Alman Hukukunda bu görüşün öncülüğünü yapan Durig; temel hakların tarihî gelişiminden hareketle, temel hakların münhasıran devlete yönelik kamu haklarını olduğunu savunur ve bunların bireyler yararına özel hak olduğu yolundaki doğrudan doğruya etki görüşünü reddeder. Yine bu görüşe göre, medenî hukukun anayasa hukuku karşısında bağımsızlığı vardır. Doğrudan etkinin kabulü, özel hukuktaki irade muhtariyeti ilkesini tehlikeye düşürür. Ancak kamu hukuku ve özel hukuk sistemleri bir bütün olarak hukukun iki ayrı bölümü olduklarından birbirlerine karşı kayıtsız kalamayacaklardır. Bu durumda temel hakların özel hukuku doğrudan doğruya değilse de dolaylı olarak etkilediği kabul edilmelidir. Bunun anlamı, özel hukukun içerikleri belirsiz kavram ve genel hükümlerinin anayasaya uygun biçimde doldurulmasıdır (66). Federal Anayasa Mahkemesi de bu görüşe uygun olarak, yasalardaki yorum ve takdir konusundaki genel kuralları, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanına girdiği sızma yerleri olarak nitelendirmiştir (67).

Nipperdey ve Federal İş Mahekmesi ise, doğrudan etki görüşünü savunarak, temel hakların doğrudan doğruya bireylerarası ilişkilerde de ileri sürülebilecek özel hak niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler (68). Yine bu görüşe göre, insanın insan olarak değerinin korunması düşüncesi, insanın özgürlük ve onurunun devlete olduğu kadar devlet dışındaki özel güçlere karşı da korunmasını gerektirir. Bir saldırı kimden gelirse gelsin bu bakımdan ayrım yaratmaz. Temel hakların fert yararına içerdiği değer hükümleri özel hukuk ilişkilerinde de uygulanabildiği ölçüde ferdin kişiliği de etkili olarak korunmuş olur. Hem devlete hitap eden ve hem de özel hukuk alanında geçerli olan temel haklar doğrudan etkili, objektif norm niteliğinde bağlayıcı anayasal hükümlerdir. Hangi temel hakların özel hukukta geçerli olduğunu anlamak için hakların somut içeriğine, özüne ve işlevine bakmak gerekir. Söz konusu bu hakların özel hukukta da geçerli olabilmeleri için (medeni hukukun dürüstlük kuralı, ahlak kuralı gibi) sızma yerlerine ihtiyaçları yoktur (69).

---

(66) Durig, G., Grundrechte und Zivilrechtsprechung vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Vervassung, Fetschrift für Hans Naviasky, München 1956, s. 167 vd.; Durig (Maunz/Durig/Herzog/Scholz), Grundgesetz Kommentar, Band I, München 1978, Art. 1, Anm. 129 vd. (Nakleden: Tuncay, Eşit Davranma, s. 65, 66, 67 ve oradaki atıflar).

(67) Tuncay, s. 67.

(68) Nipperdey, H. C., Grundrechte und Privatrecht (Feschrift für E. Molitar, München und Berlin 1962), s. 17 vd. (Nakleden: Tuncay, Eşit Davranma, s. 64 vd.).

(69) Nipperdey, s. 22 vd. (Nakleden: Tuncay, Eşit Davranma, s. 65).

Türk Hukukunda ise Anayasa, Anayasanın yatay ilişkilerde doğrudan uygulanmasını tartışmaya imkan vermeyecek bir «ilke» şeklinde kabul etmiştir (AY. m. 11). Anayasaya uygun yorum, yani dolaylı uygulama ise, doğrudan uygulamanın yerini alan bir kural değil, Anayasanın yüklediği başlı başına bir ödev ve önemli fonksiyonlara sahip olan bir ilkedir.

Anayasaya uygun yorum, başka bir deyişle Anayasanın dolaylı uygulaması, kanun hükümleri ya da düzenleyici idarî işlemlerin yorumunda ve kişilerarası uyuşmazlıkların çözümünde Anayasa kural ve ilkelerinin birer «yorum ölçüsü» olarak her zaman gözönünde tutulmasını ifade eder. Kanun hükümleri, hukukî işlemler ve hukukî anlamı olan tüm tasarruflar Anayasal kural ve ilkelere uygun oldukları ölçüde hukukî sonuç doğurabilirler. Bu nedenledir ki, bütün bunların Anayasal temel ilke ve kurallara uygun olarak yorumlanması zorunludur (70).

Anayasaya uygun yorum ödevi doğrudan Anayasadan kaynaklanmaktadır. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi (AY. m. 11) «herkes», ayrıca 138. madde «hâkimler» bakımından, başka hiç bir dayanağa gerek kalmaksızın «anayasaya uygun yorum» yapma ödevini öngörmektedir.

Hâkimin, anayasayı doğrudan uygularken ya da yorum ölçüsü olarak anayasaya başvururken hiç bir şekilde özel kanunlardaki yorum ve takdire ilişkin genel kuralları sızma yerleri saymasına gerek yoktur. Zira anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesiyle (m. 11), 138. maddesi bunu bir ödev olarak hâkime yüklemiştir. Aksini düşünmek söz konusu genel kuralları Anayasanın üstüne çıkarmak anlamına gelir.

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi her alanda bu arada kişilerarası ilişkilerde de Anayasaya uygun bir hukuk düzeninin etkili bir varlık ve geçerlik kazanmasını amaçlamaktadır (71). Hirsch'in deyimiyle, «... Tabiri caiz ise bütün mevzuata Anayasa rengi ile boyanmış bir gözlükle bakılmalıdır» (72).

Hukuk devletinde ilke bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı değil, uygunluğudur. Bu nedenle hukuk kurallarının yorumunda başka yorum ölçülerinden hareketle Anayasaya aykırı sonuçlar doğuracak an-

(70) Süzek, s. 47; Tanör, s. 255, 256; Şahlanan, s. 33 vd.
(71) Seçkin, A. Recai, Anayasa Mahkemesinden başka mahkemelerin Anayasayı uygulamaları ve mahkemelerce hukuk kurallarının Anayasaya uygun olarak yorumu, Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 146; Süzek, s. 47.
(72) Hirsch, s. 13.

lamlara varmaktan kaçınmak zorunluluğu vardır. Anayasaya aykırılığın yargısal denetimine ancak böyle bir yoruma varmanın mümkün olmaması halinde gidilmelidir.

Hâkim, olaya uygulanacak kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu araştıracak ve bunu yaparken de Anayasal temel ilke ve kuralları gözönünde tutacaktır. Yargıtay bir kararında bunu şu şekilde ifade etmektedir: «Bir olayın bütün özellikleri, yüksek bir adâlet düşüncesi ve Anayasada anlatımını bulan temel ilkeler çevresinde gözönünde tutulup değerlendirilmedikçe, varolan çeşitli çözüm biçimleri arasında mümkün en âdilini bulabilmek söz konusu olamaz» (73).

Yine Yargıtay'ın başka bir kararına göre de: «... Anayasanın 8. maddesinde (1982 AY. m. 11) ifadesini bulduğu üzere, kanunlar Anayasaya aykırı olamayacağı gibi, kanun maddelerinin Anayasanın metin ve esprisine ters düşecek bir yorumu da hukuken mümkün değildir» (74).

Bu kararlarda da ifade edildiği gibi, uygulama sırasında hukukî işlem ve fiiller hem mevzuat ve hem de Anayasa ilke ve kuralları ışığında bir yorumlanma ve değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Yani Anayasa ve kanun hükümleri bir arada uygulanarak sonuca varılmalıdır. Kişiler arasında Anayasanın etkili bir varlık ve geçerlik kazanması buna bağlıdır (75).

Anayasanın yatay ilişkilerde uygulanmasının bu dolaylı yolu doğrudan uygulamaya oranla daha kolaylıkla benimsenmektedir. İsviçre ve Federal Almanya'daki eğilim de bu yoldadır (76).

3. Anayasal Normun Anayasaya Aykırılığın Yargısal Denetimi Yoluyla Uygulanması

Anayasanın yatay ilişkilerde uygulanmasında söz konusu olan doğrudan uygulama, yani anayasanın kişiler arasındaki ilişkilere bir objektif norm gibi uygulanması yoluna başvurulduktan sonra, doğrudan uygulamanın mümkün olmadığı durumlarda hukuk normlarını uygulayacak olanlar bu normların anayasal ilke ve kurallar ışığında bir yorumuna ulaşmaya çalışacak ve mümkün mertebe uygulamanın anayasaya uygunluğunun sağlanılmasına gayret edeceklerdir. İşte bunun gerçekleştirilmesine çalışırken bir kanun hükmünün geçerliğine dokunmayacak anlamın üstün tutulmasına çaba gösterilmeli, ancak böyle Anayasaya

(73) Yargıtay 9. H.D., E. 691, K. 4629, K.T. 9.4.1968 (Orhaner, A. B. - S. Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969, s. 191).
(74) YİBK., E. 1974/5, K. 1974/7, K.T. 24.5.1974 (Son İçtihatlar, Aralık 1974).
(75) Süzek, s. 51.
(76) Tanör, s. 256 - 257.

uygun bir yoruma imkan bulunmadığı takdirde anayasaya aykırılığın denetlenmesi yoluna başvurulmalıdır.

Bu safhada görev daha çok hâkimlere düşmektedir. Hâkim somut olaya uygulayacağı kuralı Anayasaya uygun yorum yolu ile anayasayla bağdaştırmak imkanını bulamıyorsa Anayasanın ilgili kurallarını doğrudan doğruya olaya uygulamak durumunda değildir. Bu halde kanun hükmünün anayasaya aykırılığı söz konusudur ve Anayasa, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi yetkisini Anayasa Mahkemesine vermiştir (AY. m. 148 vd.) (77). Ancak mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme ve anayasaya aykırı gördükleri kanun hükümlerini uygulamama gibi bir yetkileri olmasa da, kanunların anayasaya aykırı olduğu kanaatinde iseler, söz konusu kanun hükmü veya hükümlerinin Anayasa Mahkemesince, anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesini sağlayacak bir yetkiye sahiptirler. Bu yetki mahkemelere Anayasanın 152. maddesiyle tanınmış itiraz (somut norm denetimi) yoludur. Buna göre hâkim, önüne gelen somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan kanun hükmünü anayasaya aykırı görmekte ise veya uyuşmazlığın taraflarından biri bu kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmekte olup, hâkim de bunu ciddi buluyorsa bu durumda hâkim, Anayasanın 152. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak konuyu Anayasa Mahkemesine gönderir ve Anayasa Mahkemesince verilecek karara kadar davayı erteler. Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelmesinden itibaren 5 ay içinde aykırılık konusunda kararını verir ve açıklar. Mahkeme de bu karara göre davayı çözümler. Ancak bu süre içinde Anayasa Mahkemesi bir karar vermemiş ise mahkeme, yürürlükteki kanun hükümlerini uygulayarak davayı sonuçlandırır. Ancak esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararı gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. 1961 Anayasasında söz konusu bekleme süresi 6 aydı ve bu süre içinde Anayasa Mahkemesinin kararı gelmediği takdirde hâkim, anayasaya aykırılık meselesini kendi kanaatine göre çözümleyerek davayı yürütme yetkisine sahipti (1961 AY. m. 151). Kanaatimizce 1961 Anayasasının hâkime bu yetkiyi vermesi, anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin bir sonucu olan doğrudan uygulamayı daha çok gerçekleştirici ve Anayasanın söz konusu maddelerini daha çok bağdaştırıcı niteliğe sahip bir düzenlemeydi.

---

(77) 1924 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi olmadığından, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda genel mahkemelerin yetkili olup olmadıkları tartışılmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Feyzioğlu, Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Ankara 1951; Gür, Refik, Hukuk Devleti - Kazaî Murakabe, İstanbul, 1958 ve Demokrasiler ve Demokrasimiz, Akşehir 1953.

Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılığı iddia edilen kanun hükümlerini incelemesi sonucunda anayasaya aykırı bulursa bu kuralı (hükmü) kesin olarak iptal eder (AY. m. 153/1). Böylece söz konusu kanun hükümleri yürürlükten kalkmış olur.

İtiraz yolunda olduğu gibi anayasaya aykırı kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesince denetlenmesini sağlayan diğer bir yol ise doğrudan doğruya iptal davasına başvurmadır. İptal davası kanunların ve yasama meclisleri içtüzüklerinin tümü veya bunların belirli madde ve hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya dava açılmasıdır. Anayasa iptal davası açma hakkını sınırlandırmıştır (AY. m. 150). İptal davası kanun veya içtüzüklerin Resmî Gazetede yayınlanmasından itibaren 60 gün (şekil konusunda 10 gün) içinde açılır (m. 148, 151). Dilekçede itiraz edilen kanun veya hükümlerinin, Anayasanın hangi hükümlerini ihlal ettiğini bir gerekçeyle bildirmek gerekir. İptal davası anayasaya aykırı kuralların iptaline imkan hazırlayarak hukuk düzenini bu kurallardan arıtmaya, «anayasanın üstünlüğünü sağlamaya» yönelmiş bir yoldur.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayınlanır. Kararlar yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (AY. m. 153/son).

Anayasa Mahkemesi itiraz ve iptal davası yoluyla kendisine gelen kanun hükmünü Anayasaya aykırı bulursa bu kuralı iptal eder. Böylece kanun hükmünün iptal edildiği hallerde (özellikle itiraz yolunda) anayasa kuralının yatay ilişkilerde uygulanması durumu yargısal denetim yoluyla gerçekleştirilmiş olur. Kanun hükümlerinin iptal edilmesi sonucunda, anayasa hükümleri doğrudan uygulanabilir bir nitelik taşıyorsa somut uyuşmazlığa uygulanır. Bu durumda kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla, anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması söz konusu olur. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kaç örnek kararla anayasal bazı sosyal hakları doğrudan uygulanabilir hale getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi grev ile ilgili bir kararında aynen şöyle demiştir: «Anayasamızca grev genel surette ve prensip olarak kabul edilmiş ve ancak bazı kayıt ve şartlarla kullanılmasının düzenlenmesi ve istisnaları kanuna bırakılmıştır. Anayasada mevcut grev hakkının, düzenleyici bir kanun çıkıncaya kadar geçici bir zaman için kullanılmaması, grevi mutlak surette yasaklayan İş Kanununun 72 nci maddesinin, grev hakkını kesin olarak kabul eden Anayasanın 47 nci maddesinin birinci

fıkrasıyla bağdaşmadığı açıktır. Bu sebeplerle İş Kanununun 72 nci maddesindeki grev yasağına ilişkin hükmün iptali gerekir» (78).

Yine Anayasa Mahkemesi angarya yasağı ile ilgili bir kararında şunları söylemiştir: «... Anayasanın 42 nci maddesinin ikinci fıkrasında (angarya yasaktır) hükmü bulunmaktadır. Anayasanın bu açık hükmü karşısında İş Kanununun 38 nci maddesinin birinci fıkrasının, maddedeki şartlar içerisinde yapılacak fazla çalışmadan bir saat için hiç bir ücret ödenmiyeceğine ilişkin hükmü Anayasaya aykırıdır» (79).

Ancak Anayasa kuralları olaya doğrudan uygulanabilecek bir nitelik taşımıyorsa bu durumlarda genellikle bir kanun boşluğu doğar ve bu boşluğun nasıl doldurulacağı meselesi ortaya çıkar. Bu şekilde bir kanun boşluğu ortaya çıktığında, bu boşluğun hâkim tarafından hukuk yaratılmak ve uyuşmazlığı buna göre çözmek suretiyle doldurulması kabul edilmektedir (80). İşte bu durumlarda hâkim hukuk yaratırken anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa hükümlerini gözönünde tutmak zorundadır. Hukuk yaratmada Anayasanın ilke ve kuralları hâkime yol gösterecek, yardımcı olacaktır. Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere, bu safhada da Anayasanın ilke ve kurallarının yatay ilişkilerde dolaylı uygulanması söz konusu olabilecektir (81).

Demekki Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı olan kanun hükmünü iptal ettiğinde, bu iptal sonucunda eğer Anayasa hükümleri doğrudan uygulanabilir nitelikteyse, yatay ilişkilerde doğrudan doğruya uygulama; Anayasa hükümleri doğrudan uygulanamıyorsa meydana gelen kanun boşluğunun hâkimin Anayasaya uygun olarak hukuk yaratmasıyla doldurularak yatay ilişkilerde anayasanın dolaylı uygulaması; yargısal denetim yoluyla gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Konumuzla ilgili olarak anayasa ile zımnî ilga meselesine değinmekte de yarar vardır. Burada önemli olan nokta, anayasaya aykırılık ile anayasa vasıtasıyla zımnî ilgayı birbirine karıştırmamaktır. Anayasaya aykırılık söz konusu ise yetkililer dava açar. O zaman hüküm Anayasa Mahkemesi iptal kararı verene kadar yürürlükte kalır. Ya da Anayasa Mahkemesine itiraz yoluya gidilir. Anayasa Mahkemesi iptal kararı verene kadar norm yürürlüktedir. Anayasa ile zımnî ilga söz konusu olduğunda ise, Anayasa Mahkemesinde dava açmaya gerek yoktur. Yeni hüküm (anayasa hükmü) ile eski hüküm (kanun hükmü) zımnen ortadan

(78) E. 1962/280, K. 1963/51, K.T. 6.3.1963, AMKD., Sayı 1, s. 94 - 95.
(79) E. 1963/172, K. 1963/244, K.T. 21.10.1963, AMKD., Sayı 1, s. 367.
(80) Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 115, 116, Süzek, s. 49.
(81) Süzek, s. 49.

kalkar. Anayasaya aykırılık konusunda iptal söz konusu ise, bunu tespit edecek makam Anayasa Mahkemesi iken zımnî ilgada ilganın tespiti, hükmü uygulayacak olan mahkemeye aittir. Zımnî ilganın iki şartının birlikte gerçekleşmesi zorunludur. Birinci şart, anayasa hükmünün yeni olması; ikincisi ise, anayasanın herhangi bir hususta genel bir prensip koymakla yetinmeyip âdeta kanun hükmü gibi o meseleyi teferruatı ile tanzim etmiş olmasıdır.

Bu durumda da zımnî ilga ile ortadan kaldırılan kanun hükmü yerine doğrudan anayasa hükmünün uygulanması gerçekleşmiş olacaktır.

C — Anayasanın Yatay İlişkilerde Uygulanmasının Sonuçları

Anayasanın yatay ilişkilerde uygulanmasının en önemli sonucu, uygulanması söz konusu anayasa ilke ve kurallarına aykırı olan kanun hükmü, idarî düzenleme (tüzük, yönetmelik), hukukî ve idarî işlemlerin geçersizliğidir. Bu geçersizliğin dayanağı anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini düzenleyen 11. maddesidir. Ancak şu hususu hemen belirtelim ki, bu geçersizliğin tespiti yukarıda saydığımız kural ve işlemler bakımından farklı organlarca yapılabilecektir. En başta kuralın geçersizliği deyimini genel anlamda kullanıyoruz. Elbetteki kanunlar konusundaki geçersizliği (teknik adıyla anayasaya aykırılığı) belirleme yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.

Tüzükler, yönetmelikler, idarî işlemler ve hukukî işlemlerin Anayasaya uygun olma zorunluluğu vardır. Anayasaya aykırı tüzük ve yönetmelikleri hâkim uygulamayıp, Anayasaya aykırı düşmeyen kanun hükmünü uygulayacaktır. Tüzük ve yönetmeliğin Anayasaya veya kanuna aykırılığını gören hâkimin bu aykırılığı inceleyip, aykırı bulduğu bu düzenlemeleri uygulamama yetkisi vardır. Çünkü Anayasa bu konuda kanunlarda olduğu gibi bir sınırlama yetirmemiştir (82).

Kanunlar ve düzenleyici idarî işlemler gibi kişiler tarafından yapılan hukukî işlemler de Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanmalıdır Zira hukukî işlemler Anayasa ilke ve kurallarına uygun oldukları ölçüde hukukî sonuç doğurabilirler. İşte hukukî işlemler bakımından hâkim, anayasaya uygun bir yoruma ulaşamıyorsa bu durumda söz konusu hukukî işlemler doğrudan anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (AY. m. 11) gereği geçersizdir.

---

(82) Bkz.: Ocakçıoğlu, s. 520 - 522; Süzek, s. 49 ve dn. 133'teki atıflar; Karşı görüş için bkz. Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1966, Cilt 1, s. 396, Cilt 3, s. 1771 - 1779.

Doktrinde yazarların çoğunluğu (83), hukukî işlemlerin anayasaya aykırılığı nedeniyle geçersiz olmalarını, anayasa ilke ve kurallarının özel hukuka giriş kapısı olarak kabul ettikleri Borçlar Kanununun 19. ve 20. maddelerine dayandırmaktadırlar. Bu görüşe göre söz konusu maddeler (BK. m. 19, 20) «kanunun kat'i surette emreylediği hukukî kaidelere» ve «umumî intizama» aykırı hukukî işlemleri geçersiz saydığından ve bu konudaki Anayasa ilke ve kuralları da «emredici hukuk kuralı» ve «kamu düzeni hükmü» niteliğinde bulunduğundan hukukî işlemler bakımından Anayasaya uygun bir yoruma imkan bulunmadığında emredici hukuk kurallarına ya da kişilik haklarına aykırılık nedeniyle bu işlemler geçersiz sayılmalıdır.

Kanaatimizce, Alman Hukukunda öncülüğünü Nipperdey'in yaptığı görüş (84) doğrultusunda, Anayasanın yatay ilişkilere uygulanabilme niteliğine sahip ilke ve kuralları (Alman Hukuku bakımından sadece temel haklar) hem devlete yönelik hem de özel hukuk alanında geçerli olan, doğrudan etkili, objektif norm niteliğinde hükümlerdir. Bu hükümler tüm hukuk düzeninde geçerli, doğrudan doğruya normatif bir düzenleme getiren hükümler olduğundan, aynı zamanda kişiler yararına özel hak doğururlar. Anayasa ilke ve kurallarının tüm hukuk düzenindeki mutlak etkisi hukuk düzeninin bütünlüğüne de uygundur. Bunların objektif normlar olarak yatay ilişkilerde de (özel hukuk) geçerli olmaları için (medeni hukukun dürüstlük kuralı, ahlâk kuralı, kamu düzeni hükmü gibi) sızma yerlerine ihtiyaçları yoktur.

Anayasa ilke ve kurallarının yatay ilişkilerde uygulanabilmesi için nasıl bu sızma yerlerine ihtiyacı yoksa, aynı şekilde Anayasa ilke ve kurallarına aykırı olan hukukî işlemlerin geçersizliği için de bu sızma yerlerine (giriş kapılarına) dayanmanın gereği yoktur. O halde hukukî işlemlerin konumuz bakımından söz konusu geçersizliği doğrudan Anayasadan kaynaklanmaktadır.

SONUÇ

İncelememizin sonucunda, anayasanın kişilerarası yatay ilişkilerde uygulanmasının geniş bir alanda söz konusu olabileceğini söylememiz mümkündür. Anayasanın yatay ilişkilerde uygulanabilmesi, klasik ana-

(83) Hirsch, s. 12 - 13; Süzek, s. 50; Serozan, s. 215 vd.; Tanör, s. 257; Şahlanan ise bu konuda hem Anayasaya hem de BK'nun 19. maddesine dayanılabileceği görüşündedir. Bkz. s. 45.

(84) Nipperdey, s. 22 vd. (Nakleden: Tuncay, Eşit Davranma, s. 65).

yasa anlayışının aşılması ve artık gittikçe anlamını yitiren kamu hukuku - özel hukuk ayrımının eski katılığından kurtulması sonucunda mümkün olabilmiştir. Türk ve yabancı doktrin ile mahkemelerin genel eğilimi de bu yönde olduğundan, anayasanın kişilerarası yatay ilişkilerde uygulanması giderek gelişme imkanına sahiptir. Böyle olması da zorunludur. Zira, hukukun bir sistem, anayasanın da bu sistemin çerçeve ve ruhunu belirleyen bir temel norm olduğu gerçeği, anayasa ilke ve kurallarının, o toplumdaki hukukî anlamı olan bütün faaliyetlere yön vermesini gerektirmektedir. Anayasa, kanunların gerisinde kalan bir yığın olmamalıdır. Bunun için Anayasa ile bağlı olanlar, özellikle hâkim, anayasa ilke ve kurallarının doğrudan, dolaylı ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla yatay ilişkilere uygulanmasına gayret göstermelidir. Aksi takdirde anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi (AY. m. 11) boş bir laf olmaktan öteye gidemez.

ANAYASA MAHKEMESİNİN SİYASİ YAPISI

Hasan TUNÇ (*)

GİRİŞ

T. C. 1982 Anayasasının metnine dahil olan ve Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri kapsayan «Başlangıç Kısmında»: Milli iradenin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu Millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icapları ile belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı; kuvvetler ayırımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belirli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu açıkca belirtilmiştir. Anayasa ve Mahkemesi de, Türk Milleti adına egemenliği kullanan anayasal kuruluşlardan biridir. Yasama organının Anayasada belirtilen tasarruflarının, Anayasaya uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesi'ne ait yetkilerdendir. Yüksek Mahkeme, bu görevi gereği siyasi sorunlarla uğraştığından, adeta yarı siyasi bir organ niteliği taşımaktadır. Bu yönüyle kararları da, sonuçları itibariyle siyasi hayatı etkilemektedir.

Yasama organının kanun mahiyeti arzeden tasarruflarının Anayasaya uygunluğunun denetimi mekanizması, yasama organına hakim çoğunluğun iradesi ile yürütme organı iradesinin birleşmesi sonucu meydana gelebilecek, siyasi diktaların engellenmesini sağlayan önemli etkenlerden biridir. Bu sebeple yasama organı, kendisine ait kanun yapma yetkisini kullanırken, Anayasa Mahkemesi'nin ilgi konudaki karar ve yorumlarını gözden uzak tutamaz.

Siyaset alanı ile hukuk alanının kesiştiği bir bölgede görev yapan Anayasa Mahkemesi'nin uğraştığı konuların siyasetle çok yakından ilgili olduğunda şüphe yoktur. Çünkü, yasama organının siyasi tercihlerinin Anayasaya uygunluğu yönüyle denetlenmesi hukuki ve siyasi sorun-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ları, sonuçları itibariyle birbirinden kesin hatlarla ayırmayı hayli güçleştirmektedir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin belirgin bir siyasi fonksiyon ifa ettiğini belirtebiliriz.

Konunun daha çok, Türk Anayasa Mahkemesi uygulamaları açısından ele alındığı incelememiz de, ilk olarak, anayasa yargısının teorik temelleri üzerinde durulmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu açıklayan bölümü, Yüksek Mahkemenin görev ve yetkilerinin siyasetle ilişkisinin belirtildiği kesim izlemektedir. Bunu, Anayasa Mahkemesi kararlarının siyasi sonuçlarının ele alındığı kısım takip etmektedir.

I. ANAYASA UYGUNLUK DENETİMİ VE SİYASET

1. Siyasi İktidarın Anayasa Yargısı Yoluyla Sınırlandırılması Düşüncesinin Fikri Temelleri

Hukuk normları arasında bir hiyerarşi olduğu düşüncesi çok eskidir. Eski Yunan'da, Roma'da, İslâm Hukukunda ve Ortaçağın hıristiyan müelliflerinde bu fikre rastlanır. Sokrat, kendisini yargılamak üzere toplanan Atinalılara, kendi kanunlarının üstünde ilâhi kanunlar ve vicdani prensipler olduğunu hatırlatırken bu düşünceyi dile getirmiştir. Aristo da, siyasi toplumun ana teşkilâtını kuran kanunlarla, alelâde kanunlar arasında bir ayırım yapmıştır. Çiçeron, yazılı olmayan, fakat aklın ve tabiatın emrettiği kanunların varlığını ileri sürmüştür; «Hukuk ne Oniki Levha Kanunu, ne de preotorların emirnameleridir, hakiki ve ebedi kanun, doğru yolu gösteren aklın, tabiata uygun olarak emrettiği şeydir. Bu kanunu ne Senato, ne de halk yürürlükten kaldırabilir.» Stoisyenler de, aklın emrettiği kanunların üstünlüğünden bahsetmişlerdir. Ortaçağda Saint - Thomas, Summa Theologia adlı eserinde kanunları ebedi kanun (Lex aeterna), tabii kanun (Lex naturalis), beşeri kanun (Lex humana), ilâhi kanun (Lex divinia) diye dörde ayırmış ve beşeri hukukun tabii hukuka aykırı olamıyacağını belirtmiştir. İslâm Hukukunda da bu hiyerarşi fikri; «Kur'an'ın vaz'ettiği hukuki esaslar, amme kudretini elinde tutanlar tarafından ihlâl edilemiyecek üstün hukuk kurallarıdır», şeklinde ifade edilmiştir. Nihayet Rönesans'tan sonra «tabii hukuk» akımı, hukuk kuralları arasında bir kademelenme olduğu fikrinin yaygınlaşmasına geniş ölçüde hizmet etmiştir (1).

Hukuk devleti idealine erişme çabası şekline dönüşen bu gelişmeler, zamanla siyasi iktidara bir sınır koyma düşüncesi şekline bürünmüştür.

(1) T. Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayını, Ankara 1951, s. 3.

Bu sınırlamanın ilk aşaması, kişi haklarını güven altına alan ve iktidarı kullananların uymak zorunda olduğu bazı kuralların konması idi. Bu kurallar bütününe, en üstün kanun veya temel kanun denmektedir. Anayasacılık hareketinin başlangıcının XVIII. yüzyıl İngiltere'sinde, Stuart'ların mutlakiyetine karşı Püriten'lerin mücadelesinde bulmak mümkündür (2).

Anayasa Yargısı düşüncesinin kaynaklarını da yine aynı ülkede, İngiltere'de bulmaktayız. Yasama organının, üstün hukuka aykırı tasarrufta bulunamıyacağı, bulunduğu takdirde bu tasarrufların hüküm ifade etmiyeceği ve herhangi bir kanunu, Anayasaya aykırı gören mahkemelerin onu uygulamak zorunda olmadıkları fikri, İngiltere'de doğmuştur. Bu fikrin ilk kıvılcımlarını hakim Edward Coke ile kral I. James arasında meydana gelen ihtilaflarda bulmak mümkündür.

İngiltere'de, I. James'in hükümran olduğu tarihe gelinceye kadar hakim olan fikir, kralın herşeyin üstünde olduğu, O'nun tasarruflarına karşı gelebilecek veya O'nun iktidarını kısıtlayabilecek ve kontrol edebilecek üstün bir kanun olmadığı, mahkemelerin dahi kralın kanunlarını ve tasarruflarını iptal edecek yetkilere sahip bulunmadıkları düşüncesi idi. O tarihlerde, yani XVIII. yüzyılın başlarında, her ne kadar Magna Carta (Büyük Ferman) hükümleri câri idiyse de, kralın bu kurallara aykırı hareket etmesi ancak parlamentonun bazı mali tedbirlere başvurmasıyla önlenebiliyordu. Başka bir deyişle parlamento, talep edilen tahsisatı reddetmek yoluyla kralı Magna Carta hükümlerine riayet ettirebiliyordu. Kralın, Magna Carta hükümlerine aykırı tasarruflarının yargı denetiminden geçirilmesi pek düşünülemiyordu. Krala ve parlamentoya üstün kuvvette bir temel kanunun mevcut olduğu fikri ilk defa bu yıllarda, hâkim Coke tarafından ortaya atılmıştır denilebilir. Hâkim Coke, kral ile olan mücadelesi süresince, Magna Carta'yı, kralın üstünde birçok yönlerden parlamento tarafından dahi değiştirilemeyen temel bir kanun olarak görmüştür. Bu fikrin en hararetli savunuculuğunu yapan hâkim Coke, mahkemelerin kral ve parlamento ile millet arasında hakem vazifesini ifa etmeleri gerektiği tezini savunmuş ve nihayet, kralı kanundan üstün bir kuvvet olarak kabul edenleri, vatan hainliği ile itham etmiştir. O'na göre kral, memleket kanunlarına uymak zorunda idi ve parlamentonun dahi üstünde yeralan bazı kanunlar mevcuttu. Adaletin mukaddes sayılan prensiplerine aykırı düşecek yasama tasarruflarını uygulamamak hâkimlerin görevi idi. «Calvin» davası sebebiyle kaleme aldığı kararında hâkim Coke, tabii hukukun insana tanıdığı teminatı parlamentonun her-

(2) M. Kıratlı, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 1.

hangi bir kanun ile çürütemiyeceğini beyan etmiştir. Yine başka bir davada da, akla ve müşterek hukuka aykırı veya uygulanması imkânsız, adil olmayan bir kanunun yok sayılması gerektiğini ve mahkemelerin, bu çeşit kanunlara uymak zorunda olmayacaklarını belirtmiştir (3).

Coke'un yaşadığı sürece savunduğu bu fikirler İngiltere'de kendisinden sonra pek taraftar bulamamıştır. Fakat, Amerika'da bu düşüncelerin kabulü ile, Anayasa Yargısının yıkılmaz temelleri inşa edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde baş hâkim (Chief Justice) Marshall 1803 tarihli «Marbury v. Madison» davasında, Coke doktrini ile doğal hukuk düşüncesini bütünleştirerek (4), Anayasa yargısının gerçek manada yerleşmesini sağlamıştır.

John Marshall, sözkonusu kararında şöyle diyordu: «Yargı erkinin başlıca görev ve yetkisi hukukun ne olduğunu beyan etmektir. Bir hukuk kuralını belirli olaylara uygulayan kimseler, ister istemez bu kuralı yorumlayacaklardır. Yargıç, birbiriyle çakışan iki kanun karşısında kalınca, bunlardan herbirinin uygulama alanını belirlemek zorundadır. Bir olayda uygulanması gereken kanun, Anayasaya aykırı ise ve sözkonusu olayla ilgili bir Anayasa hükmü var ise, yargıç ya kanunu uygulayarak Anayasayı ihmal edecek, ya da Anayasa hükmünü uygulyarak kanunu ihmal edecektir. Bu doğrudan doğruya yargı erkinin kendisidir, özüdür. Şu halde, yargıç Anayasayı nazarı itibare alacaksa ve Anayasa, Yasama organının alelâde tasarruflarından üstünse, kanunla Anayasanın çarpışması halinde, hadise kanuna göre değil, Anayasaya göre çözülmelidir...»

«... Anayasa ya alelâde kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur, ya da yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği, alelâde kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Bu şıklardan birincisi doğru ise, yasama organının Anayasa aykırı tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise, yazılı Anayasalar, mahiyeti icabı sınırlandırılması imkansız olan bir kuvveti sınırlandırmak üzere milletlerin giriştiği manasız teşebbüslerdir...» (5).

(3) Chase - C. R. Ducat, The Constitution, 1978 Princeton University Press, s. 221; İ. Arsal, Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme, AÜHF Yayını, Ankara 1958, s. 87.

(4) B. Çağlar, Parlamento ve Anayasa Mahkemesi, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 7, Ankara 1987, s. 137.

(5) Kararla ilgili geniş bilgi için bkz. D. P. Currie, The Constitution in the Supreme Court, University of Chicago Press 1985, s. 66 vd.; K. C. Wheare, Modern Anayasalar, (Çev.: M. Turan), Değişim Yayınları, İstanbul 1984, s. 129 vd.; T. Feyzioğlu, age., s. 169 vd.; E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1986, s. 349.

Gohn Marshall'ın çok sade ve güzel üslûpla ifade ettiği bu hakikat, diğer birçok memleket mahkemeleri ve ilim adamları tarafından benimsenerek, siyasi iktidarın yargı denetimi yoluyla sınırlandırılması düşüncesinin yaygınlaşmasını sağlamıştır.

2. Siyasi İktidarı Sınırlandırıcı Yönüyle Anayasa Yargısı

Günümüz demokrasilerinin özelliği, çoğunluk yönetimine dayanmalarıdır. Diğer bir deyişle, en çok oyu alan vekâleti elde eder ve parlamentoda en çok sandalyesi olan yönetir (6). Acaba bu tür yönetimlerde çoğunluğun suistimallerine karşı azınlığın korunması gerekli değil midir? Diğer şekliyle, çoğunluğun istibdadını önlemenin yolları nelerdir? Montesquieu bu konuda şöyle bir çözüm teklif etmektedir: «Hür devletin meydana getirdiği kuvvet suistimalinin önlenmesi ancak bir kuvvetin, diğerini durdurması ile mümkündür (7). Daha açık bir deyişle, devletin temel hukuki yapısını kuran Anayasa ile kendisine çizilmiş yetki sınırını aşan bir kuvvet, diğer bir kuvvet tarafından durdurulmalıdır. Bu yönüyle, yasama tasarruflarının Anayasaya uygunluğunu sağlayıcı güç olarak karşımıza, Anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemeler çıkmaktadır. Bu mahkemelerin günlük siyasi hayat içerisinde pek çok etkisinin olması da, bu görevleri gereğidir.

3. Türkiye'de Anayasa Yargısı

Türkiye'de de Anayasa yargısının kurulması için gösterilmiş olan gayretler, politikanın yargı yoluyla denetlenmesi fikrine paralel olarak gelişmiştir. Gerçekten kanun koyucunun faaliyeti, mahiyeti icabı politik bir yöne sahiptir.

Bu faaliyetin yargı yoluyla denetlenmesi de politikanın, yargı fonksiyonunun denetleme alanına dahil edilmesi anlamına gelir. Gerçekte politikanın yargı yoluyla denetlenmesi kavramıyla, yargı fonksiyonunun politikaya karıştırılması kavramları birbirinden çok farklı şeyledir (8).

Türkiye'de bu konudaki tartışmalar, Osmanlı Devletinin meşrutiyet sistemine geçişi ile başlamış ve Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşuna değin sürmüştür. Osmanlı'nın meşrutiyet sistemine geçişinden itibaren Anayasa rejimi katı, özel şekle tabi metinlerle düzenlenmiştir. Fakat, Anayasa yargısı açısından özel bir merci veya özel bir yargı yolu-

(6) G. Sartori, Demokrasi Kuramı, (Çev.: D. Baykal), Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, Ankara tarihsiz, s. 16.
(7) T. Feyzioğlu, age., s. 27.
(8) Ü. Azrak, Türk Anayasa Mahkemesi, İHFM, c. 28, sy. 3 - 4, s. 650.

nun belirlenememesi (9), bu tartışmaların hızlanarak devamına sebep olmuştur.

İlk Türk Anayasası olarak kabul gören 1876 (1293) tarihli Anayasanın 115 nci maddesinde, «Kanun-u Esasi'nin bir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile tatil ve icradan ıskat edilemez» hükmü yeraldığı gibi, 116 ncı maddesinde de Kanun-u Esasi'nin katılığı, yani diğer kanunlardan ayrı bir şekilde değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir (10). Zikredilen maddeler, Anayasanın diğer kanunlara üstünlüğünü belirtmekte ama yargısal denetime hiç temas etmemektedir.

Görüldüğü üzere, 1876 tarihli Knaun-u Esasi Anayasa yargısı denetimine hiç yer vermemekte, buna karşılık Heyet-i Ayan'a tanınan yetki ile siyasi denetime belirli ölçüde müsaade etmiş bulunmaktadır. Sözkonusu Anayasa 64 ncü maddesinde, Heyet-i Ayan'a, Heyet-i Mebusan kararlarını belirli ölçüde kontrol hakkı vermektedir.

Kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sistemini kabul eden 1921 Anayasasında ise, Anayasa yargısı ile ilgili hiçbir hüküm bulunmamakta idi. Yalnız 7 nci maddesi ile (11), Anayasanın üstünlüğü prensibi arasında bir ilgi kurmak mümkün olabilir (12).

1924 Anayasası'nda getirilen düzenlemede, Anayasa yargısı ile ilgili açık bir ifade bulunmamakta idi. Fakat 103 ncü maddesinde, «Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal ve tadil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'na münafi olunamaz.» denmiştir. Diğer bir deyişle, kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Lâkin, aykırılığı kimin ne şekilde tesbit edeceği belli değildir. Bu durum, doktrin ve içtihat da farklı görüşlere sebep olmuştur.

Doktrinin önemli bir kesimi, Anayasanın üstünlüğü ilkesi ile, kanunların Anayasaya aykırılığını ve Anayasanın ihmalini yasaklayan Anayasa hükmüne dayanarak; mahkemelerin kanunların Anayasaya uygunluğunu incelemek ve Anayasaya aykırı kanunları uygulamaktan kaçınmak yetkisine haiz olduklarını, haklı olarak savunmuştur. Buna karşılık, mahkemelerin böyle bir yetkisini reddeden görüşün de kuvvetli tarafları

(9) T. B. Balta, Türkiye'de Anayasa Yargısı (1), AHFD, c. 28, 1961, sy. 1-4, s. 547.

(10) Anayasa metni için bkz.: A. Ş. Gözübüyük - S. Kili, Türk Anayasa Metinleri, SBF Yayını, Ankara 1982, s. 23 vd.; S. Tanilli, Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 3 vd.

(11) Madde metni için bkz.: A. Ş. Gözübüyük - S. Kili, age., s. 93.

(12) S. Armağan, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İÜHF Yayını, İstanbul 1967, s. 15; Y. Aliefendioğlu, Türk Anayasa Yargısında Denetim Yolu, DD. Yıl 4, sy. 54 - 55, s. 6.

mevcuttu. Bu görüşün en önemli dayanağı, Anayasanın 52 nci maddesinde belirtilen tüzüklerle ilgili hüküm idi (13). Görüş taraflarına göre, Meclis, Milli Egemenliği kullanan tek organdır, bu sebeple Meclis'in yaptığı kanunları, açıkca yetkilendirilmedikçe mahkemeler tetkik edemezler (14). Yargı organları bir iki küçük istisna dışında, bu dönemde kanunların Anayasaya uygunluğunu incelemeye pek yanaşmamıştır. Bazı ilk derece mahkemeleri bu yetkiyi kendilerinde görmüşse de, Temyiz Mahkemesi'nce kabul görmemiştir. Bu konuda ilk parıltı olarak kabul edebileceğimiz, Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19.11.1949 tarih, 6206/6039 sayılı kararı ve 7.4.1952 tarih, 132/216 sayılı ısrar kararını; Temyiz Hukuk Genel Kurulu, 3.12.1952 tarih, 96/140 sayılı karar ile reddetmiştir (15). Özellikle temyiz mercilerinin menfi tutumları sebebiyle, var olan birkaç kıvılcım da alevlenmeden sönmüştür.

Danıştay konuya daha olumlu yaklaşmış bulunmaktadır. Kanunları Anayasa ile bağdaştıran bir yorum metodu uygulayan idari yargı mercii, bazı idari işlemler aleyhine yargı yolunu kapsayan kanunları, işlemin takdir unsuruna hasretmek suretiyle mânalandırarak ilgili idari merci kararlarını, kanuni şartların eksikliği sebebiyle iptal etmiştir (16).

Gerek doktrin, gerekse yargı içtihatlarında çokca tartışılmış olmasına rağmen, 1961 Anayasasına kadar Türkiye Cumhuriyeti'nde gerçek mânada Anayasa yargısı kurulamamıştır.

4. Siyasi Mücadeleler ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu

Anayasa yargısını gerçekleştirme yolunda ilk fikirler hukukçular çevresinden kaynaklanmıştır. Fakat, 1945'de siyasi hürriyetli demokra-

(13) 52. mad./son fıkra: Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta, bunun mercii halli Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir.

(14) Tartışmalar ve fazla bilgi için bkz.: T. Feyzioğlu, age., s. 265 vd.; S. Armağan, (Kazai Murakabe) s. 16 vd.

(15) Sözkonusu karara sebep olan olayda; bir köylü çocuğu, velisinin rızası olmaksızın, Teknik Zıraat Okulu'na kaydedilmiş, iki yıl sonra ise kaydı silinmiştir. Öğrenciye yapılan masraflar velisinden talep edildiğinde, veli kaydın rızası dışında yapıldığı gerekçesi ile ödemeyi kabul etmemiştir. İlk derece mahkemesi, ilgili kanunun Anayasaya aykırı olması gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Temyiz incelemesinde, karar bozularak iade edilmiştir. İlk derece mahkemesinin kararında ısrarı sonucu, olay Hukuk Genel Kurulu'nda incelenmiş, Hukuk Genel Kurulu'da, alt mahkemeyi haksız bulmuştur. Kararla ilgili tartışmalar ve fazla bilgi için bkz.: S. Özçelik, «Karar İncelemesi», İHFM, c. XXI, sy. 1 - 4, s. 482 vd.; Hâkim A. R. Gür, Hukuk Devleti Kazai Murakabe, Çeltüt Matbaası, İstanbul 1958, s. 21 vd.; T. Feyzioğlu, age., s. 255 vd.

(16) T. B. Balta, agm., s. 550; T. Feyzioğlu, age., s. 257 vd.

tik rejim başladıktan sonra siyasi muhitler de artık Anayasa yargısı ile ilgilenir olmuşlardır. Çünkü, Anayasaya aykırılık özellikle siyasi haklar sahasında kendini gösteriyordu. İktidar partisinin üst yöneticileri, Meclis'in milli hakimiyet temsilcisi sıfatıyla yaptığı kanunların Anayasaya uygunluğunu inceleme konusunda son söz sahibi olduklarını ileri sürüyorlardı (17).

Buna karşılık, muhalefet partileri, siyasi çıkarları gereği bir Anayaya Mahkemesi kurulması gereğinde birleşiyorlardı. Tarafsız çevreler, özellikle baskı tedbirlerinin ağır sıkıntılarıyla karşılaşan basın çevreleri, muhalefetin bu isteğini destekliyordu. İkinci bir meclisin kurulması, insan hak ve hürriyetlerinin genişletilmesi yanında, bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulması isteği, 1924 Anayasası rejiminin son yıllarında Anayasaya aykırı kanun ve tedbirlerin artması karşısında, siyasi mücadelelerin parolası haline gelmiş ve umumi efkârca da bütünüyle benimsenmiş bulunuyordu. Bu sebeple yeni bir Anayasanın hazırlanması halinde bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulması fikri genel kabul görüyordu. Bu itibarla, 1961'de halk oyu ile kabul edilen Anayasada, Anayasa Mahkemesi kurulması emredilmiştir (18). Daha sonra, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında, 22.4.1962 tarih, 44 sayılı kanunla, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu gerçekleşmiştir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasına oranla bazı değişiklikler getirmekle beraber, Anayasa yargısını esasta aynen kabul etmiş ve bu yargının Anayasa Mahkemesi'nce yürütülmesi kuralını korumuştur. 44 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 10.11.1983 günlü, 2949 sayılı kanun, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu ve yargılama usullerini, 1982 Anayasasına göre yeniden düzenlemiştir.

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE SİYASET

1. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, esas itibariyle yasama tasarruflarının (kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin vs.) Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bir yüksek mahkemedir. Kendine has birtakım özel-

(17) 1924 Anayasa rejimine ait Meclis İçtüzüğü (md. 37); encümenleri, ellerine gelen bir kanun tasarısının önce Anayasaya uygunluğunu incelemeye, eğer aykırı kabul ediyorlarsa kanunu reddetmeye mecbur tutuyordu. İktidar ricali bu şekilde bir denetimin esas ve yeterli olduğunu ileri sürüyorlardı.

(18) T. B. Balta, agm., s. 551.

liklere sahip olsa da, özü itibariyle bir yargı organıdır. Ünlü siyaset bilimci David Easton'a göre; yargı siyasi sistem içinde yeralan, onun içinde işlevini ve anlamını bulan bir «alt siyasi sistem»dir (19). Sistem ise, birlik ve tutarlılık halindeki yapıları kapsayan soyut bir bütündür. Bu mânada siyasi sistem, devletin siyasi yapısını, oluşumunu, devletin diğer fonksiyonları ile ilişkisini düzenleyen kurallar ile Anayasa dahil pozitif hukuk normlarının içinde yeraldığı çok geniş bir alanı ifade etmektedir. Bu yönüyle, siyasi sistemin konusu siyasi yapıdır, ekonomik yapı ile siyasi sistemin hiçbir ilgisi yoktur.

Yine Easton'a göre; Yargı, tüm toplum adına verilen ve uygulanan ve sistem üyelerinin çoğunluğu tarafından emredici olarak kabul edilen siyasi kararları veren merkezlerden birini oluşturmaktadır. Yargının verdiği kararlar toplumun hemen tüm üyelerini ilgilendirmekte ve bu üyelerin davranışlarını etkilemektedir. Bu sebeple yargının işlevi, çeşitli zıt isteklerden doğan anlaşmazlıklara bir çözüm getirmek, kaba kuvvetten çok meşruiyet öğesinin aracılığı ile, sistemdeki gerilimleri hafifletmekdir (20). Bu açıdan anayasa yargısı organı, siyasi yöneticiler kadar geniş bir yetki alanı bulunmasa da, tüm toplum adına karar veren merkezlerden biri olmaktadır (21).

Anayasa yargısı, kanun devleti anlayışının terk edilerek, hukuk devletinin gerçekleştirildiği oranda yaygınlaşmakta ve gelişmektedir. XIX. yüzyılda liberalist düşüncelerden kaynaklanan kanun anlayışına göre, hürriyetlerin en büyük güvencesi, yasama organınca düzenlenmeleri diğer deyişle kanunla korunmalarıdır. Bu dönemin kanun devleti anlayışı gereği, yasama organının üstün normlara aykırı düşen kanunlar ısdar etmesini engelleyecek veya yürürlüğe girmesi sonrası, üstün normlara aykırılığı sebebiyle etkisiz kılabilecek bir mekanizma mevcut değildir. Bu dönemde insan hakları ve temel hürriyetler, özellikle azınlık hakları, parlamentodaki çoğunluk iktidarlarına karşı tam ve etkin bir şekilde korunamamıştır.

Bu tecrübelerin ışığında XX. yüzyılda yeni bir döneme girilmiş ve artık hürriyetlerin kanunlara karşı korunması gerektiği düşünülmeye başlanmıştır. Bu gelişme, yasama organının iradesini denetleyecek, onu üstün hukuk kurallarına ve Anayasaya saygıya zorlayacak yüce bir makamın varlığının kabul edilmesine yol açmıştır. Bu gelişme hukuk devletine geçiş ile tamamlanmış bulunmaktadır. Çünkü hukuk devletinde,

(19) B. Daver, Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi), Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 7, Ankara 1987, s. 12.
(20) A. Ünsal, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 24.
(21) A. Ünsal, age., s. 25.

normlar hiyerarşisinin (normlar piramidinin) en üstünde Anayasa yeralır ve bütün diğer hukuk kuralları geçerliliklerini bundan alırlar. Günümüzde artık, Anayasa mahkemelerinin kuruluşu ile yasama tasarruflarının Anayasaya uygunluğunu denetleyecek ve sağlayacak mekanizma gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Anayasa yargısı denetiminin benimsenmesi ile, hukuki ve teknik sorunlar da giderek artmaktadır. Çünkü, parlamentonun, bir mânada siyasi tercihlerinin Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, hukuki ve siyasi sorunları birbirlerinden kesin çizgilerle ayırmayı bir hayli güçleştirmektedir (22). Yarı siyasi bir organ olduğunu bildirdiğimiz Anayasa Mahkemesinin, siyasi bir kurum ya da kuruluş olmadığının öncelikle belirtilmesinde yarar vardır. Bu yönüyle, Anayasa Mahkemesi üyesi bir politikacı değil, bir yargıçtır. Siyasi sistem ve devlet yapısı içinde yeralsa da, Anayasa yargısının amacı siyaset yapmak değil, hukuk normlarını, Anayasa ve kanunları uygulamaktır.

Anayasa Mahkemesi yargıcı, Anayasaya uygunluk denetimi yaparken, şüphesiz bunu hukuki bir sorun olarak değerlendirir. Ancak, Anayasa hükmünün yorumlanmasının, belli dönemlerin politik dalgalanmalarından soyutlanabilmesi kolay değildir. Çünkü Anayasa yargılamasının bulunduğu her ülkede, verilen kararlar özü itibariyle politik niteliktedir. Buradaki politik kelimesi partizanlık anlamına değil, denetlemeyi yapan kuruluşun bir tür siyaseti kararlaştırması anlamında anlaşılmalıdır. Bu da, Anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemeleri, diğer mahkemelerden ayıran özellikdir (23).

2. Anayasa Mahkemesinin Görev ve Yetkileri

Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarında, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri, esasta benzer şekilde düzenlenmiştir (24). Bu konuda her iki Anayasa arasında pek fark yoktur. 1982 Anayasasının hükümleri doğrultusunda hazırlanmış olan, 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 18 nci maddesinde, Mahkemenin görev ve yetkileri şöylece belirlenmiştir :

— Kanunların, Kanun Hükmünde Kararnamelerin, Türkiye Büyük

(22) E. Teziç, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun «Esas» Açısından Denetimi, İHFM, c. LI, s. 1 - 4, 1985, s. 25.

(23) E. Teziç, agm., s. 29.

(24) E. Özbudun, (Anayasa), s. 356; L. Duran, Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (I), AİD, c. 19, sy. 1, Mart 1986, s. 25; B. N. Esen, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara 1966, s. 16.

Millet Meclisi içtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla açılan iptal davalarına bakmak;

— Mahkemelerce kendisine Anayasanın 152 nci maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak;

— Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılamak;

— Siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakmak;

— Siyasi partilerin mali denetimini yapmak;

— Milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olmayan Bakanların dokunulmazlığının kaldırılmasına Türkiye Büyük Millet Meclisince karar verilmesi hallerinde, ilgililerin Anayasa veya İçtüzük hükümlerine aykırılık iddiasına dayanan iptal istemlerini karara bağlamak;

— Uyuşmazlık Mahkemesine Başkanlık edecek üyeyi kendi üyeleri arasından görevlendirmek;

— Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinden bir kısmının ayrıntılı incelenmesini, konunun aydınlanması açısından gerekli görmekteyiz. Özellikle, siyasi partilerle ilgili alan önem arzetmektedir.

A. Siyasi Partilerin Denetimi

İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan Anayasalarda Anayasa koyucu, siyasi partiler konusunu Anayasa müessesesi haline getirme çabaları içine girmiş ve siyasi partileri denetleyecek ayrı bir organ (Anayasa Mahkemesi veya Anayasa Konseyi) kurmaya çalışmıştır. Bu amaçla 1947 İtalyan, 1949 Alman «Bonn» Anayasaları ile Fransa Beşinci Cumhuriyet Anayasası olan 1958 Anayasasında siyasi partilerle ilgili düzenlemeler yeralmıştır (25). Bu ülkelerden özellikle Almanya ve İtalya, geçmişte yaşadıkları tecrübelerin ışığında bir yandan siyasi partileri hükü-

(25) Bkz.: Y. Gürbüz, Anayasalar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981, s. 46 vd.

metlerin keyfi tasarruflarına karşı korumak, diğer yandan siyasi partilerin demokratik sisteme, hukuk devletine ve hürriyetlere karşı girişimde bulunmalarını önlemek için (26) Anayasalarında özel düzenlemelere yer vermişlerdir. Siyasi parti faaliyetlerinin ve kuruluşlarının Anayasaya uygunluğunu denetleme görevinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi, bu konunun siyasi yapı açısından arzettiği hayati önem sebebiyledir. Çünkü çağımızdaki devletlerden bir mânada «siyasi partiler devleti» olarak söz edilmektedir (27).

Konu gerek 1961 ve gerekse 1982 tarihli Türk Anayasalarında da benzer şekilde ele alınmıştır.

1961 Anayasasında olduğu (md. 57) gibi 1982 Anayasası da, siyasi partileri denetleme yetkisini Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir (md. 69). 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununun 98 nci maddesinde de konu benzer şekilde düzenlenmiştir (28). Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin bir kararında şöyle demektedir: «Bir siyasi parti kanunlara aykırı olarak kurulmuşsa, bunu tesbit edecek ve gereklerini yerine getirecek merci, herhalde Anayasa Mahkemesidir» (29).

a) Siyasi Partilerin Kapatılması

Yukarıda anılan hükümlerde de ifade edildiği gibi, Türk Anayasası, siyasi partileri kapatma yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne ait yetkilerden olduğunu bildirmektedir. 1982 Anayasasının 69 ncu maddesinde, Anayasada belirlenen sınırları aşan siyasi partilerin temelli kapatılacakları belirtilmektedir. Konu Siyasi Partiler Kanununda daha geniş bir düzenlemeye kavuşturulmuş ve Kanunun dördüncü bölümünde belirlenen yasaklara aykırı davranan siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi'nce kapatılacakları bildirilmiştir.

Çoğulcu demokrasilerde, iktidar partisi veya partiler koalisyonunun

(26) B. Daver, Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler (Örnek Olaylar), Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yyınları, No: 5, Ankara 1986, s. 106.

(27) E. Özbudun, Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini, AÜHF Yayını No: 235, Ankara 1968, s. 1.

(28) Siyasi partilerin kapatılması, Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcıvekilinin açacağı dava üzerine, Anayasa Mahkemesince, Ceza Muhakemeleri Usulu Kanun hükümleri uygulanmak suretiyle, dosya üzerinde inceleme yapılarak karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek için ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırır. Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar kesindir.

(29) AMK, E. 1983/2 (parti kapatma), K. 1983/2, k.t. 25.10.1983, AMKD, sy. 20, s. 356.

hakim olduğu yürütme organına böyle bir yetkinin verilmesi çok tehlikeli olurdu. Bu yetkiye sahip yürütme, kendi partisinin dışındaki partilere hayat hakkı tanımayabilirdi. Yasama organı açısından da aynı sakıncalar geçerlidir. Meselenin daha çok hukuki bir mesele olması sebebiyle, yargı organının, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partileri kapatma yetkisine sahip olması en uygun çözüm olmaktadır. Çünkü, Anayasayı yorumlayabilen Anayasa Mahkemesi, bu yetkiyi diğer mahkemelere nazaran daha isabetli bir şekilde kullanabilecektir (30).

1962 yılından 1985 yılına kadar geçen süre içinde Anayasa Mahkemesi'nce oniki adet parti kapatma davasına bakılmış bunlardan, yedisi red edilmiş ve beş siyasi parti de kapatılmıştır (31).

Demokratik rejimin vazgeçilmez unsurlarından olan siyasi partileri kapatma yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmiş olması, Yüksek Mahkemenin siyasi hayattaki etkilerinin belirgin örneklerindendir. Özellikle, geniş taraftar kitlesine sahip bir partiyi kapatabilmenin güçlüğü ve yankıları düşünüldüğünde, konu daha da netleşmektedir.

Kararları ile siyasi hayatı derinden etkileyen Anayasa Mahkemesi'nin, siyasi kapsamlı kararlar verebilen bir yargı organı olduğunu söyleyebiliriz. Fakat, bu konuda şu farkın bilinmesinde yarar vardır; siyaset yapma ile siyaseti etkileme çok farklı şeylerdir ve farklı usullerle, farklı organlar tarafından ifa edilirler. Anayasa Mahkemesi ise, siyaset üreten bir organ değil, görev ve yetkileri sebebiyle siyasi hayatı etkileyebilen bir yargı organıdır.

b) Siyasi Partilerin Mali Denetimi

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında şöyle demektedir: «... Siyasi partilerin uyacakları kuralların Anayasada yeralması, bunların yine bir Anayasa hükmü ile gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesi'ne hesap vermek zorunda bırakılmaları, kapatılmalarının ancak Anayasa Mahkemesi kararına bağlı tutulması, Anayasa'ca demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez öğeleri olarak tanınmaları bunların, yardım derneği ya da sendika gibi üyelerinin yararlarını önde tutan kuruluşlar olmadığı gerçeğini ortaya koyar» (32). Anılan kararda da belirtildiği gibi, siyasi partiler kendine has

(30) D. Perinçek, Türkiye'de Siyasi Partilerin İç Düzeni ve Yasaklanması Rejimi, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 139.

(31) Geniş bilgi için bkz.: S. Armağan, Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 211; Y. Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü, AİD, c. 19, sy. 1, Mart 1986, s. 49 - 50.

(32) AMK, Mali Denetim No: 1974/X, K. 1980/6, k.t. 13.5.1980, AMKD, sy. 18, s. 445.

özellikleri olan kuruluşlardır. Bu özellikleri sebebiyledir ki, mali konuda denetimleri özel hükümlere bağlanmıştır.

1961 Anayasasına paralel olarak 1982 Anayasasında, siyasi partilerin mali denetimlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağı bildirilmektedir (md. 69). Siyasi Partiler Kanununda da bu denetimin Anayasa Mahkemesi'nce evrak üzerinden yapılacağı, gerekli görüldüğü takdirde diğer araştırma ve incelemelerin yapılabileceği bildirilmektedir (md. 75).

Denetimin amacının, siyasi parti gelirlerinin, Siyasi Partilen Kanunu 61 - 69 ncu maddelerinde belirtilen kaynaklardan elde edilip edilmediğini ve giderlerin anılan Kanunun 70 - 72 nci maddelerine uygun olarak yapılıp yapılmadığını belirlemek olduğu ifade olunmaktadır (Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü md. 17) (33).

B. Yasama Meclis Üyeleri İle İlgili TBMM Kararlarını Denetlemek

1982 Anayasasının 85 nci maddesine göre, «Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne Meclisce karar verilmesi hallerinde, karar tarihinden başlayarak bir hafta içinde, ilgili üye veya Türkiye Büyük Millet Melcisi üyelerinden herhangi biri, bu kararın, Anayasa veya içtüzük hükümlerine aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içinde karara bağlar.»

Anayasa koyucu TBMM üyelerini meclisteki çoğunluğun suistimallerine karşı koruyabilmek amacıyla dokunulmazlığın kaldırılması ile üyeliğin düşmesi kararlarını yargı denetimine tabi tutmuştur (34). Anılan Anayasa hükmü gereği bu görev, Anayasa Mahkemesine ait görevlerdendir. 1982 Anayasasının 85 nci madde gerekçesine atıfta bulunulan, 1961 Anayasasının aynı konudaki 81 nci maddesi gerekçesinde, «Dokunulmazlığın kaldırılması ehemmiyetli siyasi ve hukuki neticeler tevlit ettiğinden bu kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesine müracaat yolu açık bırakılmıştır.» denilmektedir. Madde gerekçesinde de ifade olunduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin uğraştığı konuların siyasetle çok yakından ilgili olduğunda şüphe yoktur. Bu itibarla, Anayasa yargısı organı kararlarının siyasi ortamı yakından etkilediklerini söylemek pekala mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'ne ait görevlerden olan üst düzey siyasi ve

(33) 3.12.1986 günlü, 19300 sayılı RG'de yayınlanmıştır.
(34) O. Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 280.

idari görevlileri, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılama yani yüce divan sıfatıyla yargılama halinde de, yukarda bildirilen sonuçların geçerli olduğu kanaatindeyiz.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI VE SİYASET

1. Kararları Etkileyen Sebepler

Çağdaş toplumlarda hukuk devletini gerçekleştirmenin temel şartlarından biri haline gelen Anayasa Mahkemesi, hukuk ile siyaset arasında, çok özel bir alanda görev yapmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 4.5.1955 tarihli konumuzla ilgili bir kararında şöyle demektedir; «Mahkeme, Federasyonun siyasi münasebetlerini düzenleyen (A., md. 59/2) bir milletlerarası hukuk anlaşmasını, Anayasa ile kıyaslamaya mecbur olduğu zaman, anlaşmayı ortaya çıkaran siyasi hareket durumunu, şekil verilen veya değiştirmeye teşebbüs edlien siyasi realiteleri gözden uzak tutamaz» (35). Benzer şekilde Kubalı; bir kanunun Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığını araştıran Anayasa Mahkemesi üyesi, Anayasanın ve kanunun alâkalı hükümlerine verdiği mânanın, Anayasanın ruhu hakkındaki anlayışının veya yorumunun tesiri altında kalacaktır. Bu anlayış ve yorum da konuya ilişkin bilgisine, sosyal, dini, ahlaki, siyasi hatta ideolojik kanaatlerine göre değişecektir, sözleri ile konuyu öz olarak ifade etmektedir (36).

Anayasa Mahkemesi yargıcı çok önemli ve özel bir alanda görev yapsa da, herşeyden önce içinde yaşadığı toplumun bir üyesidir. Bu sebeple de, toplumun belirli değerlerinden etkilenecektir. İnsanın bir anlamda duygusal varlık olması sebebiyle de, bu etkilenme hayatının her safhasında kendini gösterebilir. Dolayısıyla bu etki aynı yargıcın, olayları değerlendirme tarzını da belirli ölçülerde belirleyebilecek ve sonuç olarak yargıç, kararını böyle etkin bir atmosferde verecektir. Yüksek Mahkemenin, parlamentonun politik faaliyetinin eseri olan kanunları denetlerken, Anayasa dışındaki pozitif hukuk normlarının üstüne çıkarak adeta politik alana girmesi (37) halinde de konum aynı kalacaktır. Zira, toplumu etkileyen sosyal ve siyasi olaylar, normalen Anayasa yargılaması yapan kişileri de etkileyecektir. Bizce, Anayasa Mahkemesi üyesi de olsa, insandan bunun ötesinde bir güç ve tarafsızlık bekle-

(35) O. Bachof, Hukuk ve Siyaset Arasında Anayasa Mahkemesi Hâkimi, (Çev.: S. Armağan), Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 132.
(36) H. N. Kubalı, Anayasa Hukuku Dersleri - Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971, s. 111 - 112.
(37) Ü. Azrak, agm., s. 652.

mek hayaldir. Normalde, bu denli tarafsızlık, yani toplum değerlerine ve toplumsal olaylara duyarsız kalma pek arzu edilen bir şey olmasa gerektir.

Anayasa Mahkemesi üyesi, kişiliğinden kaynaklanan bu etkiler dışında, pek çok olayın tesiri altında kalmaktadır. Bir A.B.D.'li yargıç John H. Clarke uzun yıllar önce bu gerçeği şöyle ifade etmiştir: «Heyhat, hepimiz toprak ananın basit çocuklarıyız, yargıç cüppesi giyenlerimiz bile...» (38). Kısaca, Anayasa yargılaması yapan yargıçlar da birer insandır ve kanun robotu gibi davranamazlar.

Anayasa Mahkemesi üyesinin kararlarını etkileyen dış etkenlerin başında ülkenin içinde bulunduğu genel siyasi şartlar gelmektedir. Olağanüstü siyasi şartların hakim olduğu dönemlerde hâkimlerin tam anlamı ile bağımsız davranmaları pek mümkün olamaz. Çünkü, herşeyden önce genel siyasi ortam yargıcı istemediği yönde zorlayabilir. Şahsi takdiri ile önemli kararlar verebilme gücüne sahip Anayasa Mahkemesi yargıçların (39) böyle dönemlerde, siyasi otoritenin iradesine aykırı davranabilmeleri oldukca zordur. Bir alt siyasi sistem olan Anayasa Mahkemesi, kararları ile ana siyasi sistemde, aşırı gerilimlere yol açarak varlığını tehlikeye düşürmez (40). Yüksek Mahkemenin önceki dönemlerde verdiği kararlar da, belirli ölçüde Anayasa Mahkemesi yargıcını etkilemektedir. Özellikle, Türk Anayasasının 152 nci maddesinin 4. fıkrası hükmü (41) sebebiyle, konu Türk hukuku açısından oldukca önemli olmaktadır. Daha çok mahkemelerden gelecek Anayasaya aykırılık iddialarına ilişkin yargılamalar açısından geçerli olan bu kısıtlayıcı hüküm, iki yönlü etkiler doğurmaktadır. Anılan madde hükmü bir yönüyle, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunacak kişi veya kurumların iradesini etkilemekte ve bunların Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmalarını (sonuç olarak) engellemektedir. Diğer yönüyle de, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş olsa bile, ilgi konuda mahkemenin karar vermesini engelleyerek, mahkeme üyelerinin konuya ilişkin görüşlerini beyan etmelerini engellemektedir. Netice de, on yıl gibi uzun bir süre adeta «donacak» bir karar verme durumu ile karşı karşıya kalan Anayasa Mahkemesi yargıcı, oldukca titiz davranmak zorunda kalacaktır. Bu da bir anlamda, politikanın, yargıyı yönlendirmesi anlamına gelebilir.

---

(38) H. Abraham, The Judicial Process (Second Edition), Oxford University Press, London 1968, A. Ünsal, s. 179'dan naklen.

(39) H. Abraham, age., s. 232.

(40) A. Ünsal, age., s. 234.

(41) Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Siyasi Hayatta Etkisi

Ülke düzeyinde politikanın belirleyicisi ve üreticisi konumunda bulunan parlamentonun, kararlarını Anayasaya uygunluğu açısından denetleyen Yüksek Mahkeme Anayasayı yorumlayan, devletin hukuki yapısına Anayasa doğrultusunda yön veren ve neticede Anayasanın koruyuculuğunu yapan bir organdır. Anayasa Mahkemesi, objektif ölçüler kullanarak ve ülke şartlarını gözönünde bulundurarak kanunların ve diğer yasama tasarruflarının Anayasaya uygunluğunu yargı yoluyla denetlerken, yasama organının Anayasanın kendisi için belirlediği alanlar dışına çıkmasını önler. Anayasada bildirilen temel hak ve hürriyetleri korur, çoğunluğun azınlığa tahakkümünü önler. Hukuk devletinin, koruyuculuğunu yapar ve güvencesini teşkil eder (42). Anayasa Mahkemesi 8.4.1963 tarihli bir kararındaki, «Anayasa Mahkemesinin görevi, Anayasa hukuku bakımından, Yasama Organını denetlemektir» (43) sözleri ile aynı konuyu teyit etmektedir.

Hemen her ülkede, Anayasa Mahkemesi kararlarının büyük çoğunluğu herkesi bağlayıcıdır, hatta kanun kuvvetindedir. Çünkü, herhangi bir yasama tasarrufunun iptali, o tasarrufun yürürlüğünü engellemesi yönüyle başlı başına bir kanun mahiyeti arzeder. «Anayasa Mahkemesi kararları, bir felaketi münferit hadise için değil, bilakis tahmin edilemeyen sayıdaki hadiseler için yıkarlar; şayet bu kararlar siyasi olarak yanlış iseler, bütün siyasi kurumlara zarar verebilirler; (siyasi olarak yanlış) burada, devlet idaresinin meşru siyasi vazifeleri ile kesişen mânadadır. Bu sebeple, yargının diğer dallarının hâkimlerinden daha fazla olarak Anayasa hâkimi kendi kararının neticesini - ekseriya başta gelen siyasi neticelerini - gözden uzak tutamaz, buna mezun değildir» (44). Bir baş yargıç 1819 yılında bu gerçeği şöyle ifade etmiştir. «We must never forget that it is a constitution we are exponnding» (Unutmamamız gerekir ki, yorumladığımız bir Anayasadır) (45). Bu yönüyle Anayasa Mahkemesi üyeleri, vatandaşa kadar ulaşan ve vatandaşın günlük hayatında etkiler doğuran kuralların, oluşumunda değilse bile geçerli olarak ayakta kalmasında, en az parlamento kadar ağırlığı olan özel bir «politik grup» sayılabilirler. Anayasa Mahkemesi de, izlenecek politikaların belirlenmesine katılamadığı için, politikayı belirleyen bir organ olmamaktadır. Ancak aynı Mahkemenin, belirlenen politikaların geçerliliğin-

(42) Bkz.: Y. Aliefendioğlu, (Denetim Yolu), s. 30.

(43) B. N. Esen, age., s. 13.

(44) O. Bachof, agm., s. 123 - 124.

(45) H. Triepel, O. Bachof, agm., s. 126'dan naklen.

de ve uygulanmasındaki büyük yetkileri sebebiyle bir anlamda «siyasi nitelik» kazanmakta olduğunu söylemek mümkündür (46).

3. Anayasa Mahkemesi Yorumları ve Siyasi Hayat

Anayasa Mahkemesi üyesi, bir yasama tasarrufunun Anayasa hükümlerine aykırı olup olmadığını araştırırken çoğu halde, Anayasayı ve ilgili tasarrufu yorumlamak mecburiyetinde kalır. Bu anlarda da, hâkimin kendi hukuk bilgisi, tecrübeleri ve bir yönüyle dünya görüşü kararını önemli ölçüde etkiler. Anayasa Mahkemesi kararlarında görülen «karşı oy» ibareleri bu gerçeğin en belirgin delilidir. Anayasa Mahkemesi üyesi, bir Anayasa hükmü veya kanunu yorumlarken, yasama organının yetki sınırını aşıp aşmadığını belirlemek zorundadır. Aynı hâkim bu işi yaparken siyasal bir yorum yapmak durumunda kalacak ve Anayasa koyucusu ile kanun koyucusunun gerçek irade ve amaçlarını araştırmak isteyecektir. Bu yorum faaliyeti sırasında, kendisini Anayasa koyucunun yerine koymak eğiliminde olacaktır. Bu anda da normal yargı fonksiyonunu aşarak, siyasi alana kayacaktır. Özellikle hâkim, hukuki sınırları aşarak kendi siyasi takdir ve tercihini Anayasa koyucu veya kanun koyucunun takdir ve tercihi yerine koyduğu andan itibaren, yasama yetkisi bir yönüyle (yani kanun yapma açısından olmasa da, kanunu yürürlükten kaldırma bakımından), siyasi sorumluluğu olmayan bir yargı organına, Anayasa Mahkemesi'ne geçmiş sayılabilir (47). Bir İngiliz yargıcının «Kanunların ne anlama geldiğini ben söyledikçe, onların kimin tarafından yapıldığı sözleri beni ilgilendirmez» (48) şeklinde beyanı, konuyu güzel bir üslupla dile getirmektedir. Anayasanın mahkemelerce yorumlanması anlamına gelen (yargı yorumu) konusunda A.B.D. uygulamaları açısından da, Yüksek Mahkeme yargıçlarından Mr. Frankfurter, «Yüksek Mahkeme demek, Anayasa demektir» (49) derken aynı konuya temas etmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir davaya bakar iken, Anayasanın herhangi bir maddesinin ne anlama geldiği sorunu ile karşı karşıya geldiği zaman, herşeyden önce ilgi konunun sınırlarını belirlemek ve özellikle yasama organının yetki sınırlarını aşıp aşmadığını tesbit etmek zorunda-

(46) Bkz.: M. Soysal, Dinamik Anayasa Anlayışı - Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme, Sevinç Matbaası, Ankara 1969, s. 99.

(47) M. Kapani, Kamu Hürriyetleri, Altıncı Baskı, AÜHF Yayını No: 453, Ankara 1981, s. 296 - 297.

(48) Devlet Yönetiminde Hâkimlerin Rolü, Rt. Hon. Lord Diplock LLD (Çev.: T. Akgüner), İHİD, Yıl 1, sy. 2, Ağustos 1980, s. 20.

(49) M. C. Vernon, Devlet Sistemleri - Mukayeseli Devlet İdaresine Giriş, (Çev.: M. Soysal), Sevinç Matbaası, Ankara 1961, s. 143.

dır. İşte bu da, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasayı yorumlamasının temel sebeplerindendir (50) Herşeye rağmen, Anayasa koyucunun bu alanda sınırsız yetkiye sahip olmayıp, en başta Anayasanın sözüyle ve ruhuyla sınırlı olduğunun bilinmesinde de fayda vardır. Konuyla ilgili olarak A.B.D. Yüksek Mahkemesi 1937 trihli The Jones and Lavghlin Steel Corporation davasında şunları söylemiştir: «Hiç şüphesiz bu yetkinin alanı sahip olduğumuz ikili hükümet sisteminin ışığı altında ele alınmalı ve karmaşık olan toplumumuz açısından, Eyaletlerarası ticaret üzerine etkileri çok uzak ve çok dolaylı olacak olanları kapsayacak biçimde yorumlanmamalıdır. Böyle yorumlanırsa ulusal olanla yerel olan arasındaki fark gerçekte ortadan kalkar ve tümüyle merkezileşmiş bir hükümet yaratılır (301 U.S. I sayfa 37'de)» (51). Yine Federal Yüksek Mahkeme «Grompers, v., U.S. davasında, Anayasa hükümlerinin muayyen kalıplar içerisinde şekillendirilmiş riyazi formüller olmayıp yaşayan müesseseler mahiyetinde olduklarını; bu hükümlerin ihtiva ve ifade ettikleri mânanın formel değil hayati olduğunu ve binaenaleyh hükümleri meydana getiren kelimeleri bir lügat yardımı ile çözmeğe çalışmakta fayda olmayacağını fakat kelimelerin menşelerini ve gelişmelerini de nazarı itibare almak icap ettiğini kararında zikretmiştir (58 L. Ed. 1115)» (52).

Türk Anayasası, yasama organının yorum yetkisini kabul etmemiş olması sebebiyle bu konuda son ve tek yetkili merci Anayasa Mahkemesi olmaktadır (53). Anayasa Mahkemesi çeşitli dönemlerde verdiği kararlarıyla hem uygulamaya ışık tutmakta, hem de gereken hallerde yasama organına çeşitli ikazlarda bulunmaktadır. Yapılan denetimin bir yerindelik denetimi değil, tamamen hukukilik denetimi olması, Mahkemenin yasama organı gibi davranmasını engellemektedir. Fakat, kararları ile Anayasa hükümlerini mânalandırması yönüyle, bu alanda da oldukca etkili olduğu söylenebilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 138 nci maddesinin birinci fıkrasının (54) ne anlama geldiği konusunda çıkan bir tereddüte cevap olarak şunları söylemiştir: «Anılan kuralın amacı, yargı yerlerini dışardan gelecek etkilerden korumak ve olayı hukuki ölçülere göre değerlendirerek kendi kanılarınca hükme bağlamalarını sağlamaktır» (55). Dileğimiz, Anayasa Mahkemesi'nin kendi-

(50) Bkz.: K. C. Wheare, age., s. 130 vd.
(51) K. C. Wheare, age., s. 140.
(52) İ. Arsel, age., s. 67.
(53) Y. Yayla, Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 975.
(54) «Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.»
(55) AMK, E. 1984/10, K. 1985/2, k.t. 22.1.1985, AMKD, sy. 21, s. 34.

sine Anayasa ile tanınan yetki sınırlarını aşmaması ve çözümü oldukca zor siyasi polemiklerden uzak durmasıdır (56).

SONUÇ

Ülkemizde 1961 Anayasası ile birlikte kabul gören Anayasa yargısı, zamanla demokratik hukuk devletinin koruyucusu haline gelmiştir. Özellikle bağımsız ve tarafsız bir yargı organı olan Anayasa Mahkemesi'nin, Devlet adına hareket eden ve yine Devlete ait yetkiler kullanan makamlar arasında denge sağlayıcı bir rol üstlenmiş olması, hukuk devleti ilkesinin ve demokrasinin yaşamasında büyük katkılar sağlamıştır. Bu yöndeki kararları ile Yüksek Mahkeme, siyasetin oluşumunda olmasa da yürütülmesinde oldukca ehemmiyet arzetmektedir. Çünkü, mevcut siyasi ortamı belirleyen kararların Anayasaya aykırılığı halinde, iptal edilerek yürürlüğüne son verme bu Mahkemenin görevlerindendir.

Anayasa Mahkemesi içinde yeraldığı siyasi sistemin bir alt sistemini meydana getirmektedir. Yüksek Mahkeme, toplum adına kararlar veren ve bu kararları ile de mevcut siyasi yapıyı etkileyebilen bir organdır. Mahkeme, daha çok ülkede meydana gelebilecek çoğunluk istibdatlarına karşı gerçek bir teminat teşkil etmekte ve Anayasa ile belirlenen sınırların korunmasını sağlamaktadır.

Adeta siyasetle hukukun içiçe geçtiği bir nokta da görev yapan Anayasa Mahkemesi üyelerinin, ülkenin sosyal ve siyasi ortamından etkilenmeleri oldukca normaldir. Arzu edilen, bu denli önemli görevlere haiz kişilerin, kendilerini ve kurumlarını keskin siyasi tartışmalardan uzak tutmalarıdır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında yeralan ve Anayasanın yorumlanması anlamına gelen «yargı yorumu», Anayasanın tartışmalı hükmü konusunda son söz mânasındadır. Mahkemece yapılan denetim her ne kadar hukukilik denetimi de olsa, sonuç itibariyle kesin ve bağlayıcı olması sebebiyle siyasi ortamı yakından etkileyecektir. Bu sebeple de, Anayasa Mahkemesi gerek Anayasayı, gerekse herhangi bir yasama tasarrufunu yorumlar iken, gereken özeni göstermelidir. Yapılacak küçük bir yanlışlık, Yüksek Mahkemeyi keskin siyasi tartışmalar içine itebilir.

(56) Mukayeseli inceleme konusunda bkz.: B. Çağlar, Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları, İHİD, Yıl. 5, sy. 1 - 3, Aralık 1984, s. 3 vd.; C. Oktay, Anayasa Mahkemesi, İdari Yargı ve Ferdi Girişim Yolu İle Yapılan Denetim Deneyleri, AÜSBFD, c. 33, Mart - Haziran 1978, No: 1 - 2, s. 136 vd.

BİBLİYOGRAFYA (*)

Abraham, Henry J., The Judicial Process (Second Edition), Oxford University Press, London 1968.

Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü, AİD, c. 19, sy. 1, Mart 1986.

Aliefendioğlu, Yılmaz, Türk Anayasa Yargısında Denetim Yolu, DD. Yıl. 4, sy. 54 - 55 (Denetim Yolu).

Armağan, Servet, Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.

Armağan, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İÜHF Yayını, İstanbul 1967 (Kazai Murakabe).

Arsel, İlhan, Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme, AÜHF Yayını, Ankara 1958.

Azrak, Ülkü, Türk Anayasa Mahkemesi, İHFM, c. 28, sy. 3 - 4.

Balta, Tahsin Bekir, Türkiye'de Anayasa Yargısı (I), AHFD, c. 28, 1961, sy. 1 - 4.

Bachof, Otto, Hukuk ve Siyaset Arasında Anayasa Mahkemesi Hâkimi (Çev. S. Armağan), Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979.

Currie, D. P., The Constitution In The Supreme Court, University of Chicago Press 1985.

Çağlar, Bakır, Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları, İHİD, Yıl. 5, sy. 1 - 3, Aralık 1984.

Çağlar, Bakır, Parlamento ve Anayasa Mahkemesi, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Anayasa Yargısı, Mahkemesi Yayınları No: 7, Ankara 1987.

Daver, Bülent, Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler (Örnek Olaylar), Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 5, Ankara 1986.

Daver, Bülent, Anayasa Mahkemesi Yargısı (Üyesi), Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 7, Ankara 1987.

(*) Aynı yazarın birden fazla eserine atıf halinde yapılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

Ducat - Chase, R. Graig - W. Harold, The Constitution, Princeton University Press 1978.

Duran, Lütfi, Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (I), AİD, c. 19, sy. 1, Mart 1986.

Esen, Bülent Nuri, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara 1966.

Feyzioğlu, Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayını, Ankara 1951.

Gözübüyük - Kili, A. Şeref - Suna, Türk Anayasa Metinleri, SBF Yayınları, Ankara 1982.

Gür, A. Refik, Hukuk Devleti Kazai Murakabe, Çeltüt Matbaası, İstanbul 1958.

Gürbüz, Yaşar, Anayasalar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981.

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Altıncı Baskı, AÜHF Yayını No: 453, Ankara 1981.

Kıratlı, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Sevinç Matbaası, Ankara 1966.

Kubalı, Hüseyin, Nail, Anayasa Hukuku Dersleri - Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971.

Oktay, Cemil, Anayasa Mahkemesi, İdari Yargı ve Ferdi Gidişim Yolu İle Yapılan Denetim Deneyleri, AÜSBFD, c. 33, Mart - Haziran 1978, No: 1 - 2.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1986 (Anayasa).

Özbudun, Ergun, Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini, AÜHF Yayını No: 235, Ankara 1968.

Özçelik, Selçuk, Karar İncelemesi, İHFM, c. XXI, sy. 1 - 4.

Perinçek, Doğu, Türkiye'de Siyasi Partilerin İç Düzeni ve Yasaklanması Rejimi, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

Rt. Hon. Lord Diplock LLD, Devlet Yönetiminde Hâkimlerin Rolü, (Çev. T. Akgüner) İHİD.

Sartori, Giovanni, Demokrasi Kuramı, (Çev. D. Baykal), Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, Ankara Tarihsiz.

Soysal, Mümtaz, Dinamik Anayasa Anlayışı - Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme, Sevinç Matbaası, Ankara 1969.

Tanilli, Server, Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

Teziç, Erdoğan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun «Esas» Açısından Denetimi, İHFM, c. LI, sy. 1 - 4, 1985.

Unsal, Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, AÜSBF Yayınları No: 443, Ankara 1980.

Vernon, Manfred C., Devlet Sistemleri - Mukayeseli Devlet İdaresine Giriş, (Çev. M. Soysal), Sevinç Matbaası, Ankara 1961.

Yayla, Yıldızhan, Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979.

Wheare, K. C., Modern Anayasalar, (Çev. M. Turan), Değişim Yayınları, İstanbul 1984.

TİCARİ SATIM, TALİKİ ŞART, KUSURSUZ İMKÂNSIZLIK VE BİR HUKUK GENEL KURULU KARARI

Mehmet AYAN (*)

§ 1. GİRİŞ

I — OLAY

Toprak Mahsulleri Ofisi (TMO), Bunge S.A. ile 50.000 tonluk buğday alım - satımı konusunda, 10.11.1974 tarihinde bir sözleşme yapmıştır. Bu sözleşmenin 8 nci maddesi gereğince yükleme 1 - 30 Haziran 1975 tarihleri arasında gerçekleştirilecek; 5 nci maddesine göre de ödeme, satıcı lehine ilk yüklemenin başlangıç tarihinden 15 gün öncesine kadar açtırılacak (gayrıkabili rücu, teyitli ve kısmi yüklemeye müsait, kabili devir) akreditifle, sözleşmede belirtilmiş belgelerin ibrazında yapılacaktır.

TMO, Maliye Bakanlığı'nın «satın alınan kadar buğdaya ihtiyaç olmadığı ve sözleşmedeki fiyatın çok pahalı bulunduğu» gerekçeleriyle döviz tahsis etmemesi yüzünden, yüklemeden önce akreditif açtırma (semeni ödeme) borcunu yerine getirememiştir. Bunun üzerine Bunge S.A., 13.6.1975 tarihinde, semeni ödemede temerrüdü nedeniyle tazminat istediğini belirterek yazı ile TMO'ne başvurmuş, daha sonra da Ankara Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesinde dâva açmıştır.

I — DEĞERLENDİRMEDE İZLENECEK USUL

Hukuk Genel Kurulu'nun kararı değerlendirilirken, önce olaydaki hukuki ilişki belirlenip kısaca hükümlerine işaret edilecek ve olayla bağlantısı kurulacaktır. Daha sonra, yine olayla bağlantılı olarak davacının iddiası ve davalının savunması ele alınacak, en sonra da olayın hukuki çözümü (değerlendirmesi) yapılacaktır.

(*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

§ 2. OLAYDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

I — TİCARİ SATIM

A) KAVRAM

Ticari satım, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan 865 sayılı Eski Ticaret Kanunu (ETK) tarafından özel olarak düzenlenmişti (ETK. m. 685 - 721). Dolayısıyla o dönemde, «ticari satım»a öncelikle Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun ticari hükümleri uygulanıyor, Borçlar Kanununun ticari olmayan hükümlerine ise tamamlayıcı olarak başvuruluyordu (1).

Ancak, her ne kadar Eski Ticaret Kanunu zamanında ticari satım özel olarak düzenlenmişse de, bir satımın «ticari satım» sayılması için gerekli unsurların (şartların) neler olduğu açık bir şekilde gösterilmemişti. Hangi satımın ticari satım olarak nitelenmesi gerektiği belirlenirken Eski Ticaret Kanununun genel hükümlerinden hareket ediliyordu (2). Buna göre de, aşağıdaki kıstaslardan (ölçütlerden) birine giren satım «ticari satım» sayılırdı :

— **Satım akdinin konusunun Eski Ticaret Kanununun 20 (3) ve 21 nci (4) maddelerinde sayılan ticari işlemlerden kaynaklanması.**

Buna göre, satım akdinin konusu 20 ve 21 nci maddede sayılan ticari işlemlerden kaynaklanıyorsa, satış, tarafların sıfatı ne olursa olsun ticaridir. Ancak, 21 nci maddede sayılan işlemler (akitler) tarafların sıfatına ve niyetlerine bakılmaksızın kesin bir şekilde ticari sayıldıkları

(1) Bu konuda bk., Arslanlı, Halil, Ticari Bey', 4. Bası, İstanbul 1955, s. 5.
(2) Arslanlı, 7.
(3) ETK. m. 20:
«1 — Her nevi emvali menkule itası taahhüdatı ve alelûmum imalât ve inşaat tekabül ve iltizamı;
2 — Fabrikacılık, tezgâhçılık, matbaacılık, fotoğrafçılık, litoğrafçılık, naşirlik, gazetecilik, ilâncılık ve kitapçılık;
3 — Tiyatro, sinema ve sair temeşagâh ve otel ve han ve lokanta gibi umumi mahaller ve iş idarehaneleri ve müzayede mahalleri küşadı;
4 — Karada, nehir ve göllerde ve havada yolcu ve hayvanat ve eşya nakliyatı;
5 — Su ve gaz ve elektrik tevzii ve telefon ile muhaberat tesisi muamelâtı ticariyedendir.»
(4) ETK. m. 21 : «Zirde tadat olunan muamelât sureti mutlakada yani akidin niyet ve sıfatı nazarı itibara alınmıyarak ticaridirler:
1 — Komisyonculuk;
2 — Tellâllık;

halde, 20 nci maddede sayılan durumlarda satımın ticari olmadığı (adi olduğu) iddia ve ispat edilebilir. İspat yükü, satımın ticari olmadığını iddia edene aittir (5).

— Satımın, «mübadele niyetiyle» yapılmış bir taşınır mal alım - satımı olması.

Burada akit, tarafların niyetinden (düşüncesinden) hareketle ticari sayılmaktadır. Eski Ticaret Kanununun 15 (6) ve 18 nci (7) maddelerine göre, «mübadele niyetiyle» yapılan taşınır mal (8) alım - satımlarının ticari olması asıldır. Ancak, bu kesin bir kanuni karine olmadığı için aksi iddia ve ispat edilebilir. İspat yükü, karinenin aksini iddia edene düşer (9).

Mübadele niyeti, akdin kuruluşu anında mevcut olmalıdır. Mübade-

3 — Poliça ve emre ve hâmiline muharrer senetlerle çekler;
4 — Kambiyo muamelâtı;
5 — Hususî ve umumî bankalar muamelâtı;
6 — Hesabı carî mukavelât ve muamelâtı;
7 — Umumî mağazalara ve bunlara mevdu emval mukabilinde verilen makbuz ve rehin senedatına mütedair muamelât;
8 — Ticaret şirketleri teşkili ve ticaret şirketlerine ait esham ve hissei menafi beyi ve şirası;
9 — Merakibi bahriye beyi ve şirası ve icar ve isticarı ve inşa ve tamiri;
10 — Merakibi bahriyenin teçhizine mahsus alelûmum levazımat ile mekûlat ve meşrubat ve mahrukat beyi ve şirası;
11 — Seyrisefaine, bahren ve tahtelbahir her nevi nakliyat ve sevkiyat ve seyahate ve alelıtlak ticareti bahriyeye müteallik muamelât;
12 — Merakibi bahriye hizmetinde müstahdem kaptan ve çarkçı ve taife ve kılavuz ve sair eşhasın maaşat ve ücuratına ve eşhası mezkûrenin sefaini ticariyedeki hidematına müteallik her nevi ukut ve mukavelât;
13 — İkraz ve istikrazı bahrî;
14 — Berrî ve bahrî her nevi muhatarata karşı gerek ücretli gerek mütekabil her nevi sigortalar ve hayat sigortaları.»

(5) Arslanlı, 9.

(6) ETK. m. 15: «Tacir olan ve olmıyan eşhasın emvali menkuleyi âhare beyi ve icar niyetile iştira etmeleri ve bu niyetle iştira edilen emvali menkuleyi halile veya şekli âhare kalbettikten sonra beyi veya icar eylemeleri muamelâtı ticariyeden maduttur. İştiranın beyiden ve icardan mukaddem veya muahhar olması müsavidir.»

(7) ETK. m. 18: «Tacir olan ve olmayan eşhasın âhare beyi veya ferağ ederek temini temettü kastile emvali gayrımenkule iştira veya teferruğ ettikleri emvali gayrımenkuleyi beyi veya ferağ eylemeleri muamelâtı ticariyeden maduttur.»

(8) Eski Ticaret Kanunu zamanında, ticari satıma ilişkin hükümlerin taşınmazlara uygulanamıyacağı kabul edilmekteydi (bk., Arslanlı, 8).

(9) Arslanlı, 8.

le niyetine dayanmaksızın satın alınan bir malın daha sonra başkasına devri (satılması), işlemi ticari hale getirmez (10).

— Taraflardan en az birinin tacir (tüccar) olması.

Eski Ticaret Kanununun 22 nci maddesine göre (11), bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. 23 ncü maddesine göre ise (12), taraflardan birisi için ticari olan sözleşmeye Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır. Dolayısıyla, satım akdinin tarafları tacir sıfatına sahip bulundukları takdirde, satım sözleşmesi de kural olarak ticari sayılır. Ancak, taraflardan sadece biri tacir ise, sözleşmenin ticari olmadığı iddia ve ispat edilebilir (13).

— Satım akdinin, Eski Ticaret Kanununun 15 vd. maddelerinde sayılmış olan ticari işlemlerden (muamelelerden) birine bağlı olması veya onun icrasını teşkil etmesi (ETK. m. 25) (14).

— Satım akdinin bir ticari işletme faaliyetinden kaynaklanması.

Satım akdi bir ticari işletme faaliyetinden kaynaklanıyorsa, yine ticari satım sayılacak ve Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi tutulacaktır (15).

Eski Ticaret Kanununun ticari satım'ı düzenleyen hükümleri (ETK. m. 685 - 721) 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa alınmamıştır. Ancak, özellikle uygulanacak bazı hükümler (meselâ, TK. m. 25; BK. m. 187, 212)

(10) Arslanlı, 8, 22 - 23.

(11) ETK. m. 22: «Bir tacirin akit ve borçlarında sıfatı asliye ticarettir. Binaenaleyh bir tacirin muamelâtı adiyeye taallûku sabit olmayan akit ve borçları muamelâtı ticariyeden maduttur.»

(12) ETK. m. 23: «Bir akit tarafeynden yalnız biri için ticari olsa dahi hilâfına kanunda sarahat olmadıkça bilcümle âkitlerin akti mezburdan mütevellit borçları hakkında Kanunu Ticaret ahkâmı tatbik olunur.»

(13) Arslanlı, 8 - 9.

(14) ETK. m. 25: «Bu fasılda (m. 15 vd.) tadat olunan muamelâta mürtebit olan veya bunların icrasını teşkil eden bilcümle muamelât dahi muamelâtı ticariyeden maduttur.»

(15) ETK. m. 19: «Bir sahibi arzın veya çiftçinin mahsulâtını ve bir maden sahibinin çıkarılmış cevherleri beyi etmeleri umuru adiyedendir. Bir çiftçinin sanati ziraiyesine tebaaen bir tezgâhta mahsulâtı arziyesinin şeklini tebdil etmesi ve bir san'atkârın gerek bizzat, gerek amele istihdam veya makine istimal ederek asarı san'atini vücude getirmesi ve bu asarı bey etmesi ve bir müellifin eserini tab, neşir ve beyeylemesi kezalik umuru adiyedendir. Şu kadar ki bir kimse mahsulâtı arziyesini veya çıkarılmış cevherleri şekli âhare ifrağ veya beyi için sınai ve ticari bir müessese şekil ve ehemmiyetini haiz daimî bir müessese küşat etmiş ise bu müesseseye ait muamelât, muamelâtı ticariyedendir.»

açısından, bugün de adî - ticari satım ayırımı önem taşımaktadır (16). Fakat, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi, 6762 sayılı yeni Ticaret Kanununda da ticari satımı adi satımdan ayırdetmeye yarayacak unsurları gösteren özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda, yani «Hangi satım ticari satımdır?» sorusuna cevap ararken, «ticari iş»i belirleyen düzenlemelerden hareket edilmesi isabetli olacaktır (17). Zira, ticari iş olarak nitelendirilecek işlem ve eylemlere ilk olarak Ticaret Kanunu ve öteki kanunların ticari hükümleri uygulanır. Başka bir söyleyişle, Ticaret Kanununun uygulama alanının sınırları «ticari iş» kavramına göre belirlenir (18).

Bir işin «ticari iş» olup olmadığını belirlemede göz önünde tutulacak ölçü ise, Ticaret Kanununun 3 ncü maddesinde düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu düzenlemenin Ticaret Kanununun 21 nci maddesinde yer alan «ticari iş karinesi» ile tamamlanması gereklidir (19).

Şu halde, bir satım sözleşmesinin «ticari iş» olarak nitelenmesi, onun «ticari satım» vasfını kazanması açısından yeterlidir. Dolayısıyla günümüzde bir satımın ticari olup olmadığı, Ticaret Kanununun 3 ve 21 nci maddelerinde ticari iş için öngörülmüş bulunan üç ayrı kıstasa (ölçüte) göre belirlenebilir :

— Satımın Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş olması.

Ticaret Kanununun 3 ncü maddesine göre, Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan hususlar ticari iş sayılır. Bu nedenle, Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunan satım sözleşmeleri, başkaca bir kıstas aramaya gerek olmaksızın (20) ticari satım sayılırlar ve ticari satıma has hükümlere tabi olurlar.

Bunlara örnek olarak «boşaltma yerinde teslim şartı ile satış» (TK. m. 1133 - 1137), FOB satış (TK. m. 1138) ve CIF satış (TK. m. 1139 - 1158) gibi denizaşırı satışlar gösterilebilir (21).

---

(16) Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 37.

(17) Kalpsüz, Turgut, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960, s. 1.

(18) İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1979, s. 17.

(19) İmregün, 17 - 18.

(20) Kalpsüz, bunlar için «doğrudan doğruya ticari olan satışlar» ifadesini kullanmaktadır (bk., Kalpsüz, 1).

(21) Karayalçın bunları «muayyen ticari satışlar» şeklinde isimlendirmektedir. Gerçekten, Karayalçın'a göre ticari satış'ın iki türü vardır: 1) Muayyen ticari satışlar: Bunlar Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunan boşaltma yerinde teslim şartı ile satış (TK. m. 1133 - 1137), FOB satış (TK. m. 1138) ve CIF satış (TK. m. 1139 - 1158) gibi denizaşırı satış-

— **Satımın bir ticari işletmeyle ilgili olması.**

Ticaret Kanununun 3 ncü maddesine göre, «... bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir.»

Şu halde, bir ticari işletmeye (22) ilişkin satış sözleşmesi de ticari satım'dır ve ticari satıma ilişkin hükümlere tabi olur (23).

— **Satım sözleşmesinin taraflarından en az birinin tacir olması.**

Ticaret Kanununun 11 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine, göre, «Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır.» Tüzel kişi tacirler açısından bu karine kesindir. Gerçek kişi tacirlerde ise bu karinenin aksi iddia ve ispat edilebilir (24). Gerçekten, yine Ticaret Kanununun 21 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, «...hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adi sayılır.»

İşte, taraflarından en az birini bir tacirin oluşturduğu satım akdi (sözleşmesi), o tacir açısından (25) ticari sayılacağı için (TK. m. 21/I) (26), ticari satım olarak nitelendirilecek ve ticari satıma ilişkin hükümlere tabi

---

lardır. 2) Mevsuf ticari satış (ve trampa): Bir satışın mevsuf ticari satış sayılabilmesi için, «a) ticari sayılması yani bir ticari işletmeyle ilgili olması, b) bu satış akdinin tacirler arasında yapılmış bulunması lâzımdır (TK. 25)» (bk., Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 544). Aynı yönde yapılmış açıklamalar için bk., Özdemir, Necdet, Türk Ticaret Hukuku, Ankara 1971, s. 71; Önen, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975, s. 5; Edis, 37. Kanaatimce, Karayalçın'ın, Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunanlar dışındaki bir satış sözleşmesinin ticari satım sayılabilmesi için sözleşmenin her iki tarafının da tacir olmasını şart koşması (araması) isabetli değildir. Ticari satımın bulunup bulunmadığı belirlenirken «ticari iş»e ilişkin kıstaslar yeterli olmalı, ancak Kanunun açıkca belirttiği hallerde (meselâ, TK. m. 4, 20/III, 25, 82/II) her iki tarafın da tacir olması aranmalıdır.

(22) Maddede sözü edilen «ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müessese»den kasıt «ticari işletme»dir. Ticari işletme kavramı konusunda bk., Poroy, Reha, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1983, s. 27 vd..

(23) Kalpsüz, 2.

(24) İmregün, 18.

(25) Kalpsüz, 2.

(26) Zira, burada söz konusu olan para borcu olmayıp edim borcudur (bk., Poroy, 61).

tutulacaktır (27). Zira, «... Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır» (TK. m. 21/II) (28).

Yukarıda yer alan açıklamalarımızdan sonra diyebiliriz ki, bir satım akdinin (sözleşmesinin) ticari satım olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu üç ayrı kıstasdan birine dahil olması yeterlidir. Başka bir söyleyişle, Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunan veya bir ticari işletmeye ilişkin olan ya da taraflarından en az birini bir tacirin oluşturduğu satım sözleşmesi «ticari satım»dır.

Bu nedenle, ticari satım kavramı belirlenirken, yukarıdaki üç kıstas yanında ayrıca, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi «tarafların niyetinden (düşüncesinden)» hareketle sonuca ulaşmaya gerek yoktur. Bu konuda Ticaret Kanununun 12 nci maddesinin birinci bendi örnek gösterilmektedir. Söz konusu bende göre, «Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi» amacıyla kurulan müesseseler ticari işletme (ticarethane) sayılır. Ancak, Ticaret Kanununun 12 nci maddesinin birinci bendi, bu haliyle tarafların niyetinden hareket eden sübjektif ölçüye değil, «satımın bir ticari işletmeyle ilgili olması» kıstasına (ölçütüne) dayanak teşkil edebilir (29).

---

(27) Şüphesiz, yukarıda 21 sayılı dipnotunda da belirttiğimiz gibi, iki tarafın da tacir olmasını şart koşan hükümler (meselâ, TK. m. 4, 20/III, 25) saklıdır. Bunların uygulanabilmesi için satımın ticariliği tek başına yeterli olmayacak, ayrıca tarafların tacir sıfatına sahip bulunmaları da aranacaktır.

(28) Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 106; Kalpsüz, 2. 15. HD. 4.3.1980, E. 1980/338, K. 1980/537, «...taraflar arasındaki uyuşmazlık, istisna sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. TTK.nun 12/3 maddesine göre her çeşit imal ve inşa işleri ile uğraşan müesseseler ticarethane sayılmaktadır. Yine aynı Yasanın 21. maddesinin son fıkrasına göre ise, taraflardan biri için ticari iş mahiyetinde olan mukavelelerin, diğeri için de ticari iş niteliğinde olacağı belirtilmiştir. Anılan Yasanın 9/son maddesi uyarınca da, ticari işlerde temerrüt faizinin %10 olacağı açıkça kabul edilmiştir.» (YKD, C. 7, S. 5, 1981, s. 619 - 620).

(29) Ancak, Eski Ticaret Kanunu zamanında yapılan açıklamaların etkisiyle olacak, ticari satımın belirlenmesinde tarafların amacını (mübadele niyetini) göz önünde tutan yazarlar mevcuttur (bk., Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 50; Önen, 5).

B) UNSURLARI

Gerek Ticaret Kanununda gerekse Borçlar Kanununda «ticari satım»ı özel olarak tanımlayan bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla, ticari satımın unsurlarını belirlerken de, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi (30), Borçlar Kanununun genel (adi) satım akdini (sözleşmesini) düzenleyen hükümlerinden hareket etmek gerekecektir.

Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, «Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.»

Bu tanımdan hareketle, geçerli bir ticari satım sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi (doğabilmesi) için, yukarıda açıkladığımız ayırıcı kıstaslar dışında, üç unsura ihtiyaç bulunduğu söylenebilir: 1) Satımın konusu mal, 2) semen (satış bedeli - parası) ve 3) malın ve semenin karşılıklı olarak değiştirilmesine yönelik anlaşma (31).

1 — Satımın Konusu Mal

Genel (adi) satım sözleşmesinde olduğu gibi, ticari satım sözleşmesinin birinci unsuru «mal»dır.

Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasında geçen «mal» sözcüğü, ilk bakışta, sadece maddi - cismani varlığı olan şeylerin satıma konu teşkil edeceği sonucunu yaratabilir. Ancak öğretide, sadece özel mülkiyet konusu olmaya elverişli taşınır ve taşınmaz eşyaların değil, parasal değere sahip hakların da satım akdine konu teşkil edebileceği, yani Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan «mal» sözcüğünün geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir (32).

Bu açıdan, kural olarak, adi satımla ticari satım arasında fark yoktur. Eski Ticaret Kanunu zamanında ise, ticari satımı düzenleyen hükümlerin sürekli olrak «teslim»den söz etmelerinden hareketle, ticari sa-

(30) Eski Ticaret Kanunu zamanında da ticari satım sözleşmesinin tanımı ve unsurları belirlenirken Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmakta idi (bk., Arslanlı, 11 vd.).

(31) Bu üç unsur, geçerli bir satım sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi için varlığı zorunlu (temel) unsurlardır. Söz konusu unsurlardan biri eksik olursa, satım sözleşmesi ortaya çıkmaz (bk., Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 1984, s. 21).

(32) Bilge, 26 - 27; Tunçomağ, II, 45 vd.; Zevkliler, 21; Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. Bası, Ankara 1984, s. 76 - 77.

tıma ilişkin hükümlerin sadece taşınır satımına uygulanabileceği, buna karşılık taşınmaz satımlarında uygulanmıyacağı kabul ediliyordu (33). Eski Ticaret Kanununun ticari satımı düzenleyen hükümleri bugün yürürlükte olmadığına göre, artık taşınmaz mallar da ticari satıma konu teşkil edebileceklerdir.

Ticari satımın konusunu mislî veya gayrımislî bir eşya oluşturabileceği gibi, ferden veya nev'en (çeşidiyle) belirlenmiş eşyalar da oluşturabilir (34).

Satımın konusunu oluşturan malın, sözleşmenin kurulduğu (in'ikad ettiği) anda mevcut olması zorunlu değildir (35). Aynı şekilde, sözleşmenin kuruluşu anında satıcının malvarlığında yer almayan bir mal da satıma konu oluşturabilir (36).

Ticari satımın konusu, münferit eşyalar yanında, pul koleksiyonu gibi fiili bir eşya topluluğundan ibaret de olabilir (37).

2 — Semen (Satış Bedeli - Parası)

Satım sözleşmesinin ikinci ayırdedici (temel) unsuru semen (satış bedeli)'dir. Bir satım sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için, mal ile paranın değişimi söz konusu olmalıdır (38). Mal ile para değişimi değil de diğer bir malın değişimi söz konusu ise, artık satım değil trampa sözleşmesi var demektir (39).

Taraflar semeni (satış bedelini), Borçlar Kanununun 19 ve 21 nci

(33) Arslanlı, 22 - 23.

(34) Arslanlı, 26 - 27; Tunçomağ, II, 45; Zevkliler, 22; Tandoğan, I/1, 80; Doğanay, İsmail, Ticari Menkul Mal Alım - Satım Akdinin Unsurları ve Alıcının Mal Bedelini Ödeme Borcu, Batider, C. 5, 1969, s. 197.

(35) Arslanlı, 24; Tunçomağ, II, 45; Zevkliler, 22; Tandoğan I/1, 77; Doğanay, 197. Bu durum, Eski Ticaret Kanununun 688 nci maddesinde, «Zamanı akitte mevcut olmayıp vakti teslimde tedarik ve ihzarı kabil olan emvali ticariyenin beyi sahihtir» şeklinde ifade edilmiştir.

(36) Arslanlı, 24; Tunçomağ, II, 47; Bilge, 26; Zevkliler, 22; Tandoğan, 1/1, 78; Doğanay, 197. ETK. m. 686: «Bayi gayrin malını satmış ise müşteri mebia malik olmaz. Fakat bayi mebii temellük ederek müşteriye teslime mecburdur. Bayi bu malı temellük etmediği veya buna muktedir olmadığı takdirde müşteriye zarar ve ziyan itasına mecburdur.»

(37) Arslanlı, 25; Doğanay, 197.

(38) Tunçomağ, II, 48; Doğanay, 197. ETK. m. 699: «Semenin nakit olması şarttır. Semen olarak nakit ile beraber diğer bir şeyin ifası da meşrut olduğu surette o şeyin kıymeti naktin kıymetine müsavi veya ondan ziyade ise muamelei vâkie hakkında bey'i ticari ahkâmı cari olmaz.»

(39) Arslanlı, 18; Zevkliler, 23.

maddesinin çizdiği sınırlar içinde serbestçe belirleyebilirler (40). Ama bu, yani sözleşmenin kuruluşu anında semenin belirlenmiş olması, zorunlu değildir; sonradan belirlenebilir olması kaydıyla sözleşme kurulmuş sayılır (BK. m. 182/III) (41). Böyle bir durumda, satış bedelini tesbit yetkisi taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılmış olabilir. Üçüncü kişiye bırakılmışsa, o, bu yetkisini hakkaniyet esasları çerçevesinde kullanmak zorundadır (42).

Cari fiyatı bulunan mallar açısından ise, Borçlar Kanununun 209 ncu maddesi bir karine öngörmüştür. Buna göre, «Alıcı kat'i sipariş yapmış, fakat semeni tayin etmemiş ise satım siparişin yapıldığı gün ve mahalde cari fiyat üzerinden yapılmış sayılır» (43).

3 — Anlaşma

Satım sözleşmesi, alıcı ile satıcının satım konusu şeyle semenin (satış bedelinin) değişimi konusunda anlaşmalarıyla birlikte (44) kurulmuş olur (45). Bu durum, satımın rızai bir sözleşme olmasının normal sonucudur.

Değişime ilişkin anlaşma, taşınır malları konu alan satım sözleşmelerinde herhangi bir şekle tâbi değildir. Buna karşılık, taşınmazları konu

---

(40) Bilge, 28; Zevkliler, 23; Tandoğan, I/1, 83; Doğanay, 201.

(41) Bilge, 29; Tunçomağ, II, 51; Zevkliler, 23; Tandoğan, I/1, 87; Doğanay, 202 - 203. Taşınmaz mallarda ise, satış bedelinin resmi senet içinde yer alması zorunlu olduğu için sonradan belirlenmesi mümkün değildir (bk., Zevkliler, 24). ETK. m. 700: «Semenin muayyen olması veya veçhi tayininin tesbit edilmesi şarttır. Semen bu suretle tayin edilmemiş olduğu halde mebi teslim edilmemiş ise zaman ve mahalli akitteki fii rayiç semen ittihaz edilmiş addolunur. Mezkûr zaman ve mahaldeki fii rayiç müteaddit ise müşteri vasatisini ödemeğe mecburdur.»

(42) Tunçomağ, II, 51. ETK. m. 701: «Semenin tayini hakkının mukavelename ile üçüncü bir şahsa teffizi caizdir. Üçüncü şahıs herhangi sebeple semeni tayin etmiyecek olursa müşteri mebiin satış günündeki rayiç fiatini ve o günkü fiat müteaddit ise vesatisini tediyeye mecburdur.

Rayiç fiat bulunmadığı halde bedeli misil mahkemece tayin olunur.»

(43) Ancak, burada siparişin yapıldığı günün değil, sözleşmenin hükümlerini meydana getirdiği zaman ve yerin ifade edilmek istendiği belirtilmiştir (bk., Bilge, 29 - 30; Doğanay, 203). Tandoğan'a göre ise, ifa günü ve yerindeki cari fiyatın esas alınması isabetli olur (bkz., Tandoğan, I/1, 89).

(44) Satım sözleşmesinin bu unsuru için «mübadele taahhüdü» (bk., Arslanlı, 11; Tunçomağ, II, 59), «mülkiyetin nakli taahhüdü» (bk., Bilge, 30) ifadesini kullananlar da vardır.

(45) Tunçomağ, II, 60; Tandoğan, I/1, 90; Doğanay, 196. ETK. m. 685/I: «Mebi ve semende tarafeynin rızaları birleşince beyi mün'akit olur.»

alan satımlarda resmi şekil (BK. m. 213); alacak haklarını konu alan satımlarda ise yazılı şekil (BK. m. 163/I) zorunludur (46).

Ancak, sadece tarafların anlaşmaları, mülkiyetin alıcıya intikali için yeterli değildir. Anlaşma ile, alıcı için semeni ödeme, satıcı içinse mülkiyeti nakil borcu doğar. Mülkiyet, satımın konusunu oluşturan şey taşınır ise alıcıya teslim edilmesi (zilyedliğinin nakli); taşınmaz ise, alıcı üzerine tescilin yapılması; alacak ise, kural olarak, temlik belgesinin düzenlenip imzalanması ile intikal eder (47).

II — HÜKÜMLERİ

Ticari satımın hükümleri incelenirken, «satıcının borçları» ve «alıcının borçları» olmak üzere ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Ancak, daha önce, «yarar (nef'i)» ve «zarar (hasar)»ın intikali üzerinde durmak isabetli olacaktır.

Yarar (nef'i), satım sözleşmesinin kurulmasından satım konusu malın alıcıya teslimine kadar geçen süre içinde, malda tabii yapısı gereği (kendiliğinden) meydana gelen fazlalıkları; zarar (hasar) ise, yine aynı süre içinde, satıcıya yüklenemiyen nedenlerden dolayı malın tümüyle yok olması veya değerini azaltacak derecede kötüleşmesini ifade eder (48). Zarar'da, ya malın tümüyle yok olması nedeniyle teslimi imkânsız hale gelmiştir, ya da sözleşmede kararlaştırılandan daha az değerde bir malın teslimi söz konusudur (49).

Yarar ve zararın intikalinden (geçmesinden) kasıt ise, meydana gelen bu fazlalıkların kime ait olacağı ve zarara kimin katlanacağıdır (50).

Halen yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda, Eski Ticaret Kanunundan farklı olarak (51), yarar ve zararın intikaline ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, bu konuda da Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Ferdiyle belirlenmiş satımlarda yarar ve zararın intikali, Borçlar Kanununun 183 ncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir (52). Bu

(46) Şüphesiz, kıymetli evrakta şekillenmiş alacaklar, bunların devrine ilişkin esaslara tabi olacaklardır.
(47) Tunçomağ, II, 62; Bilge, 31 - 32; Tandoğan, I/1, 91; Doğanay, 196.
(48) Zevkliler, 25.
(49) Zevkliler, 25.
(50) Bilge, 33; Tandoğan, I/1, 101 - 102.
(51) Eski Ticaret Kanunu, ticari satımda hasarın intikalini üç ayrı madde ile düzenlemişti: ETK. m. 696 - 698.
(52) ETK. m. 696/I: «Akit tamam olduktan sonra mebie arız olan hasar kazaen vukubulsa bile müşteriye aittir.»

düzenlemeye göre, «Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.» Maddenin açık ifade şeklinden de anlaşıldığı gibi, satım konusu mala ilişkin yarar ve zararlar, kural olarak, sözleşmenin kuruluşuyla birlikte alıcıya intikal eder (53). Bu açıdan, malın henüz alıcıya teslim edilmemiş olmasının önemi yoktur. Dolayısıyla, mal henüz alıcıya teslim edilmezden önce satıcının herhangi bir kusuru bulunmaksızın(54) yok olmuşsa, satıcının teslim borcu ortadan kalkacak, alıcının semeni ödeme borcu ise devam edecektir. Hukukumuzda, mülkiyetin intikali için taşınırlarda teslim (zilyetliğin nakli) ve taşınmazlarda tapu siciline tescil zorunlu olduğundan, Borçlar Kanunundaki düzenlemenin (BK. m. 183/I) tutarsız, eşitliğe aykırı ve adil olmadığı ileri sürülmüştür (55).

Çeşidiyle (nev'en) belirlenen mallarda ise, yarar ve zararın intikali, malın ifa yerinden başka bir yere gönderilecek olup olmamasına göre değişmektedir. Mal, alıcıya ifa yerinde teslim edilecekse, ölçme, tartma veya sayma yoluyla benzerlerinden ayırt edilmesiyle birlikte (56); ifa yerinden başka bir yere gönderilecekse, satıcının, benzerlerinden ayırdettiği malı göndermek için elinden çıkarmasıyla birlikte (57) yarar ve zarar alıcıya intikal eder (BK. m. 183/II) (58). Buradaki elden çıkarmadan

(53) Kural, sözleşmenin kuruluşuyla birlikte yarar ve zararın alıcıya intikal etmesi ise de, bu kuralın yine Borçlar Kanununun 183 ncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan iki istisnası vardır. Birincisi, «hususi şartlardan mütevellit istisnalar»dır. Bundan kasıt, tarafların, malın tesliminden önce zararın alıcıya intikal etmiyeceğini kararlaştırmış olmalarıdır (bk., Zevkliler, 26; Tandoğan, I/1, 107). İkincisi, «halin icabından... mütevellit istisnalar»dır. Bunlara örnek olarak, malın tesliminin satıcı yararına geciktirilmiş olması, satım konusu malın henüz satıcının elinde olmaması, satıcının temerrüde düşmüş olması vb. gösterilmektedir (bk., Bilge, 35 - 36; Tandoğan, I/1, 107 vd.; Zevkliler, 26 - 27).

(54) Buna karşılık, malın yok olması veya değerini azaltacak bir zarara maruz kalması satıcının kusurlu bir davranışından ileri gelmişse, artık zarara o katlanacaktır (bk., Bilge, 36; Zevkliler, 27).

(55) Bilge, 37; Zevkliler, 26; Tandoğan, I/1, 106 - 107.

(56) Eşyanın benzerlerinden ayırdedilmiş olduğunun alıcıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır (bk., Bilge, 37 - 38; Tandoğan, I/1, 111).

(57) Bu açıdan aynı kent içindeki bir alıcıya teslimi için elden çıkarılan mallar açısından da «başka yere gönderme»nin söz konusu olduğu kabul edilmektedir (Bk., Bilge, 38; Zevkliler, 28; Tandoğan, I/1, 112).

(58) Bu durum, Eski Ticaret Kanununda olumsuz şekilde ifade edilmiştir. ETK. m. 697: «Zirde gösterilen ahvalde akit tamam olduktan sonra mebie arız

kasıt, malın, nakil ile yükümlü olana (taşıyıcıya) teslim (tevdi) edilmesidir (59).

Taliki (geciktirici - erteleyici) şarta bağlı satım sözleşmelerinde yarar ve zarar, şartın gerçekleşmesi anından itibaren alıcıya intikal eder. Gerçekten, Borçlar Kanununun 183 ncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, «Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku ânından itibaren iktisap edene geçer.» Taliki şarta bağlı bir sözleşme şartın gerçekleşmesinden itibaren hükümlerini doğuracağı için (BK. m. 149/II), Borçlar Kanununun düzenlemesi mantıklıdır (60).

A) SATICININ BORÇLARI

Satıcının borçlarını, 1) teslim ve mülkiyeti alıcıya geçirme borcu, 2) ayıba ve zapta karşı tekeffül borcu ve 3) diğer borçları olmak üzere üç ayrı başlık altında ele alıp inceleyebiliriz.

---

olan hasar kazaen vukubulsa bile bayie attir :

1 — Mebi muayyen ve müşahhas olmamakla beraber mahiyetini ispat ve ayni cins diğer eşyadan tefrik ve temyiz edilebilecek alâmetler konarak tayin edilmemiş ise;

2 — Tartma, sayma veya ölçme ile teslimi lâzım gelen mebi tartılmazdan, sayılmazdan veya ölçülmezden evvel telef olmuş veya tegayyür etmiş ise; (şu kadar ki satış götürü olarak vâki olmuş veyahut müşteri, ihtarı vâkıa rağmen tartma, sayma ve ölçme ameliyatında bulunmamış veya adamını göndermemiş ise hasarı vâki müşteriye racidir);

3 — Mebiin teslimi hususunun tehiri şart edilmiş ise;

4 — Müşteri, mebii tesellüme hazır olduğu halde bayi ihtarı vâkie rağmen mebii teslim etmemiş ise (şu kadar ki mebi müşterinin yedinde bulunmuş olsaydı dahi telef olmuş bulunacağı muhakkak ise hasarı vâki müşteriye ait olur.)»

ETK. m. 698: «Mebiin müşteriye irsal edilmek üzere nakliyat komisyonuna veya nakliyeciye veyahut emtiayı nakle memur olan diğer bir şahsa tesliminden itibaren hasarı müşteriye aittir. Şu kadar ki mebiin sureti nakline dair bir şart var ise bayi zaruret bulunmadıkça bu şarta riayete mecburdur. Aksi takdirde bu yüzden müşteriye terettüp edecek zarardan mes'ul olur.

Tarafeynin maksadına nazaran emtianın gönderileceği mahal, mahalli teslim addolunmuş ise esnai nakilde vukua gelen hasar bayie aittir. Mamafih bayiin, mücerret mebiin masarifi nakliyesini deruhte etmesile naklolunacağı mahallin mahalli teslim addi lâzım gelmez.»

(59) Bilge, 38; Tandoğan, I/1, 112.

(60) İnfisahi (bozucu) şarta bağlı satım sözleşmelerinde ise, sözleşmenin kuruluşuyla birlikte yarar ve zarar alıcıya geçer (intikal eder) (BK. m. 152/I, 183/I - II) (kk., Bilge, 39; Tandoğan, I/1, 114).

1 — Teslim ve Mülkiyeti Alıcıya Geçirme Borcu

Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, «... satıcı, satılan malı ... alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.»

Maddenin ifadesinden de anlaşıldığı gibi, satıcının aslî (temel) borcu, satım konusu şeyin mülkiyetini alıcıya geçirmektir (devretmektir) (61). Teslim borcu ise, mülkiyetin devri borcunun yerine getirilmesinin (ifasının) bir yoludur ve bu borç açısından tamamlayıcı nitelik taşımaktadır (62).

Gerçekten, satım sözleşmesinin konusu taşınır bir mal ise, mülkiyetin alıcıya geçirilebilmesi için onun alıcıya teslimine ihtiyaç vardır (MK. m. 687). Ancak, karşılıklı anlaşmaya dayanmak kaydıyla, buradaki teslimi «zilyedliğin devri» olarak anlamak lâzımdır. Dolayısıyla, mülkiyetin devri açısından, fiilî (maddi) bir teslim kadar zilyedliğin öteki devir yolları (meselâ, hükmen teslim, kısa elden teslim, zilyedliğin havalesi, eşyayı temsil eden senetlerin teslimi) da yeterli olabilecektir.

Taşınmazlarda ise, sadece teslim mülkiyetin alıcıya intikali için yeterli değildir. Satıcının (malikin), alıcı üzerine tescilin yapılması için tapu memuruna talepte bulunması ve tapu memurunun da buna dayanarak tescil işlemini yapması gereklidir (MK. m. 633, 629) (63).

Satımın konusunu bir alacak hakkı oluşturuyorsa, artık satıcının alacağın temliki beyanında bulunmasıyla birlikte hak alıcıya intikal edecektir (64).

2 — Ayıba ve Zapta Karşı Tekeffül Borcu

a) Ayıba Karşı Tefekkül Borcu

«Ayıp», satımın konusunu oluşturan malın niteliklerine ilişkin bir eksikliği ifade eder (65). Ya malda normal olarak bulunması gereken veya satıcı tarafından taahhüt edilmiş olan bir kısım özellikler yoktur, ya da malın değerini azaltan bir kısım aksaklıklar vardır.

---

(61) Zevkliler, 42.
(62) Tandoğan, I/1, 114.
(63) Geçerli bir satım sözleşmesine rağmen satıcı tapu memuruna tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, alıcı, bir dava açarak mahkemeden mülkiyetin kendisine aidiyeti yönünde karar vermesini isteyebilir (MK. m. 642).
(64) Tandoğan, I/1, 114.
(65) Edis, 8.

Ayıp, maddî (fizikî) olabileceği gibi, hukuki de olabilir (66).

Ayıba karşı tekeffül borcu ise, «satılan şeyde satıcı tarafından zikir ve vaad edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanları bulunmasından satıcının sorumlu tutulması»dır (67).

Genel olarak (adi satımlar için) ayıba karşı tekeffül borcu Borçlar Kanununun 194 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir (68). Söz konusu hükümler, Ticaret Kanununun 25 nci maddesinde düzenlenmiş olan istisnalar dışında, ticari satımlara da uygulanacaktır (TK. 25/I).

Borçlar Kanununun 194 ncü maddesinin birinci fıkrasına göre, «Satıcı, alıcıya karşı zikir ve vaadettiği vasıfları mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir.»

Sorumlu olma açısından, satıcının maldaki bu ayıpları bilme zorunluluğu yoktur (69). O, maldaki ayıplardan hiç haberdar olmasa dahi sorumludur (BK. m. 194/II) (70).

Ancak, satıcının ayıp dolayısıyla sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, alıcının, sözleşmenin yapılması anında bunlardan haberdar olmaması lâzımdır. Şayet alıcı, ayıbın mevcudiyetini eskiden beri biliyorsa, artık satıcı bu ayıptan sorumlu olmaz (BK. m. 197). Aynı şekilde, satıcı, normal bir muayene ile anlaşılabilecek ayıplardan da, sadece bunların mevcut olmadığını taahhüt etmişse sorumlu olur (BK. m. 197).

Hayvan satımlarında ise, satıcı, ancak yazılı şekilde taahhüt etmişse veya alıcıyı iğfal etmişse maldaki ayıplardan sorumlu olur (BK. m. 195); bunların dışındaki ayıplardan sorumlu tutulmaz.

Satıcının maldaki ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için, yukarıda

(66) Bilge, 74; Zevkliler, 43.

(67) Edis, 7; Bilge, 73; Zevkliler, 42; Tandoğan, I/1, 157 -158.

(68) Borçlar Kanununun 149 ncü maddesi ile, iradeyi sakatlayan sebeplerden «akdin lüzumlu vasıflarında hata»yı düzenleyen 24 ncü maddesinin 4 ncü bendi arasında yakın bir ilişki vardır. Alıcı, somut olayın özelliklerine göre, 194 ve devamı maddeleri yanında 24 ncü maddenin 4 ncü bendine de dayanabilir (bk., Bilge, 74).

(69) Satıcı, malın ayıpsız olduğunu alıcıya karşı açıkca taahhüt etmiş de olabilir ki, böyle bir durumda «akdî tekeffül»ün varlığından söz edilir. Ancak, satıcının ayıp dolayısıyla sorumluluğu için bu zorunlu değildir (bk., Bilge, 75).

(70) Bu durumda, «lüzumlu vasıflardan dolayı tekeffül (kanuni tekeffül)» adı verilmektedir (bk., Bilge, 76).

belirtilmiş olanların yanında, alıcı, muayene ve ihbar yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmalıdır. İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi, ayıbın normal (olağan) bir muayene sonucu belirlenebilir olup olmamasına göre değişmektedir. Normal (olağan) bir muayene sonucu anlaşılabilecek ayıplarda alıcı, malın kendisine teslîminden itibaren, mahalli örf ve âdete göre (71) imkân bulur bulmaz malı muayene etmek (72), satıcının tekeffülü altında bir ayıbın var olduğunu görürse bunu derhal satıcıya bildirmek mecburiyetindedir (BK. m. 198/I) (73). Alıcı bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, malı ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır (BK. m. 198/II). Buna karşılık ayıp, normal (olağan) bir muayene ile anlaşılabilir nitelik taşımıyorsa, alıcı, ilerlide ortaya çıktığı andan itibaren satıcıyı haberdar etmelidir (BK. m. 198/II, III). Aksi takdirde, yine malı bu ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır (BK. m. 198/III).

Konusu hayvan olan satımlar için özel düzenleme getirilmiştir. Buna göre, «Hayvan alım satımında kefalet müddeti tahriren tayin edilmiş olup da kefalet hayvanın bir vasfına müteallik (74) değil ise satılanda keşfedilen ayıptan satıcının mes'uliyeti, teslîm vâki olduğu veya alıcının kabızda temerrüdü tahakkuk ettiği günden itibaren dokuz gün içinde satıcıya ihbar edilmekle beraber hayvanın ehlivukuf marifetiyle muayenesini icrası yine bu müddet zarfında mercilinden talep olunmasına mütevakkıftır» (BK. m. 199).

Alıcının ayıbı ihbar yükümlülüğüne ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri, adi satımlar yanında, sadece bir tarafı tacir olan ticari satım sözleşmelerinde de uygulanır. Her iki tarafı da tacir olan (yani tacirler arasındaki) ticari satım sözleşmelerinde ihbar yükümlülüğü ise, Ticaret Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmiştir (75).

---

(71) Muayenenin bu süre içinde yapılmış olup olmadığını yargıç belirleyecektir (bk., Bilge, 80).

(72) Muayene masrafları kural olarak alıcıya aittir. Ancak o, ayıba karşı tekeffül davasını kazanırsa bunları da isteyebilir (bk., Bilge, 81; Tandoğan, I/, 173).

(73) İhbar, herhangi bir şekli tâbi tutulmamıştır. «Derhal» sözcüğü ile ifade edilmek istenen süreyi de yargıç belirler (MK. m. 2, 4) (bk., Bilge, 82).

(74) «Hayvanın bir vasfına müteallik» deyiminin, «hayvanın gebeliğine ilişkin olmamalı» şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir (bk., Bilge, 79; Tandoğan, I/1, 173, 177).

(75) Gerçekten, Ticaret Kanununun 25 nci maddesi, «...tacirler arasındaki satış ve trampalarda da...» diyerek, söz konusu hükmün sadece iki tarafı tacir olan ticari satımlarda uygulanacağını açık bir şekilde belirtmiştir. Domaniç'e göre de 25 nci madde, «sadece ve münhasıran tacirler arasındaki ticari satış ve trampalara kabili tatbik»tir (bk., Domaniç, Hayri, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul 1976, s. 116).

Tacirler arasındaki ticari satımlarda, malın ayıplı olduğu teslimi sırasında açıkça görülebilir bir nitelik taşıyorsa, alıcı, durumu iki gün içinde satıcıya bildirmek mecburiyetindedir (TK. m. 25/3, c. 1). Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden alıcı, malı ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır (TK. m. 25/3, c. 3; BK. 198/II) (76).

Buna karşılık, malın ayıplı olduğu teslimi esnasında açıkça anlaşılabilir bir nitelik taşımıyorsa, alıcı, malı teslim almasından itibaren sekiz gün içinde muayene etmek veya ettirmek ve bu muayene sonunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa yine aynı süre içinde durumu alıcıya bildirmek zorundadır (TK. m. 25/3, c. 2) (77). Aynı şekilde, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen alıcı da, malı, ayıplarıyla birlikte kabul etmiş sayılır (TK. m. 25/3, c. 3; BK. m. 198/III) (78).

Alıcı, mal başka bir yerden gönderiliyorsa, muayene ve ihbar yükümlülüğü yanında bir takım tedbirleri de almak mecburiyetindedir (79). Buna göre, başka yerden gönderilen malın ayıplı olduğunu gören (iddia eden) alıcı, bulunduğu yerde satıcının bir temsilcisi yoksa, malın korunması için gerekli tedbirleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Malı, korunması (muhafazası) için gerekli tedbirleri almadan alıcıya geri gönderemez (BK. m. 201/I). Ayrıca, zaman kaybetmeden malın ayıplı durumunu bir mahkeme kararıyla tesbit ettirmesi de gerekir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket ederse, iddia ettiği ayıbın malın kendisine ulaşması ânında var olduğunu ispatlamak durumunda kalır (BK. m. 201/II).

(76) Domaniç, 122.

(77) Tacirler arasındaki ayıp ihbarlarının ise noter aracılığıyla, telgrafla veya iadeli taahhütlü mektupla yapılması zorunludur (TK. m. 20/III) (bk., Domaniç, 118). Mimaroğlu'na göre ise, gizli ayıpların süresinde satıcıya bildirilmesi Ticaret Kanununun 25 nci maddesinde şekle bağlı tutulmamıştır (bk., Mimaroğlu, 150). Aynı yönde, bk., Tandoğan, I/1, 174.

(78) Domaniç, 122. ETK. m. 716: «Tüccar arasındaki ticari satışlarda mebiin bir ayıp ve kusuru veya kanuna veya mukavele şeraitine veyahut nümuneye ademi tevafuku hini tesliminde zahir ise müşteri iki gün zarfında keyfiyeti bayie bildirmeğe mecburdur. Zahir değil ise, müşteri mebii teselüm ettikten sonra sekiz gün zarfında muayene etmeğe veya ettirmeğe mecburdur. Bu muayene neticesinde mebide bir ayıp zahir olur veya mebiin mukavele veya kanun ile muayyen şeraiti cami veya nümuneye muvafık olmadığı tebeyyün ederse müşteri hakkı rücuun muhafaza için keyfiyeti mezkûru sekiz gün içinde bayie bildirmeğe mecburdur. Aksi takdirde mebii halile kabule razı olmuş addolunur. Şu kadar ki usulü veçhile yapılan muayene neticesinde zahir olmıyan ayıplar keşfedildikleri zaman bayie derhal bildirilmek lâzımdır. Ancak müşteri mebii usulü dairesinde bilmuayene kabul ettikten sonra şeraiti kanuniye veya şeraiti mukaveleye mugayir (bir ayıp) zuhur ettiği iddiasile hakkı rücuunu istimal edemez.»

(79) Ancak, «bu yükümlülükler muayene ve ihbar gibi tekeffülden yararlanmanın şartı» değildir (bk., Tandoğan, I/1, 178).

Mal kısa zamanda bozulacak bir nitelik taşıyorsa, alıcı, onu bulunduğu yerde mercii aracılığıyla sattırmaya yetkili ve hattâ satıcının çıkarları bunu gerektiriyorsa mecburdur. Söz konusu işlemleri yaparken, mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde satıcıyı durumdan haberdar edecek, etmediği takdirde satıcının bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmek durumunda kalacaktır (BK. m. 201/III) (80).

Borçlar Kanunu, yukarıda açıklandığı şekilde muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olan alıcıya, aa) sözleşmenin feshini isteme, bb) semenin indirilmesini (tenzilini) isteme ve cc) malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini isteme olmak üzere üç seçimlik hak tanımıştır. Alıcı, şartları mevcut olmak kaydıyla, bu üç yoldan dilediğine başvurabilir (81). Fakat seçim hakkı bir defa kullanıldıktan sonra artık dönülemez, yani seçilen yoldan başka bir yola başvurulması mümkün değildir (82).

aa) Sözleşmenin Feshini İsteme

Ayıp, malın kendisinde kalmasını gereksiz kılacak bir nitelik gösteriyorsa, alıcı, sözleşmenin feshini isteyebilir. Satıcı bu talebi kabul ederse sözleşme ortadan kalkar (83).

Satıcı sözleşmenin feshi yolundaki talebini kabul etmezse (84), alıcı, dava açarak mahkemeden fesih kararı vermesini ister (BK. m. 202/I). Mahkeme (hâkim) feshe karar verirse, alıcı, malı ve ondan elde ettiği bütün yararları (semereleri) geri vermekle yükümlüdür (BK. m. 205/I).

---

(80) ETK. m. 720: «Tüccar beynindeki satışlarda mebi müşteriye âhar mahalden irsal olunduğu surette müşteri 716 ncı madde hükmüne tevfikan bayie müracaat etmiş olsa bile mebii kâffei masarif ve hasarı bayie ait olmak üzere hüsnü suretle muhafazaya veya 712 nci maddeye tevfikan yediadle tevdie mecburdur.

Mebi mahiyeten kabili tevdi olmaz veya mütesariülfesat bulunur veyahut muhafazası kıymetine nazaran fazla masarif veya ardiye ücreti tediyesine mütevakkıf ise müşteri 712 nci madde hükmüne tevfikan mebii sattırabilir.»

(81) Bilge, 84; Zevkliler, 43; Tandoğan, I/1, 180.

(82) Bilge, 84; Zevkliler, 44; Tandoğan, I/1, 181.

(83) Bilge, 85. Tandoğan'a göre, alıcının feshe ilişkin irade açıklaması «yenilik doğurucu» olduğu için satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi ortadan kaldırır. Satıcının feshe ilişkin şartların gerçekleşmediği itirazı üzerine açılacak dava sonucu verilen karar yenilik doğurucu değil, açıklayıcı (beyan edici) nitelik taşır (bk., Tandoğan, I/1, 183-184).

(84) Feshe ilişkin talep satıcı tarafından kabul edilirse, mahkeme kararıyla fesihteki sonuçlar aynen doğar, Yani, bu açıdan fesih talebini satıcının kabul etmesi ile mahkeme kararıyla fesih arasında fark yoktur (bk., Bilge, 85).

Birden fazla şeyin birlikte satımı söz konusu olup da bunlardan bir bölümü ayıplı çıkmışsa, kural olarak sadece ayıplı çıkanlar için dava açılır (BK. m. 206/I). Ancak, ayıplı bölümün diğerlerinden ayrılması alıcı veya satıcıya önemli bir zarar gelmeksizin mümkün olamıyorsa, fesih davasının bütün mallar için açılması gerekir (BK. m. 206/II). Satım konusu mallar arasında aslî - fer'î ilişkisi varsa, ayrı ayrı semen kararlaştırılmış olsa bile, asıl eşyaya ilişkin satım sözleşmesinin feshi fer'î eşyaya ilişkin satımı da etkiler. Buna karşılık, fer'î eşyaya ilişkin satımın feshi asıl eşyanın durumunu etkilemez (BK. m. 206/III).

Malın ayıp nedeni ile veya bir kaza sonucu yok olması ya da hasara uğraması hallerinde de fesih için dava açılabilir. Ancak, böyle bir durumda alıcı elinde kalanı geri vermekle yükümlü olur (BK. m. 204/I).

Satıcı ise, sözleşme feshedilince semeni faiziyle birlikte geri ödemek mecburiyetinde olduğu gibi, satılanın tümüyle zaptındaki hale paralel olarak, yargılama masraflarını ve alıcının mal için yaptığı masrafları da ödemek mecburiyetindedir (BK. m. 250/II, c. 1). Satıcı, bnuların yanında, doğrudan doğruya ayıplı mal teslimini yol açtığı zararları da ödemekle yükümlüdür (BK. m. 205/II, c. 2).

Satıcı, hiç bir kusuru bulunmadığını ispatlamadıkça, alıcının bu nedenle uğradığı diğer (dolaylı) zararları da tazmin edecektir (BK. m. 205/III).

bb) Semenin (Satış Bedelinin) İndirilmesini İsteme

Alıcı, ayıplı haline rağmen malın elinde kalmasında yarar görüyorsa, sözleşmenin feshi yerine semenin indirilmesini (tenzilini) isteyebilir (BK. m. 202/I); yani her halükârda alıcı için satımın feshini isteme zorunluluğu yoktur (85).

Ancak, istisnaen ayıp nedeniyle ortaya çıkan kıymet eksilmesi malın satış bedeline (semene) eşit ise, o, artık satımın feshini istemek mecburiyetindedir (BK. m. 202/III). Yargıç da, sözleşmenin feshi için açılmış bir davada feshi hakkaniyete aykırı bulursa, semenin indirilmesi yönünde karar verebilir (BK. m. 202/II) (86). Buna karşılık, «Satılan alıcının taksiri yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik veya şeklini tağyir etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dava edebilir» (BK. m. 204/II).

(85) Böyle bir durumda, fesih'ten farklı olarak sözleşme varlığını devam ettirir (bk., Bilge, 86).

(86) Buna karşılık, sadece semenin indirilmesine yönelik olarak açılan bir davada yargıç sözleşmenin feshine karar verememelidir.

Semenden indirilecek miktar, taraflar bu konuda anlaşamazlarsa, yargıç tarafından belirlenir. Mutlak yöntem, nisbî yöntem ve tazminat yöntemi olmak üzere bu konuda göz önünde tutulabilecek üç ayrı yöntem vardır. Mutlak yöntem, şeyin ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki farkın hesaplanması ve bu farkın satış bedelinden indirilmesidir (87). Nisbî yöntem, ayıpsız değerle ayıplı değer arasındaki fark oranının (nisbetinin) hesaplanması ve bu oranın satış bedeline uygulanması sonucunda indirilecek miktarın bulunmasıdır (88). Tazminat yöntemi ise, şeyin ayıplı değerinin hesaplanması ve bu değer satış bedelinden indirildikten sonra ortaya çıkan farkın alıcıya geri ödenmesidir (89).

Semenin indirilmesini (tenzilini) isteyen alıcı, varsa öteki zararlarının tazmini için de Borçlar Kanununun 96 ncı maddesine dayanarak dava açabilir (90).

cc) Malın Ayıpsız Çeşidiyle Değiştirilmesini İsteme

Alıcı, satım konusu mal mislî bir eşya ise, sözleşmenin feshi veya semenin indirilmesi yolları yanında malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini de isteyebilir (BK. m. 203/I).

Borçlar Kanununun 203 ncü maddesinin ikinci fıkrası, malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesi konusunda satıcıya da bir imkân tanımıştır. Buna göre, satıcı, satım konusu mal başka bir yerden gönderilmiyorsa (91), derhal alıcıya ayıpsız çeşidini (mislini) teslim etmek ve ayıp nedeniyle alıcının uğramış olduğu zararları da ödemek suretiyle, iptal veya semenin tenzili davası açılmasına engel olabilir (BK. m. 203/I).

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklanan davalar, maldaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, alıcıya teslim edildiği tarihten itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar (BK. m. 207/I) (92). Ancak, satıcı daha uzun bir süre için taahhütte bulunmuşsa (BK. m. 207/I) veya alıcıyı iğfal etmişse (BK. m. 207/III) artık bu bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz.

Zamanaşımı süresini geçirmiş olan alıcıya bir def'i hakkı tanınmıştır. Buna göre, malın kendisine tesliminden itibaren bir sene dolmadan

(87) Bilge, 86, dn. 35; Zevkliler, 44; Tandoğan, I/1, 188.
(88) Bilge, 86, dn. 35; Zevkliler, 44; Tandoğan, I/1, 189 - 190.
(89) Bilge, 86, dn. 35; Zevkliler, 44; Tandoğan, I/1, 189.
(90) Bilge, 87; Tandoğan, I/1, 190.
(91) Buna karşılık mal başka bir yerden gönderiliyorsa, mislî dahi olsa, artık satıcının bu hakkı yoktur (bk., Bilge, 88).
(92) Borçlar Kanununun 207 nci maddesinin birinci fıkrasında «sakıt olur» ifadesi kullanılmışsa da, burada hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi bulunduğu kabul edilmektedir (bk., Tandoğan, I/1, 193).

önce bildirdiği ayıpları (93), bir yıllık süre geçtikten sonra satıcı tarafından aleyhine açılacak davalarda def'i olarak ileri sürebilir (BK. m. 207/II).

Borçlar Kanununun 207 nci maddesinde düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi, adi satımlarda ve bir tarafı tacir olan ticari satımlarda uygulanır. Tacirler arasındaki ticari satımlarda ise, zamanaşımı süresi özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, «Borçlar Kanununun 207 nci maddesindeki müruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticarî satışlarda altı aydır» (TK. m. 25/4). Ayrıca, yine Borçlar Kanununun 207 nci maddesinden farklı olarak, tacirler arasındaki ticari satımlara ilişkin bu altı aylık zamanaşımı süresinin karşılıklı anlaşmayla kısaltılması mümkündür (TK. m. 25/4) (94).

Ancak, ister adi ister ticari satım söz konusu olsun, daha önce de belirttiğimiz gibi satıcı alıcıyı iğfal etmişse, artık ayıba ilişkin zamanaşımı süreleri uygulanmaz (BK. m. 207/III; TK. m. 25/I, c. 1) (95); Borçlar Kanununun 125 nci maddesinde öngörülmüş bulunan on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır (96).

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşma yapılabilir. Ne var ki, satıcı, satılanın ayıbını hile ile gizlemiş olursa, artık bu anlaşma etkili olmaz (BK. m. 196 (97).

b) Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Ticaret Kanununda, satıcının zapta karşı tekeffül borcuna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi (98), ticari satımlarda da Borçlar Kanununun zapta karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümleri (BK. m. 189 - 193) uygulanacaktır (99).

---

(93) Ancak, burada da ayıpların bildirilmesi Borçlar Kanununun 198 nci maddesine uygun olmalıdır.

(94) ETK. m. 717: «Mebide ayıp zuhur etmesinden veya mebiin mukavele veya kanun ile muayyen şeraiti cami veya numuneye muvafık olmamasından dolayı müşterinin bayi aleyhine haiz olduğu hakkı dâva mebiin teslimi tarihinden itibaren altı ay sonra sakıt olur.

Bu müddetin mukavele ile tezyit veya tenkisi caizdir.»

(95) ETK. m. 718: «Mebiin kanun veya mukavele ile muayyen olan şerait veya numuneye ademi muvafakati bayiin hilesinden naşi anlaşılamamış ise, 716 ve 717 nci maddeler ahkâmı cereyan etmez.»

(96) Tandoğan, I/1, 195.

(97) Bilge, 78.

(98) Arslanlı, 249 vd.

(99) Ancak, zapta karşı tekeffül hükümleri yanında, Borçlar Kanununun 96 nci maddesine dayanan bir dava açılması da mümkündür (bk., Bilge, 65; Tandoğan, I/1, 143).

Zapta karşı tekeffül borcu, üstün hak sahibi olduğunu iddia eden üçüncü bir kişinin malı alıcının elinden alması veya kullanmasına engel olması karşısında satıcının sorumlu tutulmasıdır (100).

Tanımından da anlaşıldığı gibi, zapt'ın «tam zapt» ve «kısmi zapt» olmak üzere iki çeşidi vardır. Tam zapt, malın bütünüyle alıcının elinden alınması; kısmi zapt ise, malın kısmen alıcının elinden alınması veya onu kullanmasına engel olunmasıdır (101). Satıcı, kural olarak, her iki tür zapttan da sorumludur (BK. m. 189/I).

Ancak, Borçlar Kanununun 198 ve devamı maddeleri anlamında bir zaptın varlığından söz edilebilmesi için, her şeyden önce mal alıcıya teslim edilmiş olmalıdır. Mal henüz alıcıya teslim edilmemişse, zapttan söz edilemez (102). İkincisi, üçüncü kişinin malı alıcının elinden tümüyle veya kısmen almasına ya da kullanmasını engellemesine dayanak olarak gösterdiği hak, satım sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş ve o anda mevcut olmalıdır (BK. m. 189/I); ayrıca, aynî hak veya şerhedilmiş kişisel hak niteliğine sahip bulunmalıdır (103). Üçüncüsü, alıcı, zamanında satıcıyı durumdan haberdar etmiş (ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş) olmalıdır (BK. m. 190 - 191) (104). Nihayet, üçüncü kişi üstün hakkına dayanarak zapta girişmiş olmalıdır (105).

Satıcının, zaptın yol açtığı sonuçlardan tümüyle sorumlu tutulabilmesi için, alıcı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olmalıdır. Alıcı bu yükümlülüğü zamanında yerine getirmemişse, satıcı, dava kendisine zamanında bildirilmiş olsaydı sağlayabileceği elverişli sonucu ispatlayarak bu oranda sorumluluktan kurtulur (BK. m. 190/III).

Alıcı tarafından kendisine ihbarda bulunulan satıcı, olayın özelliklerine göre, ya alıcı lehine davaya katılmak (müdahale etmek), ya da alıcı yerine geçip üçüncü şahsa karşı savunmada bulunmak mecburiyetindedir (BK. m. 190/I).

İhbar, satıcının davaya katılmasına veya alıcının yerini almasına imkân verecek bir süre içinde yapılmışsa, alıcı aleyhine verilecek hüküm,

(100) Bilge, 64; Zevkliler, 48; Tandoğan, I/1, 143.
(101) Zevkliler, 48.
(102) Bilge, 66; Zevkliler, 48; Tandoğan, I/1, 144, 146.
(103) Bilge, 67; Zevkliler, 49; Tandoğan, I/1, 146 - 147. Ancak, taşınır satımında alıcı iyiniyetli olmak kaydıyla mülkiyeti kazanacağı için (MK. m. 687, 901), zapta karşı tekeffül borcu, teslim ile mülkiyetin alıcıya geçmeyeceği istisnai hallerde söz konusu olacaktır (bk., Bilge, 65; Tandoğan, I/1, 145).
(104) Bunlardan ilk ikisi «zapta karşı tekeffülün maddi şartları», üçüncüsü ise «şekli şartları» başlığı altında incelenmektedir (bk., Bilge, 66 - 67).
(105) Tandoğan, I/1, 148 vd.

alıcının hilesi veya ağır kusuru bulunduğu ispatlanmadıkça satıcı açısından da etkili olur (BK. m. 190/II).

Satıcı, zamanında yapılan ihbara rağmen davaya katılmamış veya alıcının yerine geçmemişse, alıcının iyiniyetle üçüncü kişinin ileri sürdüğü hakkı tanıması veya onunla sulh anlaşması yapması durumunda bile zapttan sorumlu olur (BK. m. 191) (106).

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, satıcı, tam veya kısmî kural olarak her türlü zapttan sorumludur. Fakat istisnaen alıcı, zapt tehlikesinden satım sözleşmesinin kuruluşu esnasında haberdar idiyse, artık satıcı sadece yazılı olarak taahhüt etmiş ise sorumlu tutulur (BK. m. 189/II).

Zapt durumunda alıcıya tanınmış olan haklar, zaptın tam veya kısmî oluşuna göre değişmektedir :

aa) Tam Zapt Durumunda

Tam zapt durumunda sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar (münfesih olur) (BK. m. 192/I) ve alıcı satıcıdan

— **maldan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler indirildikten sonra kalan satış bedelini (semeni) (BK. m. 192/I - 1);**

— **mal için harcadığı fakat malı zapteden üçüncü şahıstan isteyemiyeceği masrafı (BK. m. 192/I - 2);**

— **aleyhine üçüncü şahıs tarafından açılan davayı satıcıya ihbar etmesi halinde kaçınılabilecek olanlar dışındaki bütün yargılama masraflarını ve yargılama dışı masrafları (BK. m. 192/I - 3);**

— **doğrudan doğruya satılanın zaptı nedeniyle uğradığı zararları (BK. m. 192/I - 4) (107)**

isteyebilir. Bunların yanında satıcı, hiç bir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, satılanın zaptı nedeniyle alıcının uğramış olduğu diğer (dolaylı) zararları da ödemekle yükümlüdür (BK. m. 192/II) (108).

---

(106) Buna karşılık alıcı, aleyhinde henüz dava açılmadan malı üçüncü şahsa teslim ederse, artık zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz (bk., Bilge, 69).

(107) Burada, geçerli olacağına inanılan bir sözleşmenin ortadan kalkmasının yol açtığı zararın (menfi zararın) söz konusu olduğu kabul edilmektedir (bk., Bilge, 71).

(108) Burada ise olumlu (müspet) zararın tazmini söz konusudur (bk., Bilge, 71).

bb) Kısmî Zapt Durumunda

Kısmî zapt söz konusu ise, yani mal bir bölümüyle alıcının elinden çıkmış veya kullanmasına engel olunmuş ise, artık sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmayacağı (münfesih olmayacağı) gibi, alıcı da feshini isteyemez (BK. m. 193/I). Satıcının aynî bir teminat gösterdiği hallerde de sonuç yine aynıdır.

Böyle bir durumda alıcı, kısmî zapt nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini isteyebilecektir (BK. m. 193/I).

Ancak, her ne kadar kısmî zaptta sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmaz ve alıcı tarafından feshi istenemezse de, istisnaen, olayın özelliklerinden «alıcı malın bu kısmî zapt durumunu bilseydi onu satın almıyacaktı» sonucuna varılabiliyorsa, feshi için dava açılabilir (BK. m. 193/I). Böyle bir durumda sözleşmenin feshi için dava açan alıcı da, malın zaptedilmeyen bölümünü, o ana kadar elde ettiği semereleriyle birlikte satıcıya geri vermekle yükümlü olur (BK. m. 193/III).

Borçlar Kanununda, zapta karşı tekeffül borcundan kaynaklanan davalara ilişkin bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Öğretide, bu konudaki sürenin on yıl olduğu kabul edilmektedir (109).

Satıcının zapta karşı tekeffül borcunu tümüyle kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar yapılması mümkündür. Ancak satıcı, üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkını bilerek gizlemiş (alıcıyı iğfal etmiş) ise, sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran bu anlaşma geçersiz olur (BK. m. 189/II).

3 — Satıcının Diğer Borçları

Satıcının, yukarıda kısaca incelediklerimiz yanında, satılanı teslimine kadar saklama ve koruma (MK. m. 2) (110), tartma ve ölçme giderlerine katlanma, malı teslim yerine gönderme, taşıma giderlerine katlanma gibi ikinci derecede borçları vardır (111). Bu konularda da, SIF ve FOB satış gibi Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenenler dışındaki ticari satımlarda yine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

B) ALICININ BORÇLARI

Ticari satımda alıcının borçlarını da, genel (adi) satım sözleşmesine paralel olarak 1) semeni (satış bedelini) ödeme borcu, 2) malı teslim

(109) Zevkliler, 50; Tandoğan, I/1, 157.
(110) Bilge, 47.
(111) Bu konuda bk., Tandoğan I/1, 117 vd..

alma (kabz) borcu ve 3) diğer borçları olmak üzere üç ayrı başlık altında inceleyebiliriz.

1 — Semeni (Satış Bedelini) Ödeme Borcu

Semeni (satış bedelini) ödeme, alıcının temel (aslî) borcunu oluşturur ve satıcının mülkiyeti nakil borcu karşısında yer alır.

Alıcı, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olarak satıcıya semeni ödemek mecburiyetindedir (BK. m. 208).

Taraflar, semeni (satış bedelini) serbestçe tayin ederler. Bu konuda bir kararlaştırma yapılmamışsa, semen, siparişin yapıldığı gün ve yerdeki cari (normal) fiyata göre belirlenir (BK. m. 209/I). Semen, malın ağırlığına göre tesbit ediliyorsa, ticari teamüller saklı kalmak şartıyla (BK m. 209/III) toplam ağırlıktan darası düşülür (BK. m. 209/II) (112).

Semen, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, bu yönde bir kararlaştırma yoksa mal alıcının eline geçince ödenir (BK. m. 210/I).

Semenin nerede ödeneceği de sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilir. Kararlaştırılmamışsa, ödeme zamanında satıcının ikametgâhının bulunduğu yerde ödenir (BK. m. 73/I).

2 — Malı Teslim Alma (Kabz) Borcu

Alıcı, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olarak mal kendisine sunulunca onu teslim almak (kabz etmek) mecburiyetindedir (BK. m. 208/I) (113). Zira, malın teslim alınması, alıcı için bir hak olduğu kadar bir yükümlülüktür de (BK. m. 208/I).

Aksine anlaşma veya âdet yoksa, malı teslim alma borcu derhal yerine getirilir (BK. m. 208/II).

Sözleşme şartlarına uygun bir şekilde mal kendisine sunulmuş olan alıcı teslim alma borcunu yerine getirmezse, alacaklı temerrüdünü dü-

(112) ETK. m. 703: «Mebiin veznine göre tayini semen meşrut ise hilâfına mukavele veya örfü âdet bulunmadığı surette dara tenzil olunur.
Daranın mebiin vezni hakikisine yahut muayyen bir mikyas ve miktara göre tesbiti veya mebiin vezninden miktarın tenzili yahut teslim edilen emtianın bozulan veya işe yaramıyacak bir hale gelen kısmı semenin tenkisi lâzım gelip gelmiyeceği mukavelename ile ve mukavelename olmadığı halde mahalli teslimde cari olan örf ile tayin olunur.»

(113) ETK. m. 712/I: «Beyi mukavelede gösterilen şeraite muvafık ve mukavelede sarahat olmadığı surette şeraiti kanuniyeyi cami ise müşteri mukavele veya örf ile muayyen müddet zarfında mebii tesellüme mecburdur.»

zenleyen hükümlere (BK. m. 91 - 93) başvurulabileceği gibi, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere de (BK. m. 106 vd.) başvurulabilir (114). Çünkü, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, malın teslim alınması, alıcı açısından hem bir hak (BK. m. 182/I) hem de bir borçtur (BK. m. 208/I).

Tacirler arasındaki ticari satımlarda alıcının malı teslim alma borcu ise özel olarak düzenlenmiştir (TK. m. 25/2) (115).

3 — Alıcının Diğer Borçları

Alıcının, yukarıda incelenenler yanında, faiz ödeme (BK. m. 210/II), malı saklama (BK. m. 201/I), ambalaj, senet ve tescil giderlerini ödeme (BK. m. 185) gibi ikinci derecede borçları da vardır (116).

III — OLAYIMIZA BAKIŞ

Hukuk Genel Kurulu kararına konu teşkil eden olayda, TMO, 10.11. 1974 tarihinde Bunge S.A. firması ile 50.000 tonluk bir buğday alım-satım sözleşmesi yapmıştır.

Sözleşmenin taraflarından birini (alıcı-ithalâtçı tarafını) oluşturan TMO, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.11.1979 gün ve 1979/4030 - 5444 sayılı kararında açık olarak ifade edildiği gibi, «... 3461 sayılı Yasayla kurulan ve 440 sayılı Yasaya tabi, sermayesinin tamamı Devlete ait bir Kamu İktisadi Teşebbüsüdür. Kamu İktisadi Teşebbüsleri, 440 sayılı Yasanın 1/1. maddesi gereğince ticari esaslara göre faaliyet gösterirler. Yine aynı Yasanın 1/2 ve 3461 sayılı Kuruluş Yasasının statü bölümünün ilk fıkrasına göre, davalı TMO, özel hukuk hükümlerine tabidir. Görevi itibarıyla da geniş miktarda hububat vs.nin alım - satımını yapmaktadır. O halde, davalı TMO., Türk Ticaret Yasasının 12/1, 14/1 ve 21/1. maddeleri gereğince tacir niteliğini haiz bir kuruluştur. ...» (117).

Dolayısıyla, davacı Bunge S.A. ile davalı TMO arasında yapılmış olan buğday alım - satım sözleşmesi, hem bir ticari işletmeye ilişkin bulunması (TK. m. 12/1) hem de tarafların tacir olmaları (TK. m. 18/I, 21) nedeniyle ticari bir satım sözleşmesidir. Bu nedenle de, sözleşmenin tacirler arasındaki ticari satım hükümlerine tabi tutulması gerekecektir.

---

(11) Zevkliler, 52; Tandoğan, I/1, 200 - 201.

(115) Bu konuda bk., ileride «Alıcının Temerrüdü» başlığı.

(116) Bu konuda bk., Bilge, 59; Tandoğan, I/1, 201 vd..

(117) HGK. 16.2.1983, E. 1981/11 - 40, K. 1983/133 (YKD, C. 9, S. 10, 1983, s. 1435).

§ 3. DAVACININ İDDİASI

I — TİCARİ SATIMDA TEMERRÜT

A) KAVRAM

Genel olarak temerrüt, «muaccel ve halen ifası mümkün bir borcun ifasında gecikme»dir.

Bir satım sözleşmesinde, satıcıya terettüp eden borcun ifasında gecikme ortaya çıkmışsa «satıcı temerrüdü»; alıcıya ait borcun ifasında gecikme ortaya çıkmışsa «alıcı temerrüdü»nün varlığından söz edilir.

B) HÜKÜMLERİ

Ticari satımda temerrüt, Eski Ticaret Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmişti (ETK. m. 712 vd.) (1). Halen yürürlükte olan 6762 sayılı Ticaret Kanununda, 25 nci madde bir kenara bırakılırsa, ticari satımda temerrüde ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Borçlar Kanununda ise, doğrudan doğruya ticari satımda temerrüdü düzenleyen hükümler vardır. Dolayısıyla, ticari satımda temerrüde önce Ticaret Kanununun 25 nci maddesi ve Borçlar Kanununun ticari satımda temerrüdü düzenleyen özel hükümleri, daha sonra da genel olarak temerrüdü düzenleyen hükümleri uygulanacaktır.

Ticari satımda temerrüdün hükümleri, satıcının ve alıcının temerrüdüne göre değişmektedir :

1 — Satıcının Temerrüdü

Borçlar Kanununun satım sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında, adi satımda satıcı temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda, genel olarak borçlu temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması gerekmektedir.

Satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Her iki tarafı da borç altına sokan sözleşmelerde borçlu temerrüdü, Borçlar Kanununun 106 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre alıcı, satıcıdan, bizzat belirleyeceği veya yargıca belirlettireceği bir süre içinde (2) borcunu yerine getirmesini ister (BK. m. 106/I). Bu süre içinde

(1) Bu konuda bk., Arslanlı, 370 vd..

(2) Borçlar Kanununun 107 nci maddesinde sayılmış olan hallerden biri varsa, alıcı, herhangi bir süre tanıma yoluna gitmeksizin 106 ncı maddedeki hakları kullanabilir (bk., Bilge, 48 - 49; Önen, 60 vd.).

satıcı borcunu yerine getirmezse (malı teslim etmezse), alıcı, seçimlik olarak

— **malın teslimini ve gecikme nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini veya**

— **malın teslimiden vazgeçip, malın teslim edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini ya da**

— **sözleşmeyi feshedip, sözleşmenin ifa edileceğine inanması nedeniyle uğradığı zararın tazminini**

isteyebilir. Ancak, son iki yetkinin kullanılabilmesi için, malın teslimiden ve gecikme dolayısıyla tazminat isteminden vazgeçildiğinin derhal satıcıya bildirilmesi zorunludur (BK. 106/II).

Borçlar Kanununun 106 ncı maddesi, malın teslimi için belirli bir süre öngörülmemiş (kararlaştırılmamış) ticari satımlarda da uygulanır (3).

Buna karşılık, malın teslimi için belirli bir zamanın (vadenin) kararlaştırıldığı (4) ticari satımlarda satıcı temerrüdü, Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmiştir (BK. m. 187).

Muayyen (belirli) vadeli ticari satımlarda satıcı temerrüde düşerse, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinden farklı olarak (5), alıcının, malın teslimini istemekten vazgeçerek teslim edilmemesi nedeniyle tazminat isteyeceği farzedilir (varsayılır) (BK. m. 187/I) (6). Şayet alıcı, malın teslimini ve gecikme dolayısıyla tazminat istemek niyetindeyse, bunu, teslim için kararlaştırılan vadenin dolmasıyla birlikte derhal satıcıya bildirmelidir (BK. m. 187/II).

Borçlar Kanununun 187 nci maddesinde, satıcı tarafından mal teslim edilmediği takdirde alıcının sözleşmeyi feshedip edemiyeceği konusuna hiç değinilmemiştir. Bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 187 nci maddesi bunu bilerek yani Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin tanımış olduğu hakları daraltmak düşüncesiyle yaratmıştır. Dolayısıyla alıcı, sadece ademi ifa (malın teslim edilmemesi) nedeniyle tazminat, ya da - vadenin gelişinde satıcıya bildirmiş olmak kaydıyla - malın teslimini ve

(3) Bilge, 50.

(4) Burada sözü edilen vadenin, Borçlar Kanununun 107 nci maddesindeki kadar kesin (mutlak) olmadığı kabul edilmektedir (bk., Bilge, 51).

(5) Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinde öngörülmüş bulunan karine ise bunun tersidir. Yani, alıcının, malın teslimini ve gecikme dolayısıyla tazminat isteyeceği varsayılır. Ademi ifa nedeniyle tazminat isteyecek olan alıcının bunu derhal satıcıya bildirmesi lâzımdır.

(6) Bilge, 52.

gecikme dolayısıyla tazminat isteyebilir. Sözleşmeyi feshetmesi ise mümkün değildir (7). Öğretiye hakim olan ikinci görüş ise, 187 nci maddenin amacının malın teslimi için belirli bir vade kararlaştırılmış (muayyen vadeli) ticari satımlara «kesin vadeli ticari satım» niteliği kazandırmak olduğunu, bu nedenle alıcının, satıcıya derhal haber vermek kaydıyla sözleşmeyi feshedebileceğini kabul etmektedir (8). Yalnız, adi satımdan farklı olarak burada ayrıca bir mehil tayinine gerek yoktur (9).

Sözleşme şartlarına uygun olarak borcunu yerine getirmeyen satıcı, alıcının bu nedenle maruz kaldığı zararları da tazmin etmek mecburiyetindedir (BK. m. 188/I).

Borçlar Kanunu, ticari satımda alıcının zararının (dolayısıyla tazminat miktarının) belirlenmesinde göz önünde tutulmak üzere iki ayrı yöntem (usul) öngörmüştür (10).

Borçlar Kanununun 188 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, ticari satımda satıcı zamanında borcunu yerine getirmezse (malı teslim etmezse), alıcı, kendisine teslim edilmeyen şey yerine bir diğerini almak (ikame alımı) için ödediği bedel (semen) ile ifa edilmeyen sözleşmedeki bedel

(7) Bk., Tandoğan, I/1, 129, dn. 12'de gösterilmiş olan yazarlar.

(8) Bilge, 53; Tandoğan, I/1, 130. Eski Ticaret Kanununda ise, alıcıya fesih yetkisi veren bir düzenleme mevcuttu. ETK. m. 715: «Bey'i ticaride mukavelede sarahate veya mebiin cins ve mahiyetile maksadı iştiraya nazaran müşteri veya bayi mutlaka muayyen bir vakitte veya muayyen bir müddet zarfında ifayı taahhüde mecbur ise muayyen müddetin hitamında ifayı taahhüt etmediği surette diğer taraf ihtar vukuuna lüzum kalmaksızın taahhüdün ademi ifasından dolayı 713 ve 714 ncü maddeler ahkâmına tevfikan akti fesih ve zarar ve ziyan talep edebilir. Şu kadar ki akti feshe salâhiyettar olan taraf taahhüdün aynen ifasını arzu ettiği takdirde muayyen vaktin hulûlünde veya muayyen müddetin inkızasında taahhüdün ifasını derhal talep etmeğe mecburdur. Aksi halde taahhüdün aynen ifasını talep hakkı sakıt olur.»

(9) Önen, 6. Ticaret Kanununun 25 nci maddesinin 1 nci bendi, «kısmi ifa»da fesihi özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, «Mukavelenin mahiyetine, tarafların maksadına veya emtianın cinsine göre satış mukavelesinin kısım kısım icrası kabil veya bu şartların mevcut olmamasına rağmen alıcı kısmen yapılan teslimi, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul etmişse, mukavelenin yerine getirilmemesi yüzünden alıcının haiz olduğu haklar yalnız teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanılabilir»; yani alıcı, sadece teslim edilmemiş kısıma ilişkin olarak fesih hakkını kullanabilir.

(10) Ancak, alıcı bu yöntemlerden herhangi birini seçmek mecburiyetinde değildir. O, Borçlar Kanununun 188 nci maddesinin birinci fıkrası ve 106 ncı maddesi gereğince olumlu (müspet) zararının tazminini isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek olumsuz (menfi) zararının tazminini de isteyebilir. Aynı şekilde, bu metotlardan birinin seçilmiş olması daha sonra diğerine başvurulmasını engellemez (bk., Bilge, 56; Tondağon, I/1, 142).

(semen) arasındaki farkın kendisine ödenmesini isteyebilir. Buna, «zararın somut olarak hesaplanması» adı verilir (11).

Zararın somut olarak hesaplanmasında, alıcı, malı satın alırken iyiniyetle yani ifa yeri ve zamanındaki şartlara göre «satıcıya en az zarar verecek şekilde» hareket etmek mecburiyetindedir (12). Satıcı, alıcının iyiniyetle hareket etmediğini iddia ve ispat edebilir (13). Böyle bir durumda, alıcının kötüniyetli davranışı ortak (müterafık) kusur olarak nazara alınır (14).

Borçlar Kanununun 188 nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise, satım konusu mal borsaya kayıt ve kabul edilmiş olan veya cari fiyatı (15) bulunan mallardan ise, alıcı, onun yerine bir diğerini almaya mecbur olmaksızın, satılan şeyin sözleşmedeki bedeli ile teslim için belirlenmiş olan günün fiyatı arasındaki farkın kendisine tazminat olarak ödenmesini isteyebilir. Buna da «zararın soyut (mücerret) olarak hesaplanması» adı verilir (16).

2 — Alıcının Temerrüdü

Alıcı satış bedelini ödemede temerrüde düşerse, «peşin satım»da satıcı, herhangi bir işleme gerek olmaksızın sözleşmeyi feshedebilir (BK. m. 211/I). Ancak, sözleşmeyi feshetmek istediğini derhal alıcıya bildirmelidir (17).

---

(11) Bilge, 55; Tandoğan, I/1, 135; Önen, 7. ETK. m. 714/I: «Bayi mebii mukavele veya örf ile muayyen zamanda teslim etmediği surette müşteri resmi bir ihtarname veya taahhütlü bir mektupla bayii münasip bir mehil zarfında mebii teslime dâvet eder. Bu mehlin inkızasında bayi mebii teslim etmiyecek olursa müşteri mahkemeye müracaatla aktin feshi ve bu yüzden düçar olduğu zarar ile mahrum kaldığı kârı bayiden talep ve dâva edebilir. Maahaza müşteri dilerse ya doğrudan doğruya yahut mahkeme marifetile emtiayı şahsı salisten mübayaa ederek hüsnü niyetle tediye ettiği bedel, semeni mebiden ziyade ise bu ziyadeyi istiyebilir.»

(12) Tandoğan, I/1, 135.

(13) Tandoğan, I/1, 135.

(14) Tandoğan, I/1, 136.

(15) «Cari fiyat, borsa dışında, belli bir cins malın, belli bir ticari çevrede muntazaman yapılan alışverişlerde ulaştığı belli fiyattır» (bk., Tandoğan, I/1, 137; Bilge, 55).

(16) Tandoğan, I/1, 137; Bilge, 55; Önen, 7. ETK. m. 714/II: «Mebiin borsa veya piyasada rayici olduğu surette müşteri mebii hariçten iştira etmeksizin dahi mezkûr rayiç ile semeni mebi beynindeki farkı bayiden istiyebilik. Gerek bu surette, gerek hariçten mübayaa halinde müşterinin düçar olduğu fazla zarar ve ziyanı 645 nci madde mucibince talep etmek hakkı mahfuzdur.»

(17) Önen, 8 - 9. Satıcının, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesi uyarınca hareket etmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir (bk., Bilge, 60-61).

«Veresiye satım»da ise, satıcının sözleşmeyi feshedebilmesi için bu hakkı önceden açık olarak saklı tutmuş (muhafaza etmiş) olması gerekir (BK. m. 211/III).

Satıcı sözleşmeyi feshederse, alıcıdan bu nedenle uğramış olduğu zararların tazminini isiteyebilir.

Ticari satımda, tazminat miktarının nasıl belirleneceği satıcının temerrüdüne paralel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, alıcı semeni (satış bedelini) ödemekte temerrüde düşerse, satıcı ondan, sözleşmede kararlaştırılmış olan bedel ile malı iyiniyetle başka bir kişiye satması sonucu elde ettiği bedel arasındaki farkı tazminat olarak isteyebilir (BK. m. 212/I). Bu, «zararın somut (müşahhas) olarak hesaplanması»dır (18).

Buna karşılık, satım konusu şey borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan mallardan ise, satıcı, bunu herhangi bir kişiye satmak mecburiyetinde kalmaksızın sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ödeme gününün fiyatı arasındaki farkın tazminat olarak ödenmesini alıcıdan isteyebilir (BK. m. 212/II). Bu da, «zararın soyut (mücerret) olarak hesaplanması»dır (19).

Satıcı, somut veya soyut hesaplama yöntelerinden herhangi birini seçebileceği gibi, genel hesaplama yoluna gidilmesini de isteyebilir (20). Hattâ, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine uygun hareket edilmesi hallerinde dahi zararın soyut olarak hesaplanması yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir (21).

---

(18) Tandoğan, I/1, 208; Bilge, 62; Önen, 9. Ancak, satıcı eşyayı satmak mecburiyetinde değildir. O, eşyayı satmadan da Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine dayanarak alıcıdan tazminat isteyebilir. Ayrıca bu konuda, tazminatın hesaplanması açısından Borçlar Kanununun 43 ve devamı hükümlerinden de yararlanılabilir (bk., Bilge, 62).

(19) Tandoğan, I/1, 209; Bilge, 63; Önen, 9. Adi satımlarda ise zararın soyut olarak hesaplanması yoluna başvurulamaz (bk., Bilge, 63). ETK. m. 713: «Müşteri mukavele veya örf ile muayyen zamanda semeni tediye etmediği surette bayi semeni dava edebildiği gibi alelûsul resmi bir ihtarname veya taahhütlü bir mektup ile münasip bir mehil tayin ederek müşteriyi ifayı taahhüde davet eder. Mezkûr mehil zarfında müşteri semeni tediye etmiyecek olursa bayi maddei sabıkada muharrer usule tevfikan mebii sattırarak bedelinden semeni istifa ve işbu satış bedeli ile semeni mebi beynindeki farkı müşteriden istiyebilir. Mebiin borsada ve piyasada rayiç bir fiatı var ise bayi mebii satmağa mecbur olmaksızın semeni mebi ile berveçhi balâ muayyen mehlin hitamındaki borsa veya piyasa fiatı beyninde mevcut farkı müşteriden istiyebilir.»

(20) Tandoğan, I/1, 210; Önen, 9.

(21) Bilge, 63.

Alıcı malı teslim almada (kabzda) temerrüde düşerse ne yapılacağı konusunda, adi satımlar açısından Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Genellikle kabul edilen düşünceye göre, burada hem alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler (BK. m. 90 - 95) hem de borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümler (BK. m. 106 vd.) uygulanabilir (22).

Tacirler arasındaki ticari satımlar açısındansa, Ticaret Kanununda özel bir düzenleme vardır. Buna göre, «Alıcı mütemerrit olduğu takdirde, satıcı, malın satışına izin verilmesini mahkemeden istiyebilir. Mahkeme, satışın açık artırma yoliyle veya bu işe memur edilen bir kimse marifetiyle yapılmasına karar verir. Satıcı talebederse satışa memur edilen kimse, satışa çıkarılacak emtianın vasıflarını bir ekspere tesbit ettirir. Satış masrafları satış bedelinden çıkarıldıktan sonra artan para, satıcının takas hakkı mahfuz kalmak şartiyle, satıcı tarafından alıcı namına bir bankaya ve banka bulunmadığı takdirde notere tevdi olunur ve keyfiyet hemen alıcıya bildirilir» (TK. m. 25/2) (23).

II — OLAYIMIZA BAKIŞ

Bunge A.S. ve TMO arasında yapılmış olan sözleşmenin 8 nci maddesine göre, satım konusu buğdayların Türkiye'ye gönderilmek üzere yüklenmesi 1 - 30 Haziran 1975 tarihleri arasında gerçekleştirilecektir. Ödeme ise, sözleşmenin 5 nci maddesine göre, satıcı lehine ilk yükleme-

(22) Bilge, 59.

(23) Özdemir, 72; Domaniç, 117. Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin birinci fıkrası ile Ticaret Kanununun 25 nci maddesinin ikinci bendi arasındaki ilişki konusunda değişik görüşler vardır. 25 nci maddenin ikinci bendinin genel olarak ticari satımda alıcı temerrüdünü düzenlediğini kabul eden yazarlara (bk., Bilge, 63) göre, bu hüküm, Borçlar Kanununun düzenlemesi karşısında gereksiz olduğu gibi, mahkemeden karar alınmasını zorunlu kıldığı için hızlılık (sür'at) isteyen ticari satımlarda iyi sonuç vereceği de şüphelidir (bk., Bilge, 63; Karayalçın, 545). Buna karşılık ikinci görüş, 25 nci maddenin ikinci bendinin, Eski Ticaret Kanununun 712 nci maddesinin yeni Ticaret Kanununa alınmış hali olduğunu ve sadece alıcının malı teslim almada (kabzda) temerrüdünü düzenlediğini kabul etmektedir (bk., Poroy, 121 - 122). ETK. m. 712: «Beyi mukavelede gösterilen şeraite muvafık ve mukavelede sarahat olmadığı surette şeraiti kanuniyeyi cami ise müşteri mukavele veya örf ile muayyen müddet zarfında mebii tesellüme mecburdur.

Müşteri bu mecburiyeti ifa etmediği halde bayi mümkün ise keyfiyeti müşteriye badelihtar devaii ticariyeyi rü'yetle mükellef olan mahkemeden ve bu mahkemenin bulunmadığı yerlerde sulh hâkiminden masarif

nin başlangıç tarihinden 15 gün öncesine kadar açtırılacak (gayrıkabili rücu, teyitli ve kısmi yüklemeye müsait, kabili devir) akreditifle sözleşmede belirtilmiş belgelerin ibrazında yapılacaktır.

Ancak, TMO, Maliye Bakanlığı'nın «satın alınan kadar buğdaya ihtiyaç olmadığı ve sözleşmedeki fiyatların çok pahalı bulunduğu» gerekçesiyle döviz tahsis etmemesi yüzünden, yüklemeden önce akreditif açtırma (yani semeni - satış bedelini ödeme) borcunu yerine getirememiş, dolayısıyla temerrüde düşmüştür.

Bunun üzerine Bunge A.S., satış bedelini ödemede temerrüdü nedeniyle tazminat istediğini TMO'ne yazılı olarak bildirmiştir. 8.12.1976 tarihinde Ankara Asliye Ticaret Mahkemesine açtığı bir dava ile de, Borçlar Kanununun 211 ve 212 nci maddelerine dayanarak, sözleşme fiyatı ile temerrüt tarihindeki fiyat arasında meydana geldiğini ileri sürdüğü 16.948.745 İsviçre franklık farkın (dava tarihindeki kur üzerinden Türk parası karşılığı 117.556.495,32 liranın) tazminat olarak ve %10 temerrüt faizi ile birlikte TMO'nden tahsiline karar verilmesini istemiş, döviz kurlarında ortaya çıkabilecek değişikliklerin yaratacağı taleplerini ise saklı tutmuştur.

---

ve hasarı müşteriye ait olmak üzere mebii muhafaza etmek için hemen bir yediadil iraesini istiyebilir. Bu talep üzerine mahkeme müşteriyi celbetmeksizin derhal bir yediadil tayin eder.

Bundan başka müşterinin mebii tesellümdeki teahhurundan mütevellit zarar ve ziyanı istiyebilir.

Mebiin mahiyeti tevdie gayri müsait veya mebi mütesariülfesat yahut muhafazası kıymetine nazaran fazla masarif veya ardiye ücreti tediyesine mütevakkıf olduğu takdirde bayi mümkün ise keyfiyeti müşteriye badelihtar mebii fırkai anifede zikredilen mahkemeden müşteri davet edilmeksizin istihsal edeceği mezuniyet üzerine memuru mahsus marifetile veya müzayedei aleniye ile sattırabilir.

Mebiin borsada veya piyasada rayiç bir fiatı var ise bayi mahkemenin iznile müzayedeye lüzum olmaksızın o fiatla bizzat satmak hakkını haizdir.»

Fıkaratı sabıka mucibince satılan mebiin satış masarifi tenzil edilerek esmanı bayi tarafından müşteri namına bankaya ve banka bulunmadığı halde diğer emin bir mahalle vaz ve tevdi olunmak lâzımdır. Mebi yediadle veya esmanı emin bir mahalle tevdi edildikten sonra keyfiyetin bayi tarafından hemen müşteriye ihbarı muktazidir.»

§ 4. DAVALININ SAVUNMASI

I — TALİKİ ŞART

A) KAVRAM

Teknik anlamıyla şart, hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının bağlandığı, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olay'ı ifade eder (1).

Şu halde, hukuki anlamda bir şartın varlığından söz edilebilmesi için, hukuki işlemin hüküm ve sonuçları iradi olarak, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmış olmalıdır.

Şart, iradi - tesadüfi şart, olumlu - olumsuz şart gibi ayırımlara tabi tutulabilmektedir. Bu ayırımlardan bir diğeri de taliki (geciktirici) - infisahi (bozucu) şart ayırımıdır.

Taliki şart, hukuki işlemin (sözleşmenin) hükümlerini doğurmasının bağlandığı, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaydır. İnfisahi şartta ise, halen hükümlerini doğurmakta olan bir hukuki işlemin (sözleşmenin) sona ermesinin (ortadan kalkmasının) aynı nitelikleri haiz bir olaya bağlanması söz konusudur.

İster taliki ister infisahi olsun bir şartın varlığından söz edilebilmesi için, şart, tarafların iradelerinden kaynaklanmalıdır. Bu konudaki anlaşma açık (sarih) olabileceği gibi, örtülü (zımnî) olması da mümkündür (2). Zımnî belirlemede, taraf iradelerinin yorumlanmasından onların hukuki işlemin sonuçlarını bir şarta bağladıkları hükmü çıkarılabilmektedir.

B) HÜKÜMLERİ

Taliki şartta, taraflar, sözleşmenin kuruluşu yönünden iradelerini açıklamışlar ve bu açıklamalarıyla birlikte aralarında bir borç ilişkisi doğmuştur. Ancak, onlar, yine kendi serbest iradeleriyle hukuki işlemin (sözleşmenin) hükümlerini doğurmasını geleceğe ilişkin bir olayın gerçekleşmesine bağlamışlardır. Bu nedenle, taliki şartın hükümlerini incelerken, olayın gerçekleşmesinden önceki safha (askı safhası) ile olayın gerçek-

(1) «Şart» sözcüğünün değişik anlamları için bk., Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 991; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977, s. 344.

(2) Tunçomağ, I, 992 - 993.

leşmesinden veya gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşılmasından sonraki safhayı (askı safhasının bitimini) birbirinden ayırmak zorunludur.

1 — Askı Safhasına İlişkin Hükümleri

Taliki şartta, iradelerin açıklanmasıyla birlikte taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Dolayısıyla, taraflar, tek taraflı iradeleriyle bu borç ilişkisini ortadan kaldıramazlar (ondan dönemezler). Ancak, sözleşmenin hükümlerini doğurması şartın (olayın) gerçekleşmesi anına kadar ertelenmiş olduğu için, borçlu ifa ile yükümlü değildir; alacaklı da ondan ifayı talep edemez.

Borçlu, askı safhasında ifaya zorlanamazsa da, alacaklının ifaya ilişkin beklenen (muntazar) hakkını zarara maruz bırakacak (borcun ifasına engel olacak) davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür (BK. m. 150/I). Bu yükümlülüğe aykırı hareketin müeyyidesi, Borçlar Kanununun 150 nci maddesinin üçüncü fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, «Şartın tahakkukundan evvel yapılan temliki her tasarruf, şartın hükümlerini ihlâl ettiği nisbette batıldır.» Görüldüğü gibi, söz konusu madde ile yasaklanmış olan, şartın hükümleriyle bağdaşmayan tasarruf işlemleridir. Dolayısıyla, borçlu, serbestçe taahhüt işlemlerinde bulunabilecek demektir.

Borçlar Kanununun 150 nci maddesinin ikinci fıkrası, askı safhası (devresi) içinde, ifaya ilişkin beklenen hakkını koruma açısından alacaklıya da yetki vermiştir. Buna göre, «Şarta bağlı hakkı tehlikeye duçar edilen alacaklı, alacağı mutlak olan alacaklıların haklarını muhafaza için yapmağa selâhiyettar oldukları tedbirleri ittihaz edebilir.»

Askı safhası (devresi) içinde eşya hasara uğrarsa, buna borçlu katlanır (BK. m. 183/III). Yararların kime ait olacağı konusunda ise özel özel bir düzenleme getirilmemiştir. Sözleşme konusu şey, henüz şart gerçekleşmezden önce alıcıya teslim edilmişse, alacaklı, şart gerçekleştiği takdirde askı süresi içinde elde ettiği semerelerin mülkiyetini kazanır (BK. m. 151/I). Buna karşılık şart gerçekleşmezse, elde ettiği yararları borçluya geri vermekle yükümlüdür (BK. m. 151/II).

2 — Askı Safhasının Bitimine İlişkin Hükümleri

Şartın gerçekleşmesinden kasıt, olumlu (müspet) şart söz konusu ise, sözleşmede kararlaştırılmış bulunan olayın yine sözleşmede yer alan şartlar çerçevesinde meydana gelmesi; olumsuz (menfi) şart söz konusu ise, artık meydana gelmiyeceğinin kesin olarak anlaşılmasıdır.

Borçlar Kanununun 154 ncü maddesinde, bir de hükmî (farazî) gerçekleşme öngörülmüştür. Buna göre, «Şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareketle mâni olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur.»

İşte, her ne şekilde olursa olsun, şartın gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin hükümleri kendiliğinden etkisini göstermeye başlar. Ancak, bu hükümler, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, ileriye yöneliktir; yani şartın etkisi geçmişe yürümez. Gerçekten, Borçlar Kanununun 149 ncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, «İki taraf hilâfını kasdetmedikleri halde şarta bağlı akit, ancak şartın tahakkuku ânından itibaren hüküm ifade eder.»

Şartın gerçekleşmesiyle birlikte, artık borç muaccel hale gelmiş olacağı için ifa istenebilir, zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Şartın gerçekleşmemesi halinde de askı safhası ortadan kalkar. Şart için öngörülmüş olan sürenin geçmesi veya dürüstlük ilkesine göre daha fazla beklemenin istenememesi hallerinde şart gerçekleşmemiş olur. Borçlar Kanununun 154 ncü maddesinin zıt anlamından hareketle, şartın iyiniyet kuralına aykırı olarak taraflardan birinin gayretleri sonucu gerçekleştirilmesi durumunda da şartın gerçekleşmediği kabul edilmektedir (3).

Şart gerçekleşmeyince, taraflar arasındaki borç ilişkisi (sözleşme) ortadan kalkar. Sözleşme konusu şey, askı safhası boyunca alacaklının elinde kalmışsa, o, şeyi ve bu süre içinde elde ettiği semereleri borçluya geri verir (BK. m. 151/II).

II — KUSURSUZ İMKANSIZLIK

A) KAVRAM

Kusursuz imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonra fakat borçlunun temerrüdünden önce ortaya çıkan ve herhangi bir kusuru bulunmayan borçluyu sorumluluktan kurtaran imkânsızlıktır. Başka bir söyleyişle kusursuz imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan ve borçluya isnad edilemeyen bir kısım haller nedeniyle ifanın imkânsızlaşmasıdır.

Tanımından da anlaşıldığı gibi, imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan (in'ikadından) sonra ortaya çıkmış olmalıdır. Sözleşmenin kuruluşu

(3) Feyzioğlu, 368.

anında mevcut imkânsızlığa Borçlar Kanununun 117 nci maddesi değil, Borçlar Kanununun 20 nci maddesi uygulanır. Yani sözleşme öncesi imkânsızlık, borçlunun sorumluluktan kurtulmasına değil, sözleşmenin geçersiz (bâtıl) olmasına yol açar (4).

Aynı şekilde, imkânsızlığın borçlu temerrüdünden önce gerçekleşmiş olması da zorunludur. Çünkü, temerrüde düşen borçlu kusursuz imkânsızlıktan da sorumlu tutulur (BK. m. 102) (5).

B) KUSURSUZ İMKANSIZLIĞA YOL AÇAN NEDENLER

Kusursuz imkânsızlığı yaratan nedenler, «beklenmeyen hal» ve «mücbir sebep» olmak üzere iki tanedir (6).

1 — Beklenmeyen Hal (Kaza)

Beklenmeyen (olağanüstü) hal, sözleşmenin kuruluşu (in'ikadı anında öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin kaçınılmaz şekilde ihlâline yol açan bir olaydır (7). Şu halde beklenmeyen bir halin varlığından söz edilebilmesi için gerekli unsurlar şunlardır: a) Bir olay, b) öngörülemezlik, c) kaçınılmazlık, d) sözleşmenin ihlâli ve e) illiyet bağı (8).

2 — Mücbir Sebep

Mücbir sebep, borçlunun hâkimiyet (işletme) alanı dışında meydana gelip kaçınılmaz şekilde borcun (sözleşmenin) ihlâline yol açan ve sözleşmenin kuruluşunda öngörülmesi imkânı bulunmayan bir olayı ifade e-

(4) Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 1983, s. 220 - 221.

(5) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 5. Bası, İstanbul, 1985, s. 1339.

(6) Dural'a göre, «... borçlunun, borçtan kurtulması ya da tazminat borcu altına girmesi için, ölçü olarak, fevkalâde hal ya da mücbir sebebi yani borçlunun kusursuz ya da kusurlu olmasını alamayız. Ölçümüz, her ne sebeple olursa olsun, borçlunun sorumlu tutulabilip tutulamayacağıdır. Buysa, mücbir (sebep) ve fevkalâde hali de içine alan, fakat onlardan daha geniş bir kavramdır. Diğer bir deyişle, mücbir sebep ve fevkalâde hal, bazı hallerde borçluyu borçtan kurtarabildiği için, bu kıstasın içine girerler, fakat yegâne ve her zaman borçtan kurtaran bir durum yaratmazlar. Ayrıca bunların dışında kalan haller de vardır» (bk., Dural, Mustafa, İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, Batider, C. 7, 1973, s. 54).

(7) Tekinay, II, 1341; Tunçomağ, I, 816; Reisoğlu, 230.

(8) Bu konuda bk., Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 139 vd..

der (9). Mücbir sebebin unsurları ise, a) bir olay, b) işletme dışılık (haricilik), c) öngörülemezlik, d) kaçınılmazlık, e) sözleşmenin ihlâli ve f) illiyet bağı olmak üzere altı tanedir (10).

Mücbir sebep ile beklenmeyen hal, niteliği itibarıyla aynıdır. Mücbir sebebi beklenmeyen hal'den ayıran özellik, birincisinde «kaçınılmazlık» unsurunun daha şiddetli olması ve ayrıca «haricilik» yani «işletme dışı» olmasıdır(11).

Gerek beklenmeyen hal ve gerek mücbir sebebin öngörülemezlik unsurunun belirlenmesinde, tacirler için öngörülmüş bulunan «basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü» (TK. m. 20/II) önem taşır. «Zira mücbir sebep veya beklenmeyen halin mevcut olabilmesi için (imprévisible - önceden keşfolunamıyan, kestirilmesi mümkün olmayan, sezilemiyen...) bir halin sonradan ortaya çıkmış olması lâzımdır. Basiretli iş adamından beklenen ihtimam derecesi dolayısıyla mücbir sebep veya beklenmeyen hal iddiası pek istisnai hallere inhisar eder» (12). Tacirler, sözleşme şartlarını belirlerken ve ifaya yönelik tedbirleri alırken daha dikkatli hareket etmek ve daha fazla özen göstermek mecburiyetindedirler (13).

C) HÜKÜMLERİ

Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, «Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sâkıt olur.»

(9) Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1986, s. 216; Eren, İlliyet Bağı, 176; Tunçomağ, I, 816.

(10) Eren, İlliyet Bağı, 177 vd..

(11) Eren, İlliyet Bağı, 176.

(12) Karayalçın, 219.

(13) HGK. 21.6.1967, E. 1966/T - 1280, K. 309, «... Davalıya karşı yol inşaasını taahhüt eden davacının bu taahhüdün ifasında basiretli bir tacir gibi hareket etmesi iktiza eder. Bu taahhüde ait mukavelenin yapılması sırasında müteahhidin bu silindiri temin edebileceği yerlere müracaatla akdin ifası zamanı için bunu temin ettiği takdirde taahhüde girmesi içabederdi» (İKİD, C. 4, 1966 - 1970, s. 1430 - 1432); 13. HD. , E. 1981/2749, K. 1981/3288, «... Döviz transferlerinin zamanında yapılmamasının zorlu neden olduğu da sözleşmede belirtilmiş değildir. Üstelik, böyle bir neden, BK. m. 117 anlamında borcun sönmesine yol açmaz. Türkiye genelinde yıllar yılı döviz sıkıntısının süre geldiği de herkesin bildiği bir gerçektir. Davacının bu gerçeği gözeterek ihaleye girmesi, edimini zamanında yerine getirmesinin önlemlerini alması tedbirli bir tacir olarak davranmasının bir gereğidir» (YKD., C. 7, S. 8, 1981, s. 1024 - 1025).

Bu açıdan, imkânsızlığın beklenmeyen hal veya mücbir sebepten kaynaklanması arasında fark yoktur (14).

İmkânsızlık halinin gerçekleşmesiyle birlikte, taraflar arasındaki borç ilişkisi ve dolayısıyla borçlunun ifa yükümlülüğü ortadan kalkar (BK. m. 117/I). Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme varsa, borçlu, karşılık (mütekabil) edimi isteme hakkını da yitirir (BK. m. 117/II, c. 1). Ancak, sözleşmede bu hükmün aksi kararlaştırılabileceği gibi, bir kanun hükmüyle getirilmiş istisnalar (meselâ, BK. m. 183/I) saklıdır (BK. m. 117/II, c. 3).

Karşı taraf edimini kısmen veya tamamen yerine getirmiş ise, ifa yükümlülüğünden kurtulan borçlu bunları geri vermek mecburiyetinde kalır. Geri verme (iade), sebepsiz zenginleşme kurallarına (BK. m. 61 vd.) göre olur (BK. m. 117/II, c. 1). Dolayısıyla, geri vermeye ilişkin davaya da sebepsiz zenginleşme zamanaşımı uygulanır (BK. m. 66).

III — OLAYIMIZA BAKIŞ

Davalı TMO, Bunge S.A. tarafından açılan davaya karşı iki ayrı esasa dayanarak savunmada bulunmuştur :

A) BİR TALİKİ ŞARTIN VARLIĞI VE ŞARTIN GERÇEKLEŞMEDİĞİ

Sözleşme, akreditifin açılması şartına bağlı tutulmuştur. Akreditifin açılması için gerekli izni verecek merci (makam) ise başkasıdır (Maliye Bakanlığı'dır). Akreditif açılmasına izin verilmediği için (taliki) şart gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla sözleşme, Borçlar Kanununun 149 ncu maddesi gereğince hüküm ifade etmiyecektir (ortadan kalkacaktır) (15).

---

(14) Tekinay, II, 1343.

(15) TMO'nin savunması, Genel Kurul kararında şu şekilde ifade edilmiştir: «Davalı TMO., davaya karşı iki savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi; akreditifi açacak, akreditifin açılmasına izin verecek merciin başka olduğu (Maliye Bakanlığı), sözleşmede de ödemenin akreditifin açılması şartına bağlı bulunduğu, bunun bir tâliki şart olduğu, yetkili merciin akreditifin açılmasına izin vermemesi nedeniyle tâliki şart gerçekleşmediği cihetle sözleşmenin, BK.nun 149. maddesi gereğince hüküm ifade etmediğidir» (bk., HGK. 18.4.1984, E. 1984/11 - 139, K. 1984/426, YKD, C. 11, S. 3, 1985, s. 324).

B) KUSURSUZ İMKANSIZLIK

Türk Hukukunda döviz tahsisatı Maliye Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir. Olayda, TMO'nin samimi ve ciddi çabalarına rağmen tahsisat yapılmamıştır. Bunda TMO'nin kusuru yoktur, yani kusursuz imkânsızlık nedeniyle borç ortadan kalkmıştır (BK. m. 117/I) (16).

§ 5. OLAYIN HUKUKİ ÇÖZÜMÜ

I — MAHALLİ MAHKEMENİN RED KARARI İLE HGK'NUN BUNU ONAYAN KARARI

Mahalli mahkeme (Ankara Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesi), davalı TMO tarafından ileri sürülen «taliki şart» savunması üzerinde hiç durmamış, buna karşılık ikinci savunmayı (yani «kusursuz imkânsızlık» savunmasını) yerinde bularak davayı kusursuz imkânsızlık (BK. m. 117) nedeniyle reddetmiştir.

Davacı kararı temyiz etmiş ve karar Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi tarafından 27.11.1979 gün ve 1979/4030 - 5444 sayılı ilâmıyla bozulmuştur.

Mahalli mahkemenin kararında direnmesi üzerine anlaşmazlık Hukuk Genel Kurulu'na gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu, 16.2.1983 gün ve E. 1981/11 - 440, K. 1983/133 sayılı kararıyla, «... Türkiye'de uygulanan kambiyo rejimine göre, akreditif açılması, ancak Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesine bağlı olup, davalı kendiliğinden akreditif açtırma yetki ve iktidarına sahip bulunmadığına ve akreditif açılması için yasalara göre gerekli bütün girişimlerde bulunmuş olmasına rağmen olumlu bir sonuç elde edilmemesi olgusunun davalıya atfı kabil bir kusur olarak nitelendirilmesi mümkün olamayacağına ve esasen, uluslararası ticaret yapan davacı firmanın Türk Kambiyo Mevzuatını bilerek ve sonuçlarını hesaba katarak sözleşme yaptığını kabul etmek gerektiğine göre, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması»na karar vermiştir (1).

---

(6) «Davalı TMO.nin ikinci savunması ise, (... Türk mevzuatı gereğince döviz tahsislerinin Maliye Bakanlığınca yapıldığı, bu halin ise BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlık durumunu doğurduğu, bütün samimi ve ciddi uğraşılarına rağmen Maliye Bakanlığının döviz tahsis etmemesinde kendilerinin bir kusuru da bulunmadığı, bu nedenle bu madde hükmü gereğince borcun ortadan kalktığı hususuna ilişkindir.»

(1) YKD, C. 9, S. 10, 1983, s. 1437.

II — ÖZEL DAİRENİN BOZMA KARARI İLE HGK'NUN KENDİ ONAMA KARARINI KALDIRAN VE MAHALLİ MAHKEMENİN DİRENME KARARINI BOZAN KARARI

Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi, 27.11.1979 gün ve 1979/4030-5444 sayılı ilâmıyla mahallî mahkemenin kararını bozmuştur. Özel Daire'nin gerekçesi aynen şöyledir: «... Davalı TMO., 3461 sayılı Yasayla kurulan ve 440 sayılı Yasaya tâbi sermayesinin tamamı devlete ait bir kamu iktisadi teşebbüsüdür. Kamu iktisadi teşebbüsleri, 440 sayılı Yasanın 1/1. maddesi gereğince «ticari esaslara göre faaliyet gösterirler.» Yine aynı Yasanın 1/2 ve 3461 sayılı Kuruluş Yasası statü bölümünün ilk fıkrasına göre davalı TMO. «özel hukuk hükümlerine» tabidir. Görevi itibarıyla da geniş miktarda hububat vs. nin alım - satımını yapmaktadır. O halde davalı TMO., TTK. nun 12/1, 14/1 ve 21/1. maddeleri gereğince tacir niteliğini haiz bir kuruluştur. Bu durumda da ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gereklidir (TTK. 20/2).

Sözleşmenin 5. maddesindeki, ödemenin açtırılacak gayrikabili rücu akreditifle yaptırılacağı hususundaki hüküm, bir taliki şart değil, davalı TMO.nin yüklendiği bir vecibeden ibarettir. Uluslararası ticarette ödemelerin genellikle gayrikabili rücu ve teyidli akreditifle yapıldığı bilinen bir husustur. Diğer yandan yabancı firmanın Türk mevzuatını bildiği veya bilmesi gerektiği de kabul olunamaz. Ancak, bu mevzuatı bilmesi gereken davalı TMO.nin buna uygun tedbirleri alması gerekirken, almadığı, döviz tahsisini sağlayamamasından anlaşılmaktadır. Borca konu olan şey hakkında ithal, ihraç, ticaret yasağı konması bir hukuki imkânsızlık doğurur. ... Davalı TMO.nin akretidif açtırmaması sonradan çıkarılmış bir yasa ve alınan bir hükümet kararıyla da olmadığı (yani borcun ifası bir hukuk kuralı ile yasaklanmadığı...), uyulması gereken bir döviz sınırlaması getirilmediği, dosya münderecatından anlaşılmaktadır. Hatta, Maliye Bakanlığı'nın, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na yazdığı 3.8.1978 gün ve 52857 (39738) sayılı yazı içeriğinden anlaşıldığına göre, döviz tahsis edilmemesinin nedeni döviz yokluğu da olmayıp sadece sözleşmedeki buğday fiyatlarının pahalı bulunmasından ibarettir. Bu durumda, Borçlar Kanununun 117. maddesinin anladığı anlamda bir imkânsızlıktan da söz etmek olanaksızdır. Bilindiği üzere, imkânsızlık ister objektif, ister sübjektif olsun, eğer borçlunun bunda kusuru varsa, yine de sorumlu olur. ... Borçlu ancak kendisine hiç bir kusurun izafe edilemeyeceğini kanıtlarsa, borçtan kurtulur ve tazminatla sorumlu olmaz (BK. 96). Kusurlu imkânsızlık alıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. Bir ifanın yalnız borçlu için değil, genel olarak, başkaları tarafından da erişilmez, başa çıkılmaz veya umulmaz sayılması halinde hukuki anlamda objektif bir imkân-

sızlıktan söz edilir. Ancak, bir malı satan kimsenin, sonradan mal fiyatları yükseldiği için zarar etmesine, ifayı imkânsız kılan bir olay gözüyle bakılamaz. ... Tabiatiyle, aynı görüşten hareketle, bir malın fiyatının, sözleşmedeki fiyattan daha aşağı düşmesi halinde de, alıcı bakımından, malı satın almak hususunda bir imkânsızlıktan söz edilemez. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi ise sadece bu nedene dayanmaktadır. Oysa, davalı döviz tahsis edecek merciin Maliye Bakanlığı olduğunu bildiği cihetle, ya sözleşmenin imzalanmasından önce Maliye Bakanlığından gerekli tasvibi alması veya uyuşmazlık konusu sözleşmeden sonra yaptığı uluslararası alım - satım sözleşmelerinde yaptığı gibi, (29 Haziran 1977 gününde ihaleye çıkarılan pirinç ithaline ilişkin alım şartnamesinin XVII/2. maddesi), sözleşmeye «yetkili merciler tarafından ithalât için lisans verilmediği takdirde alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir» şeklinde bir hüküm koyması gerekirdi. Bu halde ancak basiretli bir tacir gibi davranmış olurdu. İsviçre Federal Mahkemesi de, iki kararında yukarıdaki görüşü teyid etmiştir. Birincisinde, davalı satıcı davacıya bir vagon çikolata satmış, ancak satıcının satıcısı çikolataların ihracı için İsviçre mercilerinden gerekli ihraç iznini alamamıştır. Davalı satıcı BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlığa dayanarak davanın reddini istemiştir. Federal Mahkeme; nev'iyle tayin edilmiş bir borç olduğunu da nazara alarak savunmayı red ile davayı kabul etmiştir. ... İkincisinde de, davalı içinde kiracı bulunan taşınmazını davacıya kiralamış ve kendi kiracısı hakkında da tahliye davası açmıştır. Ancak açtığı tahliye davası mahkemece reddedilmiş ve bu suretle mecuru kiracıya teslim edememiştir. Davacı da, kira ile tuttuğu başka bir yerin kirası ile davalı ile yaptığı anlaşmadaki kira farkını tazminat olarak istemiştir. Federal Mahkeme burada bir imkânsızlığın varlığını kabul etmekle birlikte, bu imkânsızlıktan davalının sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Gerekçesinde de davalının, halen mecurda kiracının ikamet etmekte bulunduğunu, kiracıları koruyan bir yasanın mevcut olduğunu, kiracının buna dayanarak kendisini savunacağını bildiği ve bilmesi gerektiğini, davalının bu hususları gözönünde tutması lâzımgeldiğini, vecibesini kat'i surette yerine getirebilip getiremeyeceğini önceden inceleyerek taahhüt altına girmesi gerektiğini, bu nedenle BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlığa dayanamayacağını ileri sürmüştür. ...

Bütün bu açıklamalardan, davalı TMO.nin bir imkânsızlık ile akti vecibesini ifa edemediği anlaşılmakla birlikte, bu imkânsızlık kendisinin basiretli ve tedbirli davranmaması sonucu olduğundan, bu kusurlu davranışı sonucu doğan imkânsızlığa BK.nun 117. maddesine dayanarak istinat edemeyeceğinden, zamanında akreditifi açtırmamanın sonuçlarına katlanması gerektiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla, mahkemece işin esa-

sına girilerek başka nedenlerle davacının tazminat isteme hakkı olup olmadığı, varsa ne nisbette tazminata müstahak olduğu, özellikle BK.nun 96, 106, 107, 108, 212 ve 98. maddeleri de gözönüne alınarak araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır. ...» (2).

Mahalli mahkeme kararında direnince anlaşmazlık HGK'na gelmiş, HGK ise, 16.2.1983 gün ve E. 1981/11 - 440, K. 1983/133 sayılı kararıyla mahallî mahkemenin hükmünü onamıştır.

Bunun üzerine davacı karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Konuyu yeniden görüşen Genel Kurul, önceki onama kararını kaldırarak mahallî mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Hukuk Genel Kurulu'nun düzeltme kararı ise aynen şöyledir: «... Davacı Bunge S.A. (ihracatçı) ile davalı TMO. (ithalatçı) arasında 50.000 tonluk buğday alım - satımı konusunda 10.11.1974 günlü sözleşme düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesi gereğince yükleme 1 - 30 Haziran 1975 tarihleri arasında yapılacak ve 5. maddesine göre de «ödeme, satıcı lehine, ilk yüklemenin başlangıç tarihinden en geç 15 gün öncesine kadar açtırılacak gayrikabili rücu, teyitli ve kısmî yüklemeye müsait, kabili devir akreditifle, aşağıdaki vesikaların ibrazında ..., yapılacaktır.»

Yüklemeden önce akreditif açtırma (semeni ödeme) borcunu davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın 11.4.1975 ve 26.10.1975 günlü yazıları içeriğinden anlaşıldığına göre; bu Bakanlığın, satın alınan kadar buğdaya ihtiyaç olmadığı ve sözleşmedeki fiyatların çok pahalı bulunduğu, gerekçeleriyle döviz tahsis etmemesi nedeniyle, yerine getirememesi üzerine, davacı, satıcı Bunge S.A., 13.6.1975 günlü yazısı ile, davalı TMO.'nin temerrüde düşmüş olduğunu belirterek tazminat istediğini bildirmiş ve sonrada iş bu davayı açmıştır.

Davacı Bunge, S.A., 8.12.1976 tarihinde açtığı işbu dava ile, BK.nun 211 ve 212. maddeleri hükümlerine dayanarak, sözleşme fiyatı ile temerrüt tarihindeki fiyat arasında meydana geldiğini ileri sürdüğü 16.948.745 İsviçre franklık farkın, dava tarihindeki kur üzerinden Türk Parası karşılığı 117.556.495,32 liranın, tazminat olarak ve %10 temerrüt faizi ile birlikte davalı TMO.'dan tahsiline karar verilmesini istemiş, döviz kurlarında vaki olabilecek değişikliklerden doğacak istemlerini saklı tutmuştur.

Bilindiği üzere, BK.nun 211/1. maddesine göre, satılanın ancak se-

(2) HGK. 16.2.1983, E. 1981/11 - 440, K. 1983/133 (YKD, C. 9, S. 10, 1983, s. 1435 vd.).

menin tediyesinden sonra veya tediyesi akabinde teslim edilmesi gereken hallerde, alıcı tediyeden temerrüt ederse, satıcı, hiç bir merasime muhtaç olmaksızın, satımı feshedebilir. Yine, BK.nun 212/2. maddesi hükmü gereğince de «Satılan borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan emtiadan ise, satıcı, bunu diğerine (bir başkasına) satmaya muhtaç olmaksızın, satılanın semeni ile tediye için muayyen olan vade gününün fiyatı arasındaki farkı, zarar ve ziyan olmak üzere, alıcıdan talep edebilir.»

Davalı TMO., davaya karşı iki savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi; akreditifi açacak, akreditifin açılmasına izin verecek merciin başka olduğu (Maliye Bakanlığı), sözleşmede de ödemenin akreditifin açılması şartına bağlı bulunduğu, bunun bir tâliki şart olduğu, yetkili merciin akreditifin açılmasına izin vermemesi nedeniyle tâliki şart gerçekleşmediği cihetle sözleşmenin, BK.nun 149. maddesi gereğince, hüküm ifade etmediğidir. Ancak, sözleşmenin 5. maddesindeki, ödemenin açılacak akreditifle yapılacağına ilişkin hüküm, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisi ve bunun üzerine yapılacak döviz transferiyle ilgili olmayıp, uluslararası ticarette genellikle kullanılan vesikalı akreditif işlemini ifade etmekte olup, bu nedenle sadece ödemenin zaman ve şeklini gösteren bir hükümden ibarettir ve bu itibarla tâliki şartla yakından uzaktan bir ilişkisi mevcut değildir.

Öte yandan, döviz transferinin Maliye Bakanlığı'nın müsaadesine bağlı olduğu hususunu yabancı satıcının da bildiği veya bilmesi gerektiği yönü de durumu değiştirmez. Çünkü, bu yabancı satıcının, TMO.'nin buğday ithalatını ihaleye çıkardığını görünce, gerekli döviz transfer müsaadesinin TMO. tarafından alınmış olduğunu düşünmesi gayet normaldir. Esasen ihale ilanının 1. maddesindeki, ihalenin serbest dövizle yapılacağına ilişkin hüküm de satıcıda bu fikrin uyanması için diğer bir nedendir.

Bundan başka, her iki tarafın, buğday bedelinin transferinin Maliye Bakanlığı'nın iznine tâbi olduğunu ve ileride Maliye Bakanlığı'nın, belki de bu izni vermeyeceğini bilmeleri de durumu etkileyecek nitelikte değildir. İşin yapılmama ihtimali olduğunu tarafların bilmeleri, işin kendiliğinden bir şarta muâllak olmasını gerektirmez; taraflardan biri, belki edimini yerine getiremeyeceğini bilerek bir borç altına girerse tehlikeyi üzerine almış olur ve bunun doğal sonucu olarak da, borcun yerine getirilmemesinden sorumlu tutulur.

Bütün bu nedenlerle, davalının tâliki şart savunması gözönüne alınamaz. Nitekim, ne mahkeme, ne de Özel Daire bu savunma üzerinde durmamıştır.

Davalı TMO.'nin ikinci savunması ise, (... Türk mevzuatı gereğince döviz tahsislerinin Maliye Bakanlığı'nca yapıldığı, bu halin ise BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlık durumunu doğurduğu, bütün samimi ve ciddi uğraşılarına rağmen Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesinde kendilerinin bir kusuru da bulunmadığı, bu nedenle bu madde hükmü gereğince borcun ortadan kalktığı) hususuna ilişkindir.

Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, özellikle bu ikinci savunma üzerinde yoğunlaşmış; mahkeme bu halin bir «kusursuz imkânsızlık» doğurduğunu kabul etmiş, Özel Daire ise, (... olayda bir imkânsızlığın mevcut olmadığı, olsa bile davalının bu imkânsızlığın doğumunda kusurlu bulunduğu ve bu nedenle, davalının döviz transfer edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olduğu ve davacının, diğer koşulları varsa, tazminat isteyebileceği ...) görüşünü benimsemiştir.

Bilindiği ve gerek öğretide, gerekse uygulamada oybirliği ile benimsendiği üzere, BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlığın mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte var olması gerekmektedir. Bunlar da; imkânsızlığı doğuran olay veya durumun sonradan meydana çıkması; bunun önceden tahmin edilemez ve önlenemez olması; bu imkânsızlığın doğumuna borçlunun kendi fiili (kusuru) ile sebebiyet vermemiş bulunması koşullarıdır.

Davalının savunduğu gibi, olay tarihinde, Türk İthalat Rejimi gereği, Maliye Bakanlığı tahsis yapmadıkça döviz transfer edilememektedir. Nitekim, olayda da sözleşmedeki hükme rağmen, Maliye Bakanlığı sonradan ve borcun ifası gerektiği sırada döviz transferine müsaade etmemiştir. Ancak, Maliye Bakanlığı'nın bu yetkisi sözleşmenin yapıldığı tarihte de vardı, ifa zamanında da mevcuttu; ne Maliye Bakanlığı'nın yetkilerinde sonradan bir değişiklik yapılmış, ne de herhangi bir yeni mevzuat buğday ithalatını yasaklamıştır. O halde, olayda, sonradan çıkmış bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi beklenilmeyen bir hadise olarak da nitelendirilemez. Gerçekten, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesi için büyük çabalar harcamıştır. Ancak, bu yeterli değildir. Türk mevzuatını ve özellikle Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etme veya etmeme hususundaki yetkilerini herkesten daha iyi bilmesi ve basiretli ve tedbirli bir tacir olarak davranması gereken davalı TMO., Bakanlığın yetkisini kullanarak döviz tahsis etmeyebileceğini düşünmek ve sözleşmeye ona göre hüküm koymak durumundadır. Nitekim, bu uyuşmazlıktan sonra yaptığı sözleşmelere davalı TMO., «Türkiye'deki yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde, alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir» hükmünü koymuştur.

Sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir merci elinde olduğunu bilen bir kimsenin, o merciin bu yetkisini şöyle veya böyle kullanabileceğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü gerekr. Bu durumda da, o merciin yetkisini şu veya bu yönde kullanması beklenilmeyen, tahmin edilemeyen bir olay olmaktan çıkar. O halde, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi keyfiyetine, önceden tahmin edilemeyen bir faktör olarak dayanamaz.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi bir imkânsızlık olarak kabul edilse dahi, bu imkânsızlığın doğumuna davalı TMO. kendi fiiliyle (kusuruyla) sebebiyet vermiştir. Şöyle ki, yukarıda değinildiği gibi, Türk ithalat rejimi ve Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkilerini bilen davalı TMO. buna karşı gerekli tedbirleri alabilir, daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi döviz tahsisini daha önceden yaptırabilir veya hiç olmazsa, daha sonraki sözleşmede yaptığı gibi, ithalatı yetkili merciin döviz tahsis şartına bağlayabilirdi. Gerekli tedbirleri almadan borç altına giren kimsenin, alabileceği tedbirlerin önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması, kabul edilebilecek bir durum değildir.

O halde, olayda, BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlıktan veya kusursuz bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Bu durumda, yukarıda açıklanan ve Genel Kurulca da benimsenen Özel Daire bozma ilâmındaki gerekçelerle yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerekirken, her nasılsa onandığı anlaşıldığından, HUMK.nun 440 ve 442. maddeleri gereğince karar düzeltme isteğinin kabulü ve Hukuk Genel Kurulu'nun 16.2.1983 gün ve 1981/11 - 440 esas, 133 karar sayılı onama kararının kaldırılması ve direnme kararının Özel Daire bozma ilâmında ve yukarıda yazılı nedenlerle bozulması cihetine gidilmiştir» (3).

III — DAVACININ AKDİ FESHİNDE HAKLI OLUŞU

A) ALICININ TEMERRÜDÜ

Bunge S.A. ile TMO arasındaki sözleşme, tarafların tacir sıfatına sahip bulunmaları ve aynı zamanda bir ticari işletmeye ilişkin olması nedeniyle ticari bir satım sözleşmesidir. Dolayısıyla, ticari satımda alıcı temerrüdünü düzenleyen hükümlere tâbi tutulması gerekmektedir.

(3) HGK. 18.4.1984, E. 1984/11 - 139, K. 1984/426 (YKD, C. 11, S. 3, 1985, s. 321 vd..

Davalı TMO, alıcı temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmak (başka bir ifadeyle sorumluluktan kurtulmak) için ileri sürdüğü savunmalarının birincisinde, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisinde bulunmasının sözleşme açısından bir «taliki şart» niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Yani, TMO'ne göre, sözleşmenin hüküm ifade etmesi Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesi şartına bağlanmıştır. Maliye Bakanlığı ise, döviz tahsis etme yetkisini olumsuz yönde kullanmış yani döviz tahsis etmemiştir. Dolayısıyla şart gerçekleşmemiştir ve Borçlar Kanununun 149 ncu maddesi gereğince sözleşme ortadan kalkmış olduğu için dava reddedilmelidir.

Mahalli mahkeme ve Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi, TMO'nin taliki şart savunması üzerinde hiç durmamışlardır. Hukuk Genel Kurulu ise, onama kararında konuya temas etmemiş, fakat düzeltme kararında burada bir taliki şartın söz konusu olmadığını belirtmiştir. Genel Kurul'a göre, sözleşmenin, ödemenin akreditifle yapılacağına ilişkin 5 nci maddesi, uluslararası ticarette sık başvurulan vesikalı akreditif işlemini ifade etmektedir ve sadece ödemenin zaman ve şeklini gösteren bir hükümden ibarettir. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisi ve buna dayanılarak yapılacak döviz transferiyle ilgisi yoktur. Tarafların, buğday bedelinin transferinin Maliye Bakanlığı'nın iznine tâbi olduğunu ve Maliye Bakanlığı'nın ileride bu izni vermeyebileceğini bilmeleri de durumu etkilemez. «İşin yapılmama ihtimali olduğunu tarafların bilmeleri, işin kendiliğinden bir şarta muallak olmasını gerektirmez; sözleşme ile bağlı olmak istemeyen taraf bunu açıkça, şart olarak sözleşmeye koymalıdır; taraflardan biri, belki edimini yerine getirmeyeceğini bilerek bir borç altına girerse tehlikeyi üzerine almış olur ve bunun doğal sonucu olarak da, borcun yerine getirilmemesinden sorumlu tutulur. Bütün bu nedenlerle, davalının taliki şart savunması göz önüne alınamaz.»

Daha önceki açıklamalarımızdan da hatırlanacağı üzere, taliki şart, hukuki işlemin (sözleşmenin) hüküm ifade etmesinin (hükümlerini doğurmasının) bağlandığı, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaydır. Başlıbaşına ele alınırsa, Maliye Bakanlığı'nın somut bir olayda döviz tahsis edip etmeyeceği vakıasının şart olarak kararlaştırılması mümkündür. Ancak, karara konu olayda, Bunge, S.A. ile TMO arasında bu yönde yapılmış bir anlaşma mevcut değildir. Böyle bir durumda, belki zımnî (örtülü) bir kararlaştırmanın söz konusu olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim, Genel Kurul kararından anlaşıldığına göre, TMO tarafından bu şekilde bir iddia ileri sürülmüştür. Fakat, Genel Kurul'un da isabetle belirttiği gibi, tarafların sadece bu durumu bilmeleri, zımnen de olsa bir taliki şart anlaşmasının yapıldığını göstermez. Dö-

viz tahsis etme yetkisine sahip bir idari makamın, bu yetkisini olumlu yönde olduğu kadar olumsuz yönde kullanması da normal bir durumdur. Olumlu sonucu sağlamakla yükümlü olan ise TMO.'dir. Bunge S.A., normal olarak, kendisine buğday satın almak üzere başvuran TMO'nin gerekli döviz tahsisatını sağladığını düşünecek ve buna göre hareket edecektir. Bu durum, Genel Kurul kararında «... yabancı satıcının, TMO'nin buğday ithalatını ihaleye çıkardığını görünce, gerekli döviz transfer müsaadesinin TMO. tarafından alınmış olduğunu düşünmesi gayet normaldir...» şeklinde ifade edilmiştir.

Şu halde, TMO tarafından ileri sörülmüş olan taliki şart savunması yerinde değildir; Hukuk Genel Kurulu kararında belirtilen düşünce isabetlidir.

TMO'nin ileri sürdüğü ikinci savunma ise, «kusursuz imkânsızlık»tır. Buna göre, Türk Hukukunda döviz tahsis etme yetkisi Maliye Bakanlığı'na aittir. Ancak, TMO'nin samimi ve ciddi çabalarına rağmen tahsisat yapılmamıştır. Bunda TMO'nin herhangi bir kusuru yoktur. Maliye Bakanlığı'nın bu tutumu kusursuz imkânsızlık hukuki durumunu yaratmıştır ve bu nedenle borç ortadan kalkmıştır (BK. m. 117).

Kusursuz imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonra ve fakat borçlunun temerrüdünden önce, borçlunun herhangi bir kusuru bulunmaksızın ortaya çıkan bir olay nedeniyle ifanın imkânsızlaşmasıdır. Kusursuz imkânsızlığın gerçekleşmesiyle birlikte borçlu sorumluluktan kurtulur (BK. m. 117).

Öğretide hâkim olan görüşe göre, kusursuz imkânsızlığa yol açan nedenler «beklenmeyen hal» ve «mücbir sebep» olmak üzere iki tanedir. Beklenmeyen hal, sözleşmenin kuruluşu anında öngörülmesi mümkün olmayan ve kaçınılmaz bir şekilde sözleşmenin ihlâline yol açan bir olaydır. Mücbir sebep ise, borçlunun hâkimiyet alanı (işletmesi) dışında meydana gelip, sözleşmenin kuruluşu anında öngörülmesi imkânı bulunmayan ve kaçınılmaz bir şekilde sözleşmenin ihlâline yol açan bir olayı ifade eder. Beklenmeyen hal ile mücbir sebebi ayırmaya yarayan iki önemli farktan biri, mücbir sebepteki kaçınılmazlığın beklenmeyen hale nazaran daha şiddetli olması; ikincisi ise, mücbir sebebin mutlaka borçlunun hâkimiyet (işletme) alanı dışında meydana gelen bir olay olmasıdır. Beklenmeyen hal, işletme içinden kaynaklanabileceği gibi işletme dışı da olabilir.

Görüldüğü gibi, beklenmeyen halden söz edilebilmesi için, diğerleri yanında, öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurlarına; mücbir sebepte de, işletme dışılık, öngörülmezlik ve - daha ağır dozda olmak üzere - kaçınılmazlık unsurlarına ihtiyaç vardır.

Bu açıklamalar ışığında olaya dönecek olursak, kanaatimce, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi beklenmeyen hal olarak nitelendirilemeyeceği gibi, mücbir sebep olarak da nitelendirilemez.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis talebini reddetmesinden sonra, akreditifle gerçekleştirilecek bir ödemede ifa imkânsızlığının kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Ancak, döviz tahsisine ilişkin bir talebin Maliye Bakanlığı tarafından reddedilebileceği ihtimalinin, sözleşmenin kuruluşu anında hiç öngörülemeyeceği iddia edilemez. Zira, Genel Kurul kararında da belirtilmiş olduğu gibi, sözleşmenin kuruluşundan önceki tarihlerde bile döviz tahsis etme yetkisi Maliye Bakanlığı'na ait bulunmaktadır. Maliye Bakanlığı, istenenin aksine, yetkisini olumsuz yönde kullanmış ve döviz tahsisi talebini reddetmiştir. Bu nedenle, olayda, beklenmeyen halin veya mücbir sebebin yol açtığı bir kusursuz imkânsızlık hali söz konusu değildir. Halbuki, döviz tahsis etme yetkisi, Maliye Bakanlığı'na sözleşmenin kuruluşundan sonra çıkarılan bir düzenlemeyle tanınmış olsaydı veya Maliye Bakanlığı, sözleşmenin kuruluşundan önce yaptığı döviz tahsisini sözleşmenin kuruluşundan sonra aldığı bir idari kararla iptal etme yoluna gitseydi, o zaman bir kusursuz imkânsızlığın var olduğu kabul edilebilirdi.

Şu halde, kusursuz imkânsızlık iddiasını kabul eden mahallî mahkeme kararı ile aynı yöndeki direnme kararını onayan Genel Kurul kararı isabetli değildir. Genel Kurulun, Özel Dairenin bozma kararına uygun olarak vermiş olduğu düzeltme kararında ise, «basiretli tacir» kavramından da hareketle, «sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir merci elinde olduğunu bilen bir kimsenin, o merciin bu yetkisini şöyle veya böyle kullanabileceğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Bu durumda da, o merciin yetkisini şu veya bu yönde kullanması beklenilmeyen, tahmin edilmeyen bir olay olmaktan çıkar. O halde, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi keyfiyetine, önceden tahmin edilmeyen bir faktör olarak dayanamaz» denilerek, açık ve tutarlı bir çözüm tarzı benimsenmiştir.

Sonuç olarak, Bunge, S.A.'nın sözleşmeyi feshi haklıdır ve TMO, düşmüş olduğu «ticari satımda alıcı temerrüdü»nün sonuçlarına katlanacaktır.

B) AKDİN FESHİNİN SONUÇLARI

1 — Alıcının Tazminat Borcu ve Hesaplanması

Daha önceki açıklamalarımız ışığında konuyu ele alacak olursak, semeni (satış bedelini) ödemede temerrüde düşmüş olan TMO, bu nedenle sözleşmeyi fesheden Bunge S.A.'ya tazminat ödemekle yükümlüdür.

Ticari satımda alıcı semeni ödemede temerrüde düşerse tazminat miktarının nasıl belirleneceği Borçlar Kanununun 212 nci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, «somut (müşahhas)» ve «soyut (mücerret)» olmak üzere iki ayrı yöntem öngörmüştür:

a) Somut Zarar

Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan somut yöntem, satıcının, alıcıdan, sözleşmede kararlaştırılmış olan bedel ile malı iyiniyetle başka bir kişiye satması sonucu elde ettiği bedel arasındaki (olumsuz - eksi) farkı tazminat olarak isteyebilmesidir.

b) Soyut Zarar

Soyut yöntem, Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, satım konusu şey borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan mallardan ise, satıcı, bunu herhangi bir kişiye satmak mecburiyetinde kalmaksızın, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ödeme gününün fiyatı arasındaki (olumsuz) farkın tazminat olarak ödenmesini isteyebilir.

Olayda Bunge S.A., sözleşmeyi fesih hakkını kullanmış ve soyut yönteme göre TMO'nden tazminat istemiştir. Sözleşme konusu mal semen ödendikten sonra teslim edileceği (dolayısıyla peşin satım söz konusu olduğu) için, Bunge S.A.'nın fesih hakkını kullanması hukuka uygundur (BK. m. 211/I). Aynı şekilde, satım konusu buğday hem borsaya kayıtlı mallardan olduğu hem de piyasada cari fiyatı bulunduğu için, soyut yönteme göre tazminat talebinde bulunulması da haklıdır.

2 — Tazminatın Hesaplanmasında BK. m. 98/II ve 44/II Hükümlerinin Uygulanması

Borçlar Kanununun 98 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, «Haksız fiillerden mütevellit mes'uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.» Dolayısıyla, sözleşmeye aykırı hareket nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğun kapsamı belirlenirken, yargıç, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlerden (BK. m. 41 vd.) de yararlanabilir.

Bu konuda, olayımız açısından özellikle önem taşıyan hüküm Borçlar Kanununun 44 ncü maddesinin ikinci fıkrasıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, «Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde, hâkim, hakkaniyete tevfikan zarar ve ziyanı tenkis edebilir.»

TMO'nin, semeni ödememe (ademi ifa) durumunun ortaya çıkmasında kasıtlı hareket ettiği veya ağır ihmali bulunduğu söylenemez. O, Maliye Bakanlığı'nın tahsis iznini alabilmek için elinden gelen gayreti göstermiştir. Kanaatimce burada, «tedbirsizliğin» bulunup bulunmadığını belirlemek gerekir. TMO, tacir sıfatına sahip olması nedeniyle, «basiretli bir işadamı (tacir)» gibi hareket etmekle yükümlüdür (TK. m. 20/II). Dolayısıyla, Maliye Bakanlığı'nın gerekli döviz tahsisini yapmayabileceğini hesaba katması ve bu ihtimale göre icabeden tedbirleri alması gerekirdi. Nitekim, Karar'dan anlaşıldığına göre TMO, söz konusu olayın vukuundan sonra yaptığı sözleşmelere Maliye Bakanlığı'nın tahsis iznini, «Yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir.» şeklinde bir şart olarak koydurmuştur. Bu nedenle, olayda TMO'nin tedbirli hareket ettiği söylenemez ve Borçlar Kanununun 44 ncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanamaz.

Borçlar Kanununun 44 ncü maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri de, zararın tazmin edilmesinin «borçluyu (sorumluyu) müzayakaya bırakması»dır. Halbuki, olayda böyle bir durum hiç söz konusu değildir. Bu sebepten dolayı da 44 ncü maddenin ikinci fıkrasını uygulamak mümkün değildir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, soyut yönteme göre tazminat talebine muhatap olan alıcının, satıcının gerçek zararının soyut yöntemle hesaplanmış olan miktar kadar olmadığını iddia ve ispat edip edemiyeceğidir. Kanaatimce, alıcının böyle bir imkânı yoktur. Çünkü, sözleşme konusu malın borsa fiyatı herhangi bir değişiklik göstermemiş veya artmış ise, artık satıcı bu esasa göre zaten tazminat isteyemiyecektir. Buna karşılık, malın borsa fiyatı sözleşmede kararlaştırılmış olan fiyata nazaran düşmüşse, ortada bir zararın mevcut olduğu kesindir ve alıcının bu konuda söyleyebileceği herhangi bir şey yoktur.

§ 6. SONUÇ

Bunge S.A. ile bir ticari alım - satım sözleşmesi yapmış olan TMO, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi yüzünden zamanında akreditif açtıramamış (semeni ödeme borcunu yerine getirememiş) ve ticari satımda alıcı temerrüdüne düşmüştür.

Bunun üzerine, satıcı Bunge S.A. soyut yönteme dayanan bir tazminat talebinde bulunmuş, TMO ise, söz konusu talebe karşı iki ayrı savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi «taliki şartın gerçekleşmediği», ikincisi ise «kusursuz imkânsızlık»tır.

Kusursuz imkânsızlık iddiasını kabul edip davayı reddeden mahallî mahkeme kararı Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi tarafından bozulmuş, bunun üzerine verilen direnme kararı ise Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır.

Bunge S.A. karar düzeltme (tashihi karar) talebinde bulununca, Hukuk Genel Kurulu, TMO tarafından ileri sürülen savunmaların her ikisinin de yerinde olmadığını belirterek eski kararından dönmüş ve direnme kararını bozarak Özel Daire kararı yönünde önceki kararını düzeltmiştir.

Gerçekten de, olayda taliki şart söz konusu değildir. Çünkü, taraflar açık ya da örtülü bu yönde bir kararlaştırma yapmamışlardır. Onların, döviz tahsis etme yetkisinin Maliye Bakanlığına ait olduğunu bilmeleri, tek başına bir taliki şartın varlığı için yeterli değildir.

Öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurları gerçekleşmediği için, olağanüstü hal veya mücbir sebebe dayanan bir kusursuz imkânsızlık da mevcut değildir.

Sonuç olarak, mahallî mahkemenin kararları ile direnme kararını onaylayan Hukuk Genel Kurulu kararı tutarlı olmadığı halde, Özel Daire'nin bozma yönündeki kararı ile Hukuk Genel Kurulu'nun düzeltme kararı, kanaatimce yerindedir.

YARARLANILAN ESERLER

ARSLANLI, Halil : Ticari Bey', 4. Bası, İstanbul 1955.

BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

DOĞANAY, İsmail : Ticari Menkul Mal Alım - Satım Akdinin Unsurları ve Alıcının Mal Bedelini Ödeme Borcu, Batider, C. 5, 1969, s. 195 - 206.

DOMANİÇ, Hayri : Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul 1976.

DURAL, Mustafa : İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, Batider, C. 7, 1973, s. 11 - 58.

EDİS, Seyfullah : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1986 (Eren, II).

EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Eren, İlliyet Bağı).

FEYZİOĞLU, Feyzi N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977.

HİRŞ, E.: Notlu Ticaret Kanunu, Birinci Kitap, Ankara - İstanbul 1946.

İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1979.

KALPSÜZ, Turgut: Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.

MİMAROĞLU, Sait K.: Ticaret Hukuku, I. Cilt - İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.

ÖNEN, Turgut: Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975.

POROY, Reha: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1983.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. Bası, Ankara 1984.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 5. Bası, İstanbul 1985 (Tekinay, II).

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1976 (Tunçomağ, I).

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1977 (Tunçomağ, II).

ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 1984.

TÜRK HUKUKUNDA KÂR VE ZARAR ORTAKLIĞI BELGESİNİN KAVRAMSAL GELİŞİMİ - HUKUKÎ NİTELİĞİ VE UYGULAMASI

İbrahim ARSLAN (*)

I — GİRİŞ

A — Genel Olarak

Türk hukuk literatüründe, yeni ortaya çıkan Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesinin kaynağını araştırdığımızda kâra iştirakli tahvile dayandığını görüyoruz. Kâra iştirakli tahvil kavramına ise ilk defa - düzenlenmiş olması bile - isim olarak Birinci Beş Yıllık Kalkınma Plânı'nda rastlamaktayız (1). Gerçekten, adı geçen Plânın Finansman ile ilgili kısmına bakıldığında;

> **«Temel amacı tasarrufların en verimli alanlara akımını kolaylaştırmak olan sermaye piyasasının kurulmasına yardım edilecek, bu şekilde ilk amacın yanısıra, sırf, değerlendirme imkânı bulamadıkları için tasarruf yapmayan küçük gelir sahipleri tasarrufa teşvik edilecektir. Sermaye piyasasında çalışacak müessese-lerin kâra iştirakli tahvil ihracı, kâr garantisi verilmesi gibi yollarla tasarrufların sermaye piyasasına akmasını sağlayacak tedbirler üzerinde durulması, teşvik olunacaktır.»**

denildiği görülmektedir. Bundan da anlaşılıyor ki, ülkemiz, plânlı kalkınma dönemine geçtiği yılların hemen başında, ekonomide önemli bir yeri olan sermaye piyasasının geliştirilmesi önerilmiştir. Ne yazık ki bu tür faydalı önerilerin varlığına rağmen, sermaye piyasasına gereken önem verilmemiştir. Bunun sonucu olarak da sermaye piyasası, hukukumuzda uzun yıllar 'adı var, kendi yok' olarak kalmıştır. Çünkü bir müessesenin varlığından söz edebilmek için, onun araçlarından verimli şekilde yararlanmak gerekir.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Bkz. Birinci Beş Yıllık Kalkınma Plânı, Bölüm IX, Uygulama Politikası, Plânın Finansmanı, 1, c, 2, e.

1961 yılında, adıyla da olsa hukukumuza giren kâra iştirakli tahvil, 1974 yılında Türk Parası Kıymetini Koruma ile ilgili yeni girişimlere kadar, ömrünü çoktan doldurmuş bir kalkınma plânının sayfaları içinde, kaybolmuştur. Gerçekten anılan plân, kâra iştirakli tahvil kavramına değinmekle yetinmiş, fakat bu herhangi bir yasal düzenleme ile desteklenmemiştir. Bu durum, 1974 yılının ikinci yarısına kadar böyle devam etmiştir.

İdarî düzenleme olarak, kâr ve zarar ortaklığı belgesinin Türk hukuk sistemindeki temelleri 26.8.1974 tarih ve 7/8810 sayılı Kararname ile atılmıştır. Bu Kararname ile yürürlüğe konulan, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 22 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 'Kâra İştirakli Tahvil' kavramını mevzuatımıza dahil etmiştir (2). Aslında hukuken mevzuatımızda zımnen de olsa, varlığı kabul edilen bir müessese, açık şekilde belirlenmiştir. TTK'nda kâra iştirakli tahvili önleyici bir hüküm bulunmadığı ve 421. maddenin ikramiyeli, ikramiyesiz tahvillerden bahsetmesinden dolayı hukukumuzda, bu tahvilin daha önce de mevcut olduğu görüşü, yaygın olarak savunulmaktadır (3). 22 sayılı Karar ile sözkonusu tahvile, parasal açıdan önem kazandırılmak istenmiştir. Ama başarılı olduğu söylenemez (4).

TTK'nun 420 ve devamı maddelerinde tahviller düzenlenmiştir. Bu düzenleme genel anlamdadır. TTK'nun 420. maddesi tahvili 'Anonim Şirketlerin ödünç para bulmak için itibarî kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senedi' şeklinde tanımlamıştır. Bu geniş ve kapsamlı tanımdan dolayı, TTK 421 ve 430. maddeler ile beraber uygulama ve doktrin çeşitli tahvil türleri üretmiştir (5). TEKİNALP tahvilleri yediye ayırmaktadır. Bunları kitabında şu şekilde sıralamaktadır (6).

(2) Karar metni için bkz. R. G. 29.8.1974 sayı 14991.

(3) Bu görüşteki yazarlardan bazıları için bkz.
TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 1984, sh. 560.
TEKİNALP: Kâra İştirakli Tahvil, Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Eylül 1974, sh. 2.
İMREGÜN: Kara Ticareti Hukuku, 8. Baskı İstanbul 1987, sh. 492.
ARSLANLI: Anonim Şirketler, (II, III), İstanbul 1960, sh. 309.
Karşı görüş için bkz.
DOMANİÇ: Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1975, sh. 681.
DOMANİÇ: Anonim Şirketler, İstanbul 1978, sh. 1027.

(4) 22 sy. Kararın eleştirisi için bkz. TEKİNALP: agm.

(5) Bunlardan bazıları için bkz.
TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): age. sh. 560 - 564.
ANSAY: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982, sh. 287.
İMREGÜN: age. sh. 490 vd.

(6) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): age. sh. 560 - 564.

1) Primli Tahviller

2) İkramiyeli ve Piyangolu Tahviller

3) Kâra Katılma Hakkı Veren Tahviller - Kâr Ortaklığı Belgesi

4) Güvenceli Tahviller

5) Kâra Göre Değişir Faiz Getiren Tahviller

6) Endeksli Tahviller

7) Hisse Senedi ile Değiştirilebilir Tahviller

Senet (kredi) karşılığında, semere olarak faizin öngörülmüş olduğu tahviller, bilindiği gibi, sabit veya değişken faizleri tahvil sahiplerine gelir olarak sunmaktadır. Oysa kâra iştirakli tahvilin sahiplerine sunduğu gelir, esas itibariyle faiz olmayıp, elindeki tahville orantılı olarak, elde edilen kârdan bir iştirak payının verilmesidir. Bu son durumda tasarruf sahibi hem faiz, hem kâr payı almaktadır.

Bundan çıkan sonuç şudur: Sadece faize dayalı tahvillerde, ilgili işletmenin kâr veya zarar etmesi, kâr etmişse bunun az veya çok olması, tahvil sahibi açısından önemli değildir. Çünkü bu tür tahvillerin hukuki mahiyetleri icabı, ne kadar zamanda ne kadar gelir getireceği önceden belirlidir. Tahvil sahibi bu durumu bilir ve hesaplarına uygun bulursa bunlardan alır. Buna karşılık, kâra iştirakli tahvillerde durum tamamen değişiktir. Şöyle ki: Adından da anlaşıldığı gibi bu tahvil faiz değil, kâra iştirak sağlamaktadır. Bu sebeple de tahville sağlanacak gelir, ilgili işletmenin kârı ile doğru orantılı olarak artacak veya azalacaktır. Hatta işletme kâr etmemişse, tahvil sahibine de hiçbir gelir ödenmeyecektir. İşletme zarar ederse, tahvil sahibi herhangi bir gelir alamayacak ve fakat zarara da katılmayacaktır. Çünkü bu tahviller zarara katılmayı kapsamamaktadır.

1974 yılındaki bu ilk düzenlemeden sonra 11.11.1975 tarih ve 13 Sayılı Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Kuruluşuna Dair Kanun Hükmünde Kararname 'Kâr Ortaklığı' ilkesini hukukumuza kazandırmıştır (7, 8). Buna bağlı olarak 'Kâr Ortaklığı Senedi' kavramı da hukuk düzenimizde yerini almıştır.

---

(7) Bu KHK daha sonra 17.6.1982 tarih ve 2680 Nolu Yetki Kanununa (R.G. 19.6.1982, sayı 17729) dayanılarak 4.11.1983 tarih ve 165 sy. KHK'ye (R.G. 14.11.1983, sayı 18221) dönüştürülmüştür.

(8) Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.
KUNTALP: Ortaklık, sh. 3.
KUNTALP: Ödünç, sh. 3 - 5.

13 Sayılı KHK'nin mevzuatımıza kazandırdığı kâr ortaklığı belgesinin daha ayrıntılı düzenlemesine Bakanlar Kurulu, Maliye Bakanlığı, T.C. Merkez Bankası ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun karar ve tebliğlerinde rastlanmaktadır (9).

Gerçekleştirilen bu düzenlemelerle, kâra iştirakli tahvillerden hareketle önce kâr ortaklığı belgesine, oradan bir aşama daha ileri gidilerek de Merkez Bankasının 15.6.1982 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan '22 sayılı Karara İlişkin 2 Nolu Tebliği' ile kâr ve zarar ortaklığı belgesi kavramına ulaşılmıştır. İnceleme konumuzu işte bu 'Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi' oluşturmaktadır. Bunun asıl ayrıntılı düzenlemesine, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 30 sayılı Kararda Öngörülen Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi Çıkarılmasına Dair Seri: III No: 2 Tebliğinde rastlamaktayız (10).

Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi'nin kavram olarak tarih içinde değişikliğe uğraması ve bunların herbirinin hukukî mahiyetleri üzerinde II. Bölümde 'Kavramsal Gelişme' başlığı altında durulacağından, bu kısımda sadece zikredilmekle yetinilmiştir (11).

B — Kavram

İncelememizde kolaylık ve anlaşılırlık sağlayabilmesi için öncelikle kâr ve zarar ortaklığı belgesinin bir ön tanımını vermekte yarar vardır. Ser. Piy. Kur.nun, Seri: III, No: 2 Tebliğinin 1. maddesine göre kâr ve zarar ortaklığı belgesi; Anonim şirketlerin finansman kaynakları bulmak için kâra ve zarara ortak olmak üzere, üçüncü kişilere satmak amacıyla çıkardıkları kıymetli evraktır.

Bu tanımın eksikleri bulunabilir. Bu durum ilerideki açıklamalarla kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Bunlar da dikkate alınarak inceleme sonunda daha kapsamlı bir tanım verilmeye çalışılacaktır.

C — Terminoloji

Kâr ve zarar ortaklığı belgesi ile ilgili yazılarda farklı kısaltmalar kullanılmaktadır. Bazı yazarlar bu menkul kıymeti, KOB olarak ifade et-

---

(9) Bu konuda yetkili makam olarak Maliye ve Gümrük Bakanlığı belirtilmekte ise de, SPK'nda bu Bakanlığa ait olduğu söylenen yetkiler 188 sy. KHK ile Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'na devredilmiştir. KHK metni izin bkz. R.G. 13.12.1983 sayı 18251 mük. Daha sonra ise bu KHK kanuna dönüştürülmüştür. Kanun metni için bkz. R.G. 25.4.1986,s ayı 19088.

(10) Tebliğ metni için bkz. R.G. 13.12.1984, sayı 18604.

(11) Bkz. aşa II, B., Kavramsal Gelişim, sh. 298 - 300.

mektedirler (12). Bazı yazarlar ise aynı menkul kıymet için KZOB kısaltmasını kullanmaktadırlar (13). Kısaltma kullanmaksızın belgenin tam adını yazan yazarlar da bulunmaktadır (14).

Kâr ve zarar ortaklığı belgesini en ayrıntılı ve son olarak düzenleyen hükümler Ser. Piy. Kur.nun, Seri: III, No: 2 Tebliğinde bulunmaktadır. Bu tebliğin başlangıcında, Tebliğde kullanılan bazı kavramların kısaltmaları açıkça belirlenmiştir. Aslında bu tip kısaltma cetvellerine Kurul'un bütün tebliğlerinde rastlamak mümkündür.

Adı geçen Tebliğ, kâr ve zarar ortaklığı belgesinin kısaca KOB olarak gösterileceğini açıkça belirtmiştir (15). Ancak; kısaltmalardan amaç o kısaltmayla da olsa, asıl deyim ve kavramın herkesçe - veya en azından ilgililerce - bilinebilmesi olmak gerekir. Bu amacı gerçekleştirmek için genel olarak uygulanan yöntem, kelimeler çok sayıda ise bunların baş harfleriyle kısaltmayı oluşturmaktır. Anılan Tebliğ bunu kısmen yapmış gözükmektedir. Kısmen demek gerekir, çünkü bu kısaltma kanaatimizce eksik ve hatalıdır. Bunu daha iyi açıklamak için konuyu biraz açmak gerekir. Şöyle ki: Kâr ve zarar ortaklığı belgesi kavramasi olarak, çeşitli aşamalardan geçmiştir.

Tarih sırasına uygun olarak, Birinci Beş Yıllık Kalkınma Plânı ve 22 sayılı Karar kâra iştirakli tahvilden sözetmektedir.

Daha sonra 17.4.1975 tarih ve 1877 Sayılı Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Kurulması İle İlgili Yetki Kanunu 3. maddesinin (f) bendinde kâr ortaklığı esasını kabul etmiştir. Bu Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılan 11.11.1975 tarih ve 13 Sayılı Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Kuruluşuna Dair Kanun Hükmünde Kararname de 8. maddesinde «Tahvil İhracı» başlığı altında kâr ortaklığı esasını benimsemiştir (16, 17).

---

(12) Bunlardan bazıları için bkz.
ÇAKICI: «Kâr Ortaklığı Belgesi (KOB)», Milliyet, 13.5.1982, sh. 2.
TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): age. sh. 560.

(13) Örneğin bkz.
TUNCER: Türkiye'de Sermaye Piyasası (Teori - Uygulama), İstanbul 1985, sh. 249.

(14) KUNTALP: Ortaklık, sh. 3.

(15) Bkz. Seri: III, No: 2 Tebliği, (R.G. 13.12.1984 - 18604) kısaltmaları (tanımları).

(16) 13 sy. KHK, 17.6.1982 tarih ve 2680 sy. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Kuruluş Görev ve Yetkilerinin Düzenlenmesi İle İlgili Yetki Kanununa (R.G. 19.6.1982 sayı 17729) dayanılarak çıkarılan 4.11.1983 tarih ve 165 sy. Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Anonim Şirketi'nin Kuruluşu Hakkında KHK'nin (R.G. 14.11.1983 sayı 18221) 24. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, 13 sy. KHK'nin 8. maddesine paralel hükümler yeni

1982 yılı başlarından itibaren sermaye piyasası ile ilgili mevzuatta önemli ve hızlı değişikliklere rastlanmaktadır. T.C. Merkez Bankası 22 sayılı Karara ilişkin olarak yayınladığı 1 Nolu Tebliğinde, kâra ve zarara ortak olacak şekilde çıkarılacak tahviller için 'Kâr Ortaklığı Blegesi' kavramını kullanmaktadır (18). Bunun hemen ardından Bakanlar Kurulu, 25 sayılı Karara Ek Karar'ı yürürlüğe koymuştur (19). Bu Karar da 1. maddesinde «kâr ve zarara iştirakli kâr ortaklığı belgeleri...» ifadesini kullanmaktadır.

25 sayılı Karara Ek Kararın, kâr ortaklığı belgesi için zarara da ortak olunduğunu belirtmesinden sonra, Merkez Bankası 22 sayılı Karara ilişkin olarak 2 Nolu Tebliği yayınlamıştır (20). Bu Tebliğ, sözkonusu belgenin adını «Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi» olarak kabul etmiştir.

Bundan iki yıl kadar sonra Ser. Piy. Kur. tarafından yayınlanan Seri: III, No: 2 Tebliği de belgeyi «Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi» olarak kabul etmiş ve fakat kısaltma olarak KOB kullanmıştır.

Şimdi, yukarıda anlatılan gelişme evreleri dikkate alındığında şu sonuca varılabilir: Belgeye kâr ortaklığı belgesi denildiği dönemlerde, KOB olarak kısaltma kullanmak hatalı olmuyordu. Oysa anılan Merkez Bankası Tebliği, bu belgeye zarara katılma unsurunu da eklemiştir. Böylece belgenin adı ve kapsamı genişlemiştir. Dolayısıyla; KOB kısaltmasının bu belgeyi tam olarak ifade ettiği söylenemez. Buna ek olarak, 2499 sayılı SPK'nun 1. maddesi ve 3. maddesinin (b) bendine dayanılarak Ser. Piy. Kur. tarafından yayınlanan Seri: III, No: 2 Tebliği de «Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi»ni bu adla kabul etmiştir (21).

Bütün bunlardan dolayı bu belgeye kısaca KZOB denmesi daha uygun olur (22). Aksi halde, KOB olarak kısalttığımızda bunun içine zarar kavramının da dahil olduğunu ayrıca belirtmek gerekebilir. Bu gerekçelerle çalışmanın bundan sonraki kısımlarında kâr ve zarar ortaklığı belgesi kısaca KZOB olarak belirtilecektir.

D — Amaç

Bugün, dünyadaki değişik ülkelerde değişik dinî, ekonomik ve sos-

KHK'nin 3. maddesinin (c) bendinde ve dolaylı olarak 7. maddesinde muhafaza edilmiştir.

(17) Bu konuda benzer görüş için bkz.
KUNTALP: Ortaklık, sh. 3.

(18) Tebliğ metni için bkz. R.G. 15.1.1982 sayı 17575.

(19) Ek Karar metni için bkz. R.G. 12.3.1982 sayı 17631.

(20) Tebliğ metni için bkz. R.G. 15.6.1982 sayı 17725.

(21) Bkz. TUNCER: age., sh. 249.

(22) Aynı yönde bkz. TUNCER: age., sh. 249.

yal sistemler yürürlükte bulunmaktadır. Bunların doğal sonucu olarak da, sistemin işleyişinde farklı kurumlardan yararlanılmaktadır. Bu farklı kurumlar içerisinde, hukukî kurumlara da rastlamak mümkündür.

İslâm dini, faizi kesin olarak yasaklamaktadır. Durum böyle olunca, İslâm dini kurallarına uygun olarak gelir elde etmek isteyen mümin kimseler, tasarruflarını, faiz getirecek yatırım alanlarına yatırmamaktadırlar. Yatırıma yönelmeyen bu tasarruflar da ya küçük çapta ticari işletmelerle semerelendirilmeye çalışılmakta, ya da buna dahi imkân veya cesaret bulamayanlar tarafından - halk arasındaki tabirle - yastık altlarında saklanmaktadır. Bu ikinci durum özellikle ülkemiz açısından, yakın geçmişe kadar yoğun, son yıllarda ise kısmen geçerliğini sürdürmüş ve sürdürmektedir. İşte, atıl durumdaki bu tasarrufların değerlendirilmesi amacıyla KZOB ihdas edilmiştir.

KZOB çıkarılmasıyla ilgili, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri: III, No: 2 Tebliğinin başlangıcında da belirtildiği gibi, bu Tebliğ SPK'nun 1. ve 3. maddeleri uyarınca çıkarılmıştır. SPK'nun 1. maddesi, Kanunun genel olarak konu ve amacını belirtmektedir. Anılan madde aynen şöyledir:

> **«Bu kanunun konusu, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemektir.»**

Yine SPK'nun 3. maddesinin (b) bendi de, menkul kıymetleri tadadi şekilde belirlemiştir. Buna göre menkul kıymetler, ortaklık ve alacaklılık sağlayarak, belli bir meblağı temsil eden hisse senetleri, tahviller ve Hazine bonoları gibi kıymetlerdir. Görüldüğü gibi Kanun 'gibi' sözcüğünü kullanarak, bu Kanun kapsamına giren menkul kıymetleri tahdit etmemiştir.

Görülüyor ki devlet, gelişmiş ekonomilerde önemli bir yeri olan sermaye piyasasını düzenleyerek, kontrol altında tutmak istemektedir. Bu düzenleme ile amaçlanan ise SPK'nun 1. maddesinde belirtildiği gibi halkın iktisadî kalkınmaya yaygın bir şekilde katılmasını sağlamaktır (23). Bunu yaparken de sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık özelliklerinin daima varolmasına özen gösterilecektir. Böylece hem piyasa denetlenerek düzenli gelişmesi sağlanacak, hem tasarruf hasiplerinin hakları ve yararları korunacaktır (24).

---

(23) Aynı yönde bkz.
AKMANSU: Sermaye Piyasası Kanununun Getirdikleri, Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 23 - 24.

(24) Bkz. AKMANSU: agt. sh. 23 - 24.

Özetleyecek olursak; KZOB ile gerçekleştirilmek istenen amaç şudur: Nüfusunun tamamına yakın bir kısmı müslüman olan ülkemizde mümin vatandaşlarımız, faiz elde etmekten kaçındıkları için bankalardaki mevduat hesaplarına, tahvillere, hazine bonolarına ve bunlara benzer yatırım araçlarına yatırmak istemediklerinden, atıl durumda bıraktıkları tasarruflarını, bu tereddütlerini ortadan kaldıran araçlarla yatırım alanlarına çekmek hedef alınmıştır. Amaçlanan bu hedeflere ulaşabilmek için de, faize alternatif olarak KZOB sahibinin işletme kâr etmişse kârına, zarar etmişse zararına katılması esası kabul edilmiştir (25).

E — KZOB'nin İktisadî ve Hukukî Önemi

Hızla gelişmekte olan ülkemizde, gelişme belirtileri her alanda olduğu gibi sermaye piyasası alanında da kendini göstermektedir. Dolayısıyla, bu gelişmelere paralel olarak mevcut sermaye piyasası araçları ihtiyaçlara tam cevap verememektedir. Bu eksiklikten dolayı, yeni araçlar geliştirilmeye çalışılmaktadır. KZOB de bu çalışmalar sonucunda sermaye piyasası araçları arasına katılmıştır.

Sermaye piyasasının iktisadî ve hukukî olmak üzere iki yönü vardır. KZOB'nin önemini bu iki yönden ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

1 — KZOB'nin İktisadî Önemi

Üretime ve yatırıma yönelmeyen insanlar, kazandıkları paraların, zorunlu saydıkları ihtiyaçlarına harcadıklarından fazlasını, daha iyi şartlarda hayat düzeyi sağlamalarına yardımcı olması için biriktirmek isterler. Ayrılan bu paralara tasarruf diyoruz. Tasarruflar ya bir köşede bekletilir ya da yatırıma yöneltilerek zaman içinde artırılmaya çalışılır. İkinci durum, tasarrufların değerlendirilmesi açısından özlenen ve olması gereken durumdur. Birinci durum ise enflasyonun olmadığı dönemlerde paranın ancak değerini korumasını sağlar. Enflasyon dönemlerinde ise bunu dahi sağlamaz. Gün geçtikçe değerinden birşeyler kaybeder.

Tasarruflar, ülke kalkınmasında, yatırımların gerçekleştirilmesinde çok önemli bir kaynaktır. Bu sebeple, bu kaynağın maksimum düzeyde kullanılması gerekir. Ülkemiz açısından tasarruf bilincinin tam anlamıyla yerleşmiş olduğu söylenemez. Ayrıca, tasarrufların değerlendirilmesinde de, akılcı olmayan yöntemlere başvurulmaktadır (26). İşte KZOB, bu

---

(25) Aynı yönde görüşler için bkz.
KUNTALP: Ortaklık, sh. 5 vd.
TUNCER: age., sh. 249 - 260. Ayrıca bkz. TUNCER: agm.
GÜNAL: Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi, Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 139 vd.

(26) Bkz. yuk. 1, D - Amaç, sh. 292 - 294.

tür atıl tasarrufların bir kısmının da olsa ekonomiye katkısını gerçekleştirebilecek bir araçtır.

KZOB'nin iktisadî önemi iki taraflıdır. İlk olarak tasarruf sahipleri için önemlidir. Çünkü tüm tasarruf yöntemlerinde ve araçlarında olduğu gibi KZOB de büyük bir ihtimalle gelir getirecek ve tasarruftan amaçlanan hedefe ulaşmaya yardım edecektir. Bununla beraber, çok düşük bir ihtimalle de olsa işletmenin zarar edebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir. Olumsuz bir etki de olsa, bunu iktisaden önemsiz sayamayız. Çünkü bu tür yatırımların zarar etmesi, tasarruf sahiplerini, yapacakları yatırımlardan caydırır. Dolayısıyla, ülke ekonomisi açısından istenmeyen sonuçların doğmasına yol açar.

İkinci olarak KZOB, belgeyi çıkaran A.Ş. için önemlidir. Çünkü şirket bu yolla ihtiyacı olan finansmanı sağlayacaktır. Bunu sağlarken, her halûkârda ödemek zorunda kalacağı bir faiz yükümü altına girmeyeceğinden dolayı, zarar da etse faiz ödeme rizikosundan kurtulmuş olacaktır. Çünkü işletmeler kural olarak kâr etmek için kurulur. KZOB sahibine ödenecek olan gelir payı, işletmenin kârı ile doğru orantılı olacağından, az kâr edilmesi durumunda ucuz kredi, çok kâr edilmesi durumunda pahalı kredi kullanılmış olacaktır (27). İşletme bazen zarar da edebilir. Eğer zarar sözkonusu ise KZOB sahibi de zarara katılacağından, A.Ş.in zararı biraz olsun hafifleyecektir.

Bunları bir bütün olarak ele aldığımızda ülke açısından tasarrufların üretime ve yatırıma yönlendirilmesi, kredi alış verişinin belirli bazı zümrelerce de benimsenmesini sağlamak bakımından KZOB'nin iktisadî önemi - sınırlı da olsa - mevcut bulunmaktadır.

2 — KZOB'nin Hukukî Önemi

KZOB, iktisadî yönden olduğu gibi hukukî yönden de bazı özelliklere ve öneme sahip bulunmaktadır. Herşeyden önce, ülkemizde menkul kıymet kavramı yeterli olgunluğa ulaşamamıştır. Bu yetersizlik, hem menkul kıymet türlerinin düzenlenmemesinden, hem mevcut menkul kıymetlere yeterince yatırım yapılmamasından kaynaklanmaktadır. İkinci sebebin kaynağında da menkul kıymetlerin halkımıza gereği gibi tanıtılamamış olması yatmaktadır (28). Bu sebeplerle KZOB, mevcut menkul kıymetlere yeni bir tür olarak eklenmiş bulunmaktadır (29). KZOB'nin hitap ettiği

---

(27) Bkz. GÜNAL: agt. Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 146.
(28) Aynı yönde görüşler için bkz. ÖZAKAT, KURAN, REİSOĞLU, EROĞUZ: Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 404, 412, 416.
(29) Bkz. GÜNAL: agt. Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 147.

zümre sınırlı gibi görünse de herkes tarafından alınabileceğinden, genelde tüm tasarruf sahiplerine hitap etmektedir.

İkinci olarak, sözkonusu dayanağını 30 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda bulan belge, SPK'na dayanarak tebliğ ile düzenlenmiş olduğundan, sonradan farkına varılabilecek herhangi bir eksikliğin eklenmesi, yanlışlığın düzeltilmesi kolayca mümkün olabilecektir (30).

KZOB, hukukî mahiyeti icabı, ortaklık ilişkisine çok benzemektedir (31). Ayrıca, belge olarak kullanma kolaylığına da sahip bulunmaktadır. Aradaki bu benzerlikten dolayı - uzak bir ihtimal olmasına rağmen KZOB'nin ülkemizde yerleşmiş olduğu bir an için düşünülürse, bu yerleşmenin hisse senedi piyasasının müstakbel gelişmesine yardım edebileceği sonucuna ulaşılabilir (32). Bunun aksi olarak, eldeki mevcut aracın piyasaya yerleştirilmesi iddiası ileri sürülebilir. Her iki görüşün de haklı yönleri vardır. Bu konuya sonuç bölümünde ayrıca değinilecektir (33).

II — KZOB KAVRAMININ TÜRK HUKUKUNDA DOĞUŞU VE GELİŞMESİ

A — Genel Olarak

Yukarıda kısaca bahsedilen KZOB Türk hukukunda 22 sayılı Bakanlar Kurulu Kararından sonra tartışılmaya başlanmıştır (34). Ancak bu Kararda öngörülen belge (Kâra İştirakli Tahvil) teorik olarak tam bir açıklığa kavuşturulamadığı için eleştirilmiştir. Anılan belge uygulamaya da konulamamıştır. Ancak KZOB'ne geçişte birinci basamağı oluşturmuştur. Ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılardan kurtulmak için yurda döviz girişinin artırılması yolları aranmıştır. Bu yollardan biri de, faize alternatif olarak kabul edilen 'kâr ortaklığı' esasıdır. Bu esasın 1975 yılında 13 sayılı KHK ile getirildiği yukarıda belirtilmişti (35). Fakat kâra iştirakli tahvil gibi bunun da uygulamaya aktarılmadığını belirtmek gerekir. Ta ki 1981 ve sonrasındaki düzenlemelre kadar.

Kâra iştirakli tahvil ve kâr ortaklığı esası uygulama alanı bulamadığı için, uzun süre güncelliğini yitirmiş bir durumda sadece mevzuatta varlığını sürdürmüştür. Nihayet 1980 yılından itibaren 1567 Sayılı Türk

(30) Karar metni için bkz. R.G. 7.7.1984 sayı 18451.
(31) KZOB - Ortaklık ilişkisine ileride ayrıca değinilecektir. Bkz. aşa. sh. 300-303.
(32) Bkz. GÜNAL: agt. Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 147.
(33) Bkz. aşa. sh. 308 - 310.
(34) Bkz. yuk. sh. 288 - Genel Açıklamalar - I, A.
(35) Bkz. yuk. sh. 291 - Teminoloji -, I, C.

Parası Kıymetini Koruma Kanunu'nda köklü değişikliklere girişilmesiyle, 1981'den sonra bu belgelere ilişkin olarak da bir diz karar alınmıştır (36). Türk Parası Kıymetinin Korunması Hakkındaki bu kararlar ile, kâra iştirakli tahvil ve kâr ortaklığı esası da tekrar güncel hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak da, alınan kararlar birbirini takip ederek bu iki belge birbirinden tamamen ayrılmıştır (37).

Kâra iştirakli tahvil TTK'nun 420 vd. maddelerinde zaten var kabul edilmekte ve bu sebeple de, 22 sayılı kararla parasal yönden düzenleme getirildiği ileri sürülmektedir (38). Kâra iştirakli tahvil batı ülkelerinde de kullanılmakta ve rağbet görmektedir (39). Ülkemiz açısından ise, kâra iştirakle yetinilmemiş, ortaklık kurumuna yaklaşmak amacıyla olacak ki, 'kâr ortaklığı' kavramı geliştirilmiştir. Oysa ortaklık dediğimiz zaman, birçok tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Zira, ortaklıktan sözedebilmek için sadece olumlu bir sonuç olan kârdan pay almak, tek başına yetersiz kalmaktadır. Ortaklık dendiği vakit daha güçlü, daha sıkı bir ilişki anlaşılmak gerekir. Bu sıkılıktan kasıt 'AFFECTIO SOCIETATIS' unsurunun varlığıdır (40). Mevzuatımız bu belgeyi kâr ortaklığı belgesi olarak da yetersiz bulmuş ve belki eleştirilerden de etkilenerek, kâr ortaklığının yanına zarar ortaklığını da eklemiştir (41). Zarara da ortak olunması hususu, herhangi bir ülke hukukundan veya uygulamasından etkilenmeksizin, İslâmî esaslara uygun olarak yaşamak isteyen kimselerin tasarruflarını değerlendirebilmek aamcıyla ihdas edilmiş, bu haliyle Türk hukukuna özgü bir sermaye piyasası aracıdır. Ancak, iktibas edilmiş olmasa bile, benzer hukukî kurum olan özel finans kurumlarının amacına uygunluk taşımaktadır. Bu uygunluğa rağmen her ikisi de farklı hukukî kurumları ifade etmektedir.

---

(36) Bu kararlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.
TUNCER: age., sh. 249 vd.
GÜNAL: agt. Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 139 vd.

(37) Bkz. Kâra iştirakli tahvil için Ser. Piy. Kur.nun
Seri: II, No: 7 (R.G. 13.11.1983 sayı 18220), KZOB için
Seri: III, No: 2 Tebliği (R.G. 13.12.1984 sayı 18604).

(38) Bkz. TEKİNALP: agm. sh. 2.

(39) Bkz. TEKİNALP: agm. sh. 3.

(40) Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.
KUNTALP: Ortaklık, sh. 21 vd.
TEKİNALP: agm. sh. 2, Ayrıca bkz. aşa. sh. 300 - 301.

(41) Bu konuda ilgili düzenleme için bkz.
T. C. Merkez Bankasının 22 sayılı karara ilişkin 2 Nolu Tebliği, R.G. 15.6. 1982 sayı 17725.

B — Kavramsal Gelişimi

1 — Kâra İştirakli Tahvil ve Hukukî Niteliği

Bilindiği gibi kâra iştirakli tahvil, faize dayalı tahvillerden farklı olarak, verilen kredi karşılığında, o kredinin kullanıldığı faaliyetten elde edilen kazancın bir kısmını, medenî semere olarak almaya hak kazanan senetlerdendir. Faizle birlikte veya tek başına kâr payı olarak kullanılması mümkündür.

Ser. Piy. Kur.nun Seri: II, No: 7 Tebliğinin 2. maddesi bunun üç tür uygulamasını göstermektedir (42).

a) Maktu bir faiz ve buna ek olarak, tahvil tertibi için belirlenen kâr payı yüzdesine göre hesaplanan tutardan tahvile düşecek payın ödenmesi,

b) Kâr payının maktu faizden daha az olması halinde, maktu faiz ödenmesi; maktu faiz getirisine eşit veya daha fazla kâr payı tahakkuk etmişse, kâr payının ödenmesi,

c) Maktu bir faiz öngörülmeksizin, tahvil tertibi için belli edilen kâr payı yüzdesine göre hesaplanan tutardan tahvile düşen payın ödenmesi.

Bunlardan gerçek anlamda kâra iştirakli tahvil olanları, üçüncü kategoriye girenleridir. Diğer iki çeşidi, senet sahibine asgari düzeyde bir faize ek olarak, kârden pay vermekte veya iki tür gelirden hangisi yüksekse onu vermektedir.

Daha önce de belirtildiği gibi, genel anlamda kâra iştirakli tahvil, TTK tarafından açıkça yasaklanmadığı için, bu Kanun kapsamında varolduğu doktrinde kabul edilmektedir (43). Bu sebeple de, hukuken tahvil olarak nitelendirilmesinde hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Gerçi 22 sayılı Kararda öngörülen kâra iştirakli tahvil, kamuoyuna 'kâr ortaklığı' deyimi ile tanıtılmıştır; ama bu iştirake teknik anlamda ortaklık ilişkisi diyemeyiz. Çünkü TEKİNALP'in de belirttiği gibi, tahvil sahiplerine sadece şirket kazancına katılma hakkı tanınması, bu katılmanın ortaklık anlamına geldiğini göstermez (44). Zira burada taraflardan birinin tek hakkı ve imkânı kâra katılmaktır. Bu ise, ortaklığın birlikte getirdiği hak ve yükümlerin sadece bir kısmını oluşturur. Asıl önemli olan, affectio societatis unsurunun varlığıdır ki, kâra iştirakli tahvillerde bu unsura rastlanmamaktadır.

---

(42) Tebliğ metni için bkz. R.G. 13.11.1983 sayı 18220. Ayrıca bkz. TEKİNALP: agm. sh. 11.

(43) Bkz. yuk. II, A, sh. 297.

(44) TEKİNALP: agm., sh. 3.

Salt kâra iştirakli tahvillerde işletmenin kâr etmesi ortak menfaat olarak dikkat çekiyor; ama sadece bu ortak menfaatin varlığı, amacın da ortak olduğu anlamına gelmez (45). Yani ortaklık ilişkisinden sözedilemez.

2 — Kâr Ortaklığı Belgesi ve Hukukî Niteliği

Bu kısımda, kâr ortaklığı belgesinde sadece kâra katılmanın bulunduğu varsayılarak nitelendirme yapılacaktır. Çünkü, kârın yanında zararın da bulunması hali, bir sonraki kısımda KZOB açısından incelenecektir.

Burada kâra iştirakli tahvilden bir basamak daha ileri gidilmektedir. Çünkü, isteyerek veya istemeyerek, senede 'Kâr Ortaklığı Belgesi' denmiştir. Bu durum, belgede ortaklığın unsurlarının bulunup bulunmaması bakımından, çeşitli ihtimallere yer vermeyi gerektirmektedir (46).

Bu ihtimallerden birisi, ortaklık ilişkisinin var olup olmadığıdır. Teknik anlamda ortaklık kavramı öyle bir hukukî anlam ifade etmektedir ki, 'bu ilişki ortaklıktır' dediğimiz zaman, sözkonusu ilişkinin bünyesinde bazı zorunlu unsurları bulundurması gerekmektedir. Bunların başında, ortakların amaç birliği içinde olmaları gelmektedir. Gerçekten, BK'muzun 520. maddesinin birinci fıkrası «şirket, bir akittir ki onunla iki veya ziyade kimseler, sâylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler.» diyerek, amaç birliğini ortaklığın zorunlu unsuru haline getirmiştir. Bundan başka, BK'nun 526. maddesi gereğince, adi ortaklıkta ortak olan kişi rekabet yasağına uymak zorundadır. Oysa, kâr ortaklığında bunu göremiyoruz. Kâr ortaklığında sadece kredi verilmekte ve kârdan bir pay alınmaktadır. Bu sebeplerle, kâra iştirakli tahvillerde olduğu gibi, kâr ortaklığı belgesinde de tam anlamıyla bir ortaklık ilişkisinden sözedilemez.

İkinci ihtimal, ilişkinin sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi olabileceğidir. Sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi, sonuca katılmalı borç ilişkisinin bir türüdür (47). Sonuca katılmalı borç ilişkilerinin en belirgin örneği, hasılat kirasıdır (BK. md. 270 vd.). Burada kira bedeli, elde edilecek ürünün belirli bir oranıdır. Ürün elde edilemezse, kira bedeli de verilmeyecektir. Benzer durum, BK'nun 323. maddesinin ikinci fıkrasında, hizmet akdi için kabul edilmiştir. Anılan fıkraya göre, iş sahibi işçiye ücret-

(45) Ayrıntılı bilgi için bkz.
KUNTALP: Ortaklık, sh. 18.
KUNTALP: Ödünç, sh. 13 vd.
(46) Bilgi için bkz. KUNTALP: Ödünç, sh. 4.
(47) Bilgi için bkz. KUNTALP: Ödünç, sh. 5.

le birlikte kârdan bir hisse de verebilecektir. Doğaldır ki, bunun için tarafların anlaşmış olmaları gerekmektedir. Her ikisinde de yapılan iş sonucu, elde artı bir değer varsa taraflar bununla yetineceklerdir. Artı değer yoksa bu olumsuz sonuca da katlanmaları gerekmektedir.

Kâra iştirak konusunda, TTK'nun 143. maddesinin son fıkrası önemli bir hüküm taşımaktadır. Gerçekten, anılan fıkraya göre, ticari işletmelerde hizmet karşılığı olarak verilecek ücretin, kısmen veya tamamen kâra iştirak suretiyle ifası kararlaştırıldığı takdirde, bu kayıt memur ve müstahdemlere ortak sıfatını vermeyecektir. Görüldüğü gibi TTK, ortaklık ile kâra iştiraki birbirinden ayrı olarak ele almaktadır.

Bu açılardan bakıldığında, zarara katılma özelliği taşımayan kâr ortaklığı belgesi, BK'nun 307. maddesinin ikinci fıkrasının, faizi, ödüncün zorunlu unsuru saymamasının da desteğiyle, sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi olarak kabul edilmelidir (48). Zira kredi verilecek, işletme bu faaliyetten kâr ederse kârdan pay verilecek, kâr etmez veya zarar ederse kredi veren kişi anaparasını almakla yetinecektir.

3 — Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesi

Asıl karışıklığa yol açan husus, aradaki kredi ilişkisine zarar sonucunun da bağlanması halinde ortaklık mı, yoksa başka bir ilişkinin mi bulunduğu hususudur.

Başlangıçta kâra iştirakli tahvil ile KZOB'nin kaynağının aynı olması, bu ilk düzenlemelerin acele ile hazırlanmasından kaynaklanmaktadır (49). Zira birisinde zarara katılma unsuru vardır, diğerinde ise yoktur. Bu fark bizi çok değişik sonuçlara ulaştırabilecek niteliktedir. Nitekim, daha sonraki düzenlemelerle bu iki kurum birbirlerinden tamamen ayrılmışlardır. Her ikisi de bugün için yürürlük sahası aramaktadır. Aynı belgeler olsalardı, herhalde ikisinden birine hayat hakkı tanınmazdı.

C — Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgesinin Hukukî Niteliği

Taraflar açısından KZOB, kâra iştirakli tahvillere göre daha sıkı bir ilişkiyi gerektirmektedir. Zira sonuçta zarara da ortak olunacağı belirtilmektedir. İşte, bu zarara ortaklık unsuru KZOB'ni ödünçten uzaklaştırarak, adi şirkete yaklaştırmaktadır. Ancak, adi şirketle ilgili olarak BK'nun 520. maddesine bakıldığında, birtakım unsurların varlığının arandığı görülmektedir. Bu unsurlardan önemli birisi de, affectio societatis'tir. Hukukçularca savunulan görüşe göre affectio societatis unsurunun bulun-

(48) Bilgi için bkz. KUNTALP: Ortaklık, sh. 18 - 19.
(49) GÜPGÜPOĞLU: «Kâr Ortaklığı Belgeleri», Milliyet 13.10.1982, sh. 2.

maması halinde, adi şirketten sözedilemez (50). Gerçekten, Yargıtay 13. HD. 1980/6387 Esas, 1980/6111 Karar sayılı ve 24.11.1980 tarihli bir kararında «... Bu ögenin bulunmaması sözleşmeyi, sonuca katılmalı hizmet ya da ödünç gibi öteki tür sözleşmelere kaydırır.» şeklinde bir ifade kullanarak, adi şirket sözleşmesinde affectio societatis unsuruna ne derece önem verdiğini açıkça ortaya koymuştur (51). Burada anlatılanlardan dolayıdır ki KZOB, adi şirketten, affectio societatis unsurunun bulunmaması sebebiyle ayrılmaktadır.

KZOB'nin ortaklık ilişkisinden mi, yoksa sonuca katılmalı borç ilişkisinden mi kaynaklandığının tespitine geçmeden önce, anılan belgeyi hisse senedi ile karşılaştırmak yararlı olacaktır.

1 — KZOB ile Hisse Senedinin Karşılaştırılması

Kıymetli evrak niteliğine sahip olarak, anonim ve paylı komandit şirketlere özgü olup, diğer ticaret şirketlerinde sözkonusu olmayan hisse senetlerine, TTK'nun birçok maddelerinde yer verilmiş olmasına rağmen bir tanımı yapılmamıştır (52). TTK'nun değişik maddelerinde hisse senetlerinin değişik özelliklerinden sözedilmektedir. Örneğin, 413. madde, hisse senetlerinin özel şekil şartlarından sözetmektedir. Ayrıca 409, 415 ve 416. maddeler de hisse senetlerinin kıymetli evrak özelliğinden sözetmektedir. Bunlardan başka, 476. maddenin II. fıkrası da, I. fıkradaki hususların dışında, aksine hüküm bulunmadıkça, anonim şirteklere ilişkin hükümlerin, paylı komandit şirketlere de uygulanacağını belirtmektedir. Bu durumda, hisse senetleri bakımından bu iki şirket arasında fark bulunmaktadır.

a) Türleri Bakımından

TTK tedavül yeteneği bakımından kıymetli evrakı üç gruba ayırmıştır: Gerçekten, 566. madde 'nama', 570. madde 'hamiline' ve 736. madde de 'emre' yazılı senetler olarak bir ayırım yapmışlardır. Bir kıymetli evrakın tedavül edebilmesi için, bu üç türden birine girmesi gerekir.

Hisse senetlerinin türleri bakımından ise TTK'nun 409. maddesi bir sınırlama getirmiştir. Bu madde hükmüne göre, hisse senetleri ancak hamiline veya nama yazılı olbilir. Yani, hisse senedi emre yazılı olarak düzenlenemeyecektir. Aynı maddenin II. fıkrası, esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça hisse senetlerinin nama yazılı olacağını belirtmiştir.

(50) KUNTALP: Ortaklık, sh. 21.
(51) Karar için bkz. YKD, c. 7, s. 11, Kasım 1981, sh. 1454.
(52) İlgili TTK maddelerinden bazıları 145, 313, 399, 419.

b) Devir Yolları Bakımından

Devir yolları bakımından hisse senetleri de, diğer kıymetli evrakın devrini düzenleyen 559. maddeye tabi olacaktır. Buna göre, her halde senet üzerindeki zilyedliğin devredilmesi gerekir. Bundan başka, nama yazılı senetler için yazılı devir beyanına da ihtiyaç vardır.

Hisse senetlerinin devri bakımından TTK'nun 415. ve 416. maddeleri ayrıca hüküm getirmişlerdir. Hamiline yazılı senetlerin devri bakımından 415. madde herhangi bir fark getirmemiştir. Yani, 559. maddeye uygun olarak, devir için, hamiline yazılı hisse senedinin teslimini yeterli görmüştür. 416. madde ise nama yazılı hisse senedinin devrini düzenlemektedir. Anılan maddenin I. fıkrası, bu tür hisse senetlerinin devredilebilmesi için, şirket esas sözleşmesinde devri engelleyen bir hükmün bulunmaması şartını aramaktadır. Bundan başka, aynı maddenin II. fıkrası uyarınca, bu tür hisse senetlerinin devrinin şirkete karşı hüküm doğurabilmesi için pay defterine kaydedilmesi gerekir.

DOMANİÇ, hisse senetlerinin unsurlarını da dikkate alarak bir tanım vermiştir. Yazara göre hisse senetleri; anonim ve paylı komandit şirketlerde payları temsil etmek üzere şirketçe düzenlenen, şekil şartlarına tabi, kıymetli evrak niteliğinde belgelerdir (53).

KZOB ile karşılaştırmak açısından hisse senetlerinin ayırıcı özelliği 'payları temsil ediyor olması'dır. Gerçekten, hisse senetleri, sahibine, ortağı bulunduğu şirketin faaliyetlerinde söz sahibi olmalarını sağlamaktadır. Her hisse senedi belirli bir payı temsil etmekte ve sahibinin şirket kararlarına katılma hakkını vermektedir. Sahibine verdiği bu hak ve yetkiler hisse senetlerini KZOB'nden ayırmaktadır. Zira, hem hisse senedi sahibi, hem KZOB sahibi, şirketin kâr ve zararına katılır. Ancak, hisse senedi sahibinin şirkette oy hakkı bulunmasına rağmen KZOB sahibinin böyle bir hak ve yetkisinden söz edilememektedir. Bu fark da KZOB'ndeki hukukî niteliği, ortaklık ilişkisinden uzaklaştırmaktadır.

Bundan başka, TTK'nun 329. maddesi, A.Ş.in kendi hisse senetlerini kural olarak iktisap edemeyeceğini belirtmektedir. Oysa KZOB kural olarak, önceden belirlenen vade sonunda, şirket tarafından iktisap edilecek ve şirketin bu dönem sonundaki durumuna göre, sahibine anapara ile birlikte kâr payı verilecek veya zarara katlandırılacaktır.

KZOB'nin oy hakkından yoksun hisse senedine benzediği varsayımı akla gelirse de, TTK'nun 373. maddesinin I. fıkrası bunu bertaraf etmektedir. Gerçekten, anılan fıkra uyarınca, her payın bir oy hakkı vardır. Oy-

(53) DOMANİÇ: Kıymetli Evrak Hukuku, sh. 520.

suz pay düzenlenemez. Hal böyle olunca, bazı yabancı hukuklardan - örneğin, Amerikan hukuku - farklı olarak, Türk hukukunda oydan yoksun hisse senedinin kabul edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır (54).

Bu açıklamalardan sonra KZOB'nin temelindeki hukukî ilişkinin ne olduğu sorusuna bir cevap bulmak gerekir.

Geriye doğru bir göz atıldığında, KZOB'nin, gerek sonuca katılmalı borç ilişkisine, gerek ortaklık ilişkisine yakın olduğu dikkati çekmektedir. Bunun sonucu olarak, KZOB'ni mutlak olarak ortaklık veya ödünç ilişkisine yerleştirmek mümkün olmamaktadır. Mutlaka herhangi bir noktada, her ikisinden de farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Bütün bunlar birlikte dikkate alındığında, ortaklık ilişkisinden daha kesin çizgilerle ayrıldığı için, KZOB'nin sonuca katılmalı ödünç ilişkisi içinde yer aldığını kabul etmek daha isabetli olacaktır.

2 — KZOB'nin Tanımı

TEKİNALP, KOB olarak kısalttığı kâr ve zarar ortaklığı belgesini; «Sahibine bir anonim şirketin bütün faaliyetlerinin veya belirli bir girişiminin kâr ve zararına katılmayı sağlayan, kıymetli evrak niteliğinde alacak senedidir» şeklinde tanımlamaktadır (55). KUNTALP ise, «Anonim şirketin, iştigal sahasına giren tüm faaliyetlerinin finansmanını sağlamak üzere, kendisine faizsiz kredi verenler için ihraç ettiği bir kıymetli evrak olup, belge sahibine şirketin kâr etmesi halinde bundan belirli bir pay almak hakkını verdiği gibi şirketin zarar etmesi halinde ise buna belirli bir oranda katılmak yükümlülüğü getirir.» şeklinde bir tanım vermektedir (56).

Bu iki tanımı birlikte ele alarak, KZOB'nin özelliklerini şöyle sıralamak mümkündür :

a) KZOB, bir anonim şirketin iştigal sahasına giren bir kısım veya tüm faaliyetlerin finansmanı için çıkarılabilir.

b) KZOB, anonim şirkete faizsiz kredi verenler için çıkarılır. Bunun için, KZOB'nde faiz öngörülemez.

c) KZOB, sahibinin, anonim şirketin o krediyle ilgili faaliyetinden kâr edilmişse, bu kârdan bir pay almaya hak ve yetkisi vardır. Fakat zarar edilmişse, belge sahibi bu zarara da katlanmak zorundadır.

---

(54) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu) : age., sh. 371, 548.
(55) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu) : age., sh. 560.
(56) KUNTALP: Ortaklık, sh. 17.

d) KZOB, bir kıymetli evraktır. Bu husus, kıymetli evrakın tanımını veren TTK'nun 557. maddesinden çıkarılmaktadır. Gerçekten, anılan madde genel bir tanım vermekle yetinmiştir. KZOB ile ilgili özel düzenlemelerde, belgenin kıymetli evrak olma özelliğiyle ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, bu düzenlemelerde KZOB, menkul kıymet olarak belirlenmiştir (57).

TTK'nun 557. maddesinin bu genel tanımı karşısında doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Daha açık bir deyişle, TTK'nda yer alan kıymetli evrakın, tahdidî olup olmadığı konusunda yazarlar arasında birlik bulunmamaktadır. En açık şekilde POROY'un savunduğu bir görüşe göre, TTK'nun kabul ettiği sistemde kıymetli evrak tahdidîdir, Kanunda belirlenenler dışında, yeni kıymetli evrak ihdas edilemez (58). Doktrinde bu görüşün karşısındaki düşünceyi savunan yazarlara göre ise, TTK'nun 557. maddesinde belirtilen genel şartlara uygun olan senetleri kıymetli evrak olarak kabul etmek gerekir (59). Gerçekten, ikinci görüşün savunucularından KARAYALÇIN, '... bu umumî tarife girebilen her senet kıymetli evrak sayılır.' ifadesini kullanarak, açıkça birinci görüşü reddetmektedir (60). Kanaatimizce, bazı kararlarıyla Yargıtay'ın da desteklediği ikinci görüş daha isabetli gözükmektedir (61). Gerçekten, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16.3.1982 tarih ve Esas 1981/5485, Karar 1982/1092 sayılı bir Kararında, hamiline yazılı vadeli mevduat cüzdanını, yukarıda sözü edilen görüşü destekler nitelikte olarak, kıymetli evraktan saymıştır (62).

İkinci görüşü kabul ettiğimize ve her menkul kıymet de kıymetli evrak olduğuna göre, SPK ve ilgili tebliğlerde menkul kıymet olarak nite-

---

(57) Bu konuda bkz. Kurul'un Seri: V, No: 1 Tebliği md. 2.

(58) POROY: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 1987, sh. 34 - 35. Aynı görüşte, İMREGÜN: age., sh. 589.

(59) Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları için bkz.
KARAYALÇIN: Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara 1970, sh. 16 - 17.
DOMANİÇ: Kıymetli Evrak Hukuku, sh. 24.
ÖZTAN: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976, sh. 123 - 124.
DOĞANAY: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, II. Cilt, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1981, sh. 1331.
GÜRBÜZ: «Banka Mevduat Sertifikaları ve Hamiline Mevduat Cüzdanları Kıymetli Evrak Niteliğindedir,» YD, c. 8, s. 4, Ekim 1982, sh. 600 - 637.

(60) KARAYALÇIN: age., sh. 16 - 17.

(61) Yayınlanmamış olan iki kararla ilgili olarak bkz. GÜRBÜZ: agm., sh. 617.
Karar tarih ve numaraları;
Yargıtay 11. HD. 22.10.1981 gün ve E. 1981/4526 K. 1981/4445.
Yargıtay 11. HD. 22.10.1981 gün ve E. 1981/4403 K. 1981/4347.

(62) Kararla ilgili olarak bkz. YKD. c. 8, s. 5, Mayıs 1982, sh. 673 - 675.

lendirilen KZOB'nin de bir kıymetli evrak olduğunu söylemek gerekecektir.

Gerçi KARAYALÇIN, menkul kıymetleri 'bir sermayeyi temsil etmesi sebebiyle, alacak ve hisse senetleri grubuna dahil olan ve sahibine uzun vadeli irat getiren kıymetli evrak' şeklinde tanımlamaktadır, ama Kurul'un Seri: V, No: 1 Tebliğinin 2. maddesi, vade farkı gözetmeksizin, tüm KZOB'ni SPK uygulaması açısından menkul kıymet olarak kabul etmiştir (63).

3 — KZOB'nin Özellikleri

a) Sermaye Piyasası Aracı Olma Özelliği

Genel olarak piyasa, arz ve talebin karşılaştığı yerdir.

Para piyasası, kısa vadeli fon arz ve talebinin karşılaştığı piyasadır.

Sermaye piyasası ise, orta ve uzun vadeli fon arz ve talebinin karşılaştığı piyasayı ifade eder.

Vadelerin kısa, orta ve uzun olması ise zaman içinde değişebilmektedir. KZOB'nde vade açısından, Sermaye Piyasası Kurulunun Seri: III No: 2 Tebliğinin 3. maddesinin II. fıkrasına bakıldığında, alt sınır olarak 3 ay, üst sınır olarak ise 7 yıllık bir vadenin kabul edildiği görülmektedir. Acaba bu vade sınırlarıyla KZOB hangi piyasa içinde yer almalıdır?

Bu soruyu iki gerekçe ile destekleyerek 'KZOB sermaye piyasası içerisinde yer alır' şeklinde cevaplandırmak mümkündür.

Birinci gerekçe olarak; herşeyden önce KZOB, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenmiş ve çıkarılan tebliğlerle, vade farkı gözetilmeksizin, sermaye piyasasının bir aracı olarak kabul edilmiştir. Çünkü, menkul değerler, sermaye piyasası aracı olarak fonksiyonlarını yerine getirmektedirler. Ayrıca amaç, sermaye piyasasının düzenlenmesi ve geliştirilmesidir (SPK. md. 1).

İkinci gerekçe olarak ise; Tebliğin 3. maddesinin II. fıkrasında, KZOB'nin vadelerinin en az 3 ay olarak tespit edilmiş olmasına rağmen, bunun 7 yıla kadar da uzayabileceği düşünüldüğünde, anılan belgelerin orta ve uzun vadeli, dolayısıyla, sermaye piyasasının bir aracı olduğunu kabul etmek gerekir. Her ne kadar bu belgelerin mutlaka 7 yıl vadeli olarak çıkarılması gerekmediği iddiası ileri sürülebilirse de, uygun bir var-

(63) KARAYALÇIN: age., sh. 37.

sayım olarak, KZOB çıkaracak şirketlerin durumunu da dikkate alarak, ortalama vade üzerinde değerlendirme yapmak daha isabetli olacaktır.

b) Kâr Yanında Zararın da Varlığı ve Riziko Özelliği

KZOB'nde faiz kavramına yer verilmemiştir. Buna karşılık, faize alternatif olarak kâr payı verilmesi esas alınmıştır. Ancak, kâr payı, işletme ve ilgili faaliyetin kâr etmesi halinde sözkonusudur. Kâr edilmemişse, sistemin işleyişinden dolayı belge karşılığı bir gelir verilmesi de sözkonusu değildir. Hatta, zarar edilmişse, belge sahibi bu zarara da belgesinin nominal değeri ile sınırlı olmak şartıyla katlanacaktır. Gerçekten, Kurul'un yayınladığı Seri: III, No: 2 Tebliğinin KZOB'nde bulunması gereken bilgilere ilişkin I Nolu EK'inde, belgenin ön yüzünde «İşbu belge sahibi şirketin zarar etmesi halinde, şirketin zararına ortaktır.» ibaresinin bulunması, zorunlu bir unsur olarak aranmıştır.

Yukarıda sözü edilen, Tebliğin I Nolu ekindeki, zarara da katılma ve belgelere kâr garantisi verilemeyeceği hususu, anılan ekten daha önce, Tebliğin 3. maddesinin (c) bendinde açıkça ifade edilmiştir. Zaten eklerdeki bilgiler de, Tebliğde belirtilen hususları şeklî açıdan daha somut hale getirmektedirler.

III — KZOB SAHİPLERİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

KZOB iki yönlü bir senettir. İki yönlülükten kasıt, bir tarafında hakları diğer tarafında mükellefiyetleri taşıdığıdır. Gerçekten KZOB, yeni ve ilginç bir sermaye piyasası aracı olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır. Özellikle, zarara katılmanın da önemli bir unsur olarak kabul edildiği bu belgenin sahibine gerçek anlamda bir ortaklık hakkı vermemesi ve şirketin kararlarına katılamaması halkın rağbetini engelleyici rol oynayacaktır (64).

KZOB'yle ilgili Tebliğin 7. maddesinin ikinci fıkrasında, belgenin hak ve mükellefiyet getirdiği açıkça belirtilmektedir.

A — KZOB Sahibinin Hakları

a) Belge sahibinin ilk ve en doğal hakkı, kredi verdiği faaliyetin kâr etmesi durumunda, önceden belirlenen oranda kârdan bir pay istemek hakkıdır. Şirketler, faaliyetleri süresince belirli hesap dönemleri halinde

(64) Eleştiriler hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNAL: agt. Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 145 - 148.

periyodlar oluşturarak, mali durumlarını kontrol imkânı hazırlarlar. Bu hesap dönemi sonunda şirketin o dönemde kâr edip etmediği, kâr etmişse bunun miktarı ve ortakların elde edeceği kâr payı ortaya çıkacaktır. KZOB sahipleri de işte bu hesap dönemi sonunda, verdikleri kredinin kullanıldığı faaliyet sonucunda kâr edilmişse, önceden belirlenen oranda bu kârdan pay almaya hak kazanacaklardır. Bu durum vade sonundaki itfaya kadar böyle devam edecektir.

b) KZOB bir menkul kıymet olduğundan dolayı, belge sahibi bunu TTK'nda belirtilen devir şekillerine uymak şartıyla bir başkasına devredilebilecektir. Ayrıca, TTK tarafından kıymetli evrak sahiplerine tanınan tüm haklardan (kendi sınırları içinde) yararlanabileceklerdir.

B — KZOB Sahiplerinin Yükümlülükleri

a) Kârdan pay alma hakkının tersine, burada, ilgili faaliyetten zarar edilmesi durumunda, yine önceden tespit edilen oranda bu zarara katlanmak zorundadır. Sözkonusu katlanma, Tebliğin 16. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, en fazla belgenin nominal değeri kadar olacaktır.

b) KZOB sahibi kâr payı talep edebilmek için şirketin hesap dönemi sonuna kadar beklemek zorundadır. Daha önce şirketten kâr payı talep edemez. Bu dönem içerisinde ancak, elindeki belgeyi devrederek değerlendirebilir.

IV — KZOB'NİN UYGULAMASI

Teorik olarak ortaya atıldığı 1974 yılından bu yana, gerek kâra iştirakli tahvil ve gerek KZOB olarak yıllarca tartışılan, çok sayıda düzenlemelerle hukukumuza kazandırılmaya çalışılan bu belge ne yazık ki, ancak on yılı bulan bir aradan sonra uygulamaya konabilmiştir. Bu tarihten önce ise, bazı A.Ş. esas sözleşmelerinin bu yönde imkân verecek şekilde değiştirilmiş olduğu görülmektedir. Ama, buna rağmen, değişiklikler esas sözleşme metninde kalmış, yönetim kurulları bu yolda bir talebi Merkez Bankası veya Ser. Piy. Kurulna getirmemişlerdir. Bu dönemde bir bankerlik kuruluşunun A.Ş.leri, Merkez Bankası'nın 22 sayılı Karara ilişkin 1 Nolu Tebliği hükümleri uyarınca, 'Kâra ve Zarara Ortak-Kâra İştirakli Tahvil' çıkarmaya çağırmasına ilişkin bir gazete ilanına rastlanmaktadır (65). Ama bu girişim bir çağrıdan öteye gidememiştir. Bu ilandan kısa süre sonra patlak veren bankerler olayı, halkın banka ve bankerlere olan güvenini sarsmış ve sermaye piyasasını olumsuz olarak

(65) Bkz. Milliyet, 6.3.1982, sh. 9.

önemli ölçüde etkilemiştir. Dolayısıyla, KZOB çıkarılmaya cesaret edilememiştir.

Başarısız kalan bu tür girişimlerden sonra SPK, 30 sayılı Karar ve buna dayanılarak çıkarılan Seri: III, No: 2 Tebliği, KZOB'ni diğer düzenlemelerden kurtarılmış olarak yeniden ele almıştır. Bu düzenleme ile KZOB daha anlaşılır hale gelmiştir. Ekonomi ve sermaye piyasasındaki gelişmelerin de etkisiyle nihayet bir A.Ş. 8.1.1985 tarihli genel kurul kararlarıyla KZOB çıkarabilmek için 18.1.1985 tarihinde Kuruldan izin talebinde bulunmuşlardır (66). Kurul bu talebi inceleyerek, 27.2.1985 tarihinde gerekli izin belgesini vermiştir.

Buna göre bu A.Ş. 250.000.-, 500.000.- ve 1.000.000.- TL.ndan oluşan, üç kupür halinde, toplam 450.000.000.- TL.lık KZOB çıkarma işlemine girmiştir. Tamamı nama yazılı olan bu belgeler 9 ay vadeli idi. Kurulun satış için tanıdığı bir aylık satış süresi içinde bunların tamamı satılmıştır. Şirketin iştigal sahasına giren tüm faaliyetlerinin finansmanı için çıkarılan bu KZOB, 31.12.1985 tarihi itibarıyla itfa edilmişlerdir. Şirket ilgililerinden edinilen bilgilere göre, bu 9 aylık vade sonunda, tasarruf sahiplerine net yüzde 47.5 kâr payı dağıtılmıştır. Sözkonusu bu KZOB halka arzedilmeksizin çıkarılmıştır.

İlk defa çıkarılan bu KZOB'nin itfa edilmesi üzerine, aynı şirket, bu defa 7.3.1986 tarihli genel kurul kararlarıyla 21 ay vadeli, tamamı nama yazılı, toplam 750.000.000.- TL. tutarında, ikinci tertip KZOB çıkarmak için Kurula başvurmuştur. Kuruldan aldığı 19.3.1986 tarihli izin ile yine halka arzedilmeksizin çıkarılan belgeleri, tespit edilen 20.3.1986 ile 31.3. 1986 tarihleri arasında tamamen satmıştır Kupürlerin nominal değerleri de birinci tertipteki gibi korunmuştur.

Uygulamada aynı şirketin çıkardığı bu iki tertip KZOB'nden başkasına, henüz rastlanılmamıştır. 16.11.1987 tarihi itibarıyla Kurula ulaşmış yeni bir başvuru da yoktur.

V — SONUÇ VE ÖNERİLER

Ülkemiz ekonomisinde ve hukukumuzda 1974, özellikle 1981 ve sonrasındaki düzenlemelerle aktüel hale gelen KZOB'nin bu aktüalitesini daha çok teorik olarak koruduğu görülmektedir. Oysa amaç teorik olarak değil, pratik olarak sözkonusu belgenin ülke ekonomisine katkısını ve atıl kalan bir kısım tasarrufların bu doğrultuda yönlendirilerek kullanılmasını sağlamaktır.

(66) KZOB çıkaran şirket, İhlâs Matbaacılık ve Dağıtım A.Ş.

Bu şartlar altında düşünüldüğünde, kapsamlı bir amaç için ihdas edilen KZOB, henüz amacı gerçekleştirebilme noktasına ulaşmış değildir. Bunda da çeşitli sebepler rol oynamaktadır.

Bu sebeplerin başında, anılan belgenin henüz yeni olması gelmektedir. Kabul etmek gerekir ki, sermaye piyasasında çok daha önceden mevcut olan, en önemli araçlardan sayılan tahviller ve hisse senetleri dahi tam anlamıyla yerleşebilmiş değildir (67). Tahvil ve hisse senedini bile henüz yerleştirememiş bir toplum olarak bu kadar kısa sürede KZOB'nin yaygın bir şekilde yerleşmesini beklemek, aşırı iyimserlikten başka birşey olmaz. Ayrıca, henüz toplumun her kesimi için de cazip halde değildir. Hatta, tahvilin varlığı karşısında KZOB'nde zarara da katlanma özelliği tebessümle bile karşılanmaktadır. Bütün bunların doğal sonucu olarak KZOB hakkında çeşitli eleştirilerde bulunulmuştur (68). Yöneltilen bu eleştiriler de dikkate alınırsa, KZOB'nin daha uzun süre yaygınlaşamıyacağı sonucuna varılabilir (69).

KZOB'nin gelişememesinin önemli bir sebebi de, Tebliğle getirilen birtakım hükümlerdir. Bunların başında, çıkarılacak KZOB'nin, 3. maddenin (d) bendi uyarınca, en az 250.000.- TL. nominal değerde olacağı hükmü gelmektedir. Gerçekten, SPK'nun 1. maddesi, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak, halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını amaçlamıştır. Ancak, Tebliğle öngörülen asgari 250.000.- TL.lık nominal değer, bu amacı gerçekleştirmekten uzak gözükmektedir. Zira bu miktar, küçük tasarruf sahipleri için hayli yüksektir. SPK'nun amacı gerçekleştirilmek isteniyorsa bu asgari sınırın mutlaka aşağılara çekilmesi gerekir. Aksi halde, KZOB ile küçük tasarruf sahiplerine hitap edildiği söylenemez. Çünkü şurası bir gerçektir ki, Türk toplumunun küçük tasarruf sahipleri, ortalama standart olarak şimdilik 250.000.- TL.lık asgari nominal değeri kaldırabilecek güçte değildirler.

Bunlardan başka, KZOB ile ilgili olarak yayınlanan Tebliğ, 15 - 17. maddelerinde, kâr ve zarar dağıtımının nasıl yapılacağını belirtmektedir. Ancak, kâr ve zararın dağıtım şekli daha çok muhasebe ile ilgili olduğundan, zaten karışık olan konuya değinilmekle yetinilmiş, ayrıntıya girilmemiştir.

Ülkemiz gerçekleri gözönüne alındığında, birtakım tasarrufların atıl kaldığı kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa, bu atıl tasarrufların değerlendirilmesi gerekir. Böylece, bu yolla kredi sağlamak

(67) Aynı yönde görüşler için bkz. ÖZAKAT, KURAN, REİSOĞLU, EROĞUZ: Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 404, 412, 416.
(68) Eleştiriler için bkz. GÜNAL: agt. Araçlar ve Kuruluşlar, sh. 145 - 148.
(69) Benzer görüşler için bkz. ÇAKICI: agm. sh. 2. GÜPGÜPOĞLU, agm. sh. 2.

amacında olan işletmelere imkân tanıyarak, onlara yatırım yapma fırsatı verilecektir. Bununla birlikte, sermaye piyasasına yeni bir araç kazandırılmış olacaktır. Bunlardan dolayıdır ki, Türkyie KZOB'nden yararlanmalıdır. Çünkü, tıpkı hisse senetlerinde olduğu gibi, istikrarlı şirketlerden KZOB alınması durumunda, zarar ihtimali oldukça azalmaktadır. Ayrıca, istikrarlı şirketlerin hisse senetlerini elde etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Bundan başka, hisse senedinden farklı olarak, vade sonunda şirket zarar ederek nominal değerin tamamını tüketmediği sürece paraya çevrilme garantisi vardır.

KZOB'nin gelişmesini engelleyen sebeplerden biri de, daha önce kurulmuş olup, benzer amaç taşıyan özel finans kurumlarının halka daha iyi tanıtılarak, KZOB'nin asıl kaynağının azaltılmış olmasıdır. Gerçekten, bugüne kadar iki kez uygulanarak toplam 1.200.000.000.- TL.lık KZOB satılmasına rağmen, ülkemizde faaliyet gösteren iki özel finans kurumunda, şimdiye kadar takriben, bunun yüz katı kadar mevduat toplanmıştır.

İncelemeyi bitirirken değinilecek son konu, KZOB ile hisse senedinin birbirine - deyim yerindeyse - destek mi, yoksa köstek mi olacağının tespitidir. Yukarıda bu konudaki iki düşünceden söz edilmişti (70). Şimdi, orada yazılanların da yardımıyla bir sonuca ulaşmaya çalışmak gerekir.

Sermaye piyasasının gelişmiş olduğu ülkelerde, halkın da rağbeti varsa hisse senedinin ve diğer menkul kıymetlerin yanında KZOB'nin de varlığı tanınabilir. Çünkü, piyasa yerine oturmuştur. Yeni sermaye piyasası araçlarıyla tasarruflar başka yönlere de çekilebilir.

Ancak, ülkemiz gibi sermaye piyasası henüz tam anlamıyla gelişmediği yerlerde, pek fazla iyimser olmamak gerekir. Üstelik, mevzuatla getirilen zorluk ve karmaşıklıklar da, bu kötümserliği desteklemektedir.

Çalışmanın bazı bölümlerinde KZOB'nden büyük ümit bekleyen ifadelere rastlanabilir. Şurasını belirtmekte yarar vardır ki, bu ifadeler sermaye piyasası ve KZOB'nin bir an için, tam anlamıyla yerleştiği varsayılarak kullanılmıştır.

Sonuç olarak şunu söylemek gerekir. Her ne kadar ideal olarak KZOB'nin diğer sermaye piyasası araçlarıyla birlikte kullanılması yerinde ise de, bugün ülkemiz gerçeği bakımından, öncelikle temel araçlar olan hisse senedi ve tahviller iyice yerleştirilmeli, bundan sonra yeni sermaye piyasası araçları araştırılmalıdır. Böylelikle daha kolay ve sağlıklı bir gelişme göstereceği muhakkaktır.

---

(70) Bkz. yuk. I, E, 2. sh. 295 - 296.

FEDERAL ALMANYA'DA TÜKETİCİNİN KORUNMASI VE BORÇLAR HUKUKU REFORMU (*)

Prof. Dr. Peter GİLLES (**)
Çev: Dr. Rıza AYHAN (***)

«Tüketicinin Korunması», günümüzün son derece karışık ve önemli konularından birisidir. Konferans konusu olarak «Tüketicinin Korunması ve Borçlar Hukuku Reformu»nu tercih edişimiz; tüketicinin korunması düşüncesinin şimdiden müsbet bir düzenleme şeklinde ele alınması ve bunun da Borçlar Hukukunun toplu bir reformu şeklinde kendisini göstermesindendir. Bu, zamanımızda bu şekilde görünmekten başka, hiç şüphesiz ileride de bu görünümünü muhafaza edecektir.

Tüketicinin korunması, Medeni Hukuk için ölüm, kalım meselesi olarak almak, «Tüketicinin Korunması» meselesini sun'i hale getirir. Burada, açıklamalarımızın ışığı altında bir soru akla gelebilir. Acaba, eski, yetersiz ve zayıf hükümleri ihtiva eden Medeni Hukuk, yeni yeterli ve oldukca sağlam bir hukuk olacak Tüketici Hukukuyla, birbirinin hayatını tehlikeye itecek bir mücadeleye mi girişmektedir; yoksa birbirlerine destek olarak yaşama kuvvetlerini mi artıracaklardır? Bunun yanında hemen şu soru da sorulabilir: Acaba eşit olmıyan kuvvetlerin beraberliği, diğerinin etkilerini ortadan kaldırmaz mı? Ve bilhassa onun sonunu hızlandırmaz mı? Politik mülâhazaların nazara alınmasıyla ortaya çıkan bu nevi endişeler gibi, buna bağlı umutlar da yersizdir. Zira, Tüketici hukukunda son yıllardaki hızlı gelişme karşısında Borçlar Hukukunun yenileştirme çalışmaları, bu iki konu üzerindeki müşterek çalışmalar, endişeleri ortadan kaldırarak belirli bir rahatlık getirmiştir.

Bilindiği gibi, serbest piyasa sistemini ve sözleşme serbestliği esaslarını düzenleyen borçlar hukukumuzun, takriben yüz yıllık olan Medeni

---

(*) Yazarın Marmara ve Selçuk Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinde 25.3.1986 ve 26.3.1986 tarihlerinde vermiş olduğu aynı konulu konferansın tam metnidir.

(**) Johann Wolfgang Goethe - Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Mukâyeseli Hukuk Bilim Dalları Öğretim Üyesi.

(***) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Kanunumuzda yapılacak değişikliklerle, adil ve kuvvetli bir Tüketiciyi Koruma Hukuku yaratacağı iddia olunmaktadır.

Federal Almanya'da Tüketici Hukukunun gelişimi ve Borçlar Hukuku reformu çalışmaları, beynelmilel sahada mukayese edildiğinde; çalışmaların yeni olmasıyla mukayese edilemiyecek bir gelişimi olduğu görülür. Bütün bu gelişmelere rağmen, tüketicinin korunması düşüncesiyle tam manasıyla bağdaştırılamıyan serbest piyasa sistemlerinde, Medeni Hukukun geniş bir kodifikasyonu şarttır. Zira, şu ana kadar müşahade ettiğimiz gibi Medeni Hukuk hükümleri bu hususlarda yetersiz kalmaktadır. Ele aldığımız Tüketicinin Korunması konusu, bilhassa Avrupa Ekonomik Topluluğunda, son zamanlarda yoğun olarak ele alınmıştır. Bu sebeple Almanya'da olduğu gibi, benzeri problemleri olan Türkiye'de de, bu nev'i çalışmaların, ilime ve iktisada yardımı olacağı kanaatındayız.

Tüketici Hukuku teşvik reformlarını, yeni bir Borçlar Hukuku reformu, ondan da öteye Alman borçlar hukuku reformu olarak ele almak, meselenin karışık olması karşısında konferansımız için zorunludur. Bu sebeple konferansımız/Tüketici hukukuna toplu bir bakış şeklinde cereyan edecektir. Bugünkü tebliğimiz de daha ziyade genel bir bilgi verme mahiyetinde olacak ve ister istemez meselelerin çözümünde ziyade problemlerin ortaya çıkarılması şeklinde belirecektir.

1) Yeni Borçlar Hukuku İçin Reform Teşviki Olarak Tüketici Hukuku

Daha önce de belirtildiği gibi, geçen on senede Tüketici hukukunun gelişmesi ile, yürürlükte olan Borçlar Hukukunun yetersizliği kendisini açıkca gösterdi. Borçlar Hukukunun, Tüketici Hukuku karşısındaki bu yetersizliği sebebiyle, Borçlar Hukukunun esaslı bir şekilde yeniden gözden geçirilmesi zorunlu hale gelmiştir.

1.1.) Tüketici Hukukunun Gelişimi

Bu başlık altında, yakın geçmişte Almanya'da hızla gelişen Tüketici Hukuku, sınırlı olarak ana hatlarıyla dile getirilmiştir.

1.1.1.) Tüketicinin Korunması ve Tüketici Hukuku

Takriben on sene evveline kadar, hukuk bilimi için «Tüketiciyi Koruma bir slogan mı? yoksa bir hukuk prensibi midir?» (K. Simitis) tartışması devam ediyordu. Bugün, hızlı bir tekamülden sonra Tüketiciyi Koruma politikası; diğer ülkelerde olduğu gibi, Federal Almanya'da da mer'i kanunlarda, ilmi ve kazai içtihatlarda kesin cevabını bulmuştur. Eğer, hemen hemen tüm endüstri ülkeleri piyasa ekonomisine yönelmeselerdi,

bugün Tüketicinin korunması sadece herhangi bir hukuk prensibi değil, bilâkis endüstri ülkelerinin hukuk nizamının, hukuk fikirlerinin temeli olurdu. Bu husus bilhassa Avrupa Ekonomik Topluluğuna üye ülkeler için geçerlidir. Tüketiciyi Koruma düşüncesi milli hukuk sistemlerinde sadece Kamu hukuku, idare-ceza ve usul hukukunun etkisi altında kalmamış, aynı zamanda iktisat hukukunun ve herşeyden evvel özel hukukun ve bu arada borçlar hukukunun, hususi olarak da sözleşme hukukunun etkisi altında kalmıştır. Bugün sadece sözleşme hukukunda, Tüketiciyi koruma politikasını amaçlıyan özel kanunlara münferit hükümlere, mahkeme kararlarına ve ilmi araştırmalara fazlasıyla rastlamak mümkündür. Bu araştırmalar Tüketici Hukukunun - ki bu iş hukukuyla mukayese edilebilir - özel hukukun bir dalı olduğunu ortaya koymuş, bu hukukun kendisine has prensip ve değerlendirmesinin mevcut olduğunu ortaya çıkarmıştır.

Bu hukuk kategorisi (Özel hukuk) içinde tesbit edilen «Tüketici Hukuku» mevcudiyet ve geçerliliğini devam ettirmekte, tarihi gelişimi içinde tekamülünü bu şekilde devam ettirmektedir.

Daha açık ifade etmek gerekirse Tüketici Hukukuyla ilgili bu hususi düzenlemelerin alanı kesin değildir ve sınırları diğer hususi düzenleme alanlarıyla özellikle de özel hukukun çerçevesinden kesin olarak ayrılamamıştır. Bu belirsizlikte henüz hızlı bir değişiklik de beklenmemektedir. Tüketicinin Korunması Hukukunun hukuki araçları ve ilmi teorileri, mevcut olan politik amaçlar ve stratejilere çok az uygundur. Bundan dolayı, bu yeni hukuk alanının esaslı veya çerçeve düzenlemesi, mevcut olan Tüketiciyi koruma Kanunları diğer ülkelerle mukayese edilebilir.

1.1.2.) Tüketici Hukuku Konusunda Özel Kanun Vaz'ı ve Medeni Hukuk

İlim hayatında olduğu gibi, kanun koyma hususunda da çoğunluk tarafından kabul edilen Tüketiciyi Koruma politikası genel taslağı mevcut değildir. Bundan dolayı geçmişte bununla ilgili olarak kanun düzenlemelerinde ne yapıldıysa veya plânlandıysa, bunlara sonradan ilâve edilen ciddi ve bütünüyle tasarlanan bir amaç program meydana getirilemedi.. Tüketici Hukuku sahasında yasama mekanizmasını daha ziyade basit problemler yönlendirmekteydi. Yani, eksik olarak koordine edilen, birbiriyle çatışan ve hatta yasama ile ilgili çelişkili çözümler ve çözüm tekliflerine sebep olan belirli problemlerin, ihtilaflı durumların veya krizlerin ortaya çıkmasıyla oluşan fiili durumlara çözümler şeklinde belirmekteydi. Bunun yanında bu nev'i teşvik düzenlemelerin noksanlığı kanun koyucu tarafından biliniyor, bundan dolayı da yıllar sonra, bilhassa medeni hukukta olduğu gibi, bütünlüğü, ahengi bozmıyan; mümkün olduğu ka-

dar yenilikle değil, bilâkis tüketiciyi korumaya müteveccih, tüketiciyi koruma düzenlemelerine yer verilmek isteniyordu. Bunun için ahengi bozmamak için, özel kanunlarla düzenleme yoluna gidildi. Böylece Tüketiciyi koruma ile ilgili kanun koymada geniş ölçüde «Alman Medeni Kanunu» dışında, diğer tedvin hareketleri içinde bir hukuk bölünmesine yol açtı. Çok sayıdaki özel kanunlar ve küçük düzenlemelerin yapılması hukuka olan güveni sarstı. Geriye, çok değil, 1978 tüketiciyi koruma kanununun hareketinden sadece on yıl geriye bakıldığında, Tüketiciyi korumak amacıyla 100 den fazla özel kanun ve hususi düzenlemenin çıkartıldığını görürüz. Medeni Hukuk için bilhassa önemli olan düzenlemeler: Taksitle Ödeme Kanunu, Genel Muamele Şartları Kanunu, çok sayıda kira hukuku özel kanunları, Yatırımları Koruma kanunu, Kira Komisyonculuğu Kanunu, Tellallık ve İnşaat Yapımcısı Talimatnamesi, Açık öğretim dersine iştirakcilerin korunmasıyla ilgili kanun ve bunlara benzer diğer özel kanunlar eski veya yeni kanunlara dönüştürüldü. Yakın zamanda yürürlüğe konulan «seyahat sözleşmesi hukuku» kanunu, önce özel kanun olarak çıkartılmaktaydı; son anda Alman Medeni Kanununa dahil edildi. Bu gidiş bize Medeni hukukun Medeni Kanunla ilgili olan kısımlarının yeniden ele alınması gereği hususunda ilk sinyali verdi. Bu sadece Medeni Kanunla olan hususların yeniden düzenlenmesini değil, bunun gibi diğer kanunların da meselâ, yeni çıkan tellallık sözleşmesinin de düzenlenmesini gerektiriyordu. Buna mukabil mevcut «Kapı önü satıcıların icabından dönmesi ve benzeri muameleler üzerine kanun»lar yakınlarda çıkarılmıştır.

1.1.3.) Klasik-Liberal ve Tüketici Politikasıyla İlgili Sosyal Özel Hukuk

Bu yeni tüketici hukukunun gelişmesinde devamlı şikayet konusu olan husus, şüphesiz sadece hukukun kanunlaştırma tekniği olarak küçük parçalara ayrılması olmayıp, bilakis aynı zamanda klasik özel hukuk ile Tüketici hukuku arasındaki muhteva, siyaset ve de ideoloji farklılıklarından doğan uyumsuzluklardır. Bundan, günümüz medeni hukuk teorisinin en karışık metod problemlerinden biri ortaya çıkmaktadır. Acaba ananevi medeni mülkiyet hakkı, gelecekte özel kişilik hakkı şeklinde mi (yani daha değişik mi) tanımlanacak ve değişik şekilde mi oluşturulacak, geliştirilecektir. Yoksa klasik özel hukuk, tüketici haklarını düzenleyen özel kanunların sistemi bozan düşünce alanından ayrı mı tutmak gerekecektir. Bu 1977 yılındaki Medeni Hukuk gününün de ana temasıydı.

Muhteva ile ilgili bu uyumsuzluktan, tüketici hukuku ile klasik özel hukuk arasındaki görmezlikten gelinemiyecek değerlendirme farklarından ortaya çıkan büyük meseleleri, ya özel hukukun şimdiye kadar ihmal edilen amme menfaatini tüketici hukuku yardımıyla kuvvetlendirmek su-

retiyle çözmek veya Tüketici hukukunun muhteva metod ve kanunlaştırma tekniği olarak kendi halinde mütalaa edilerek özel hukukun sosyalleştirilmesi engellenerek en kısa zamanda çözümlenmelidir. Nihai olarak söylemek gerekirse politik güç ve parti politikasıyla kararlaştırılacak bu tartışma, Federal Almanya'da azalmaksızın devam etmektedir.

1.1.4.) Özel Hukuk Reformları İçin İtici Güç ve Talep Faktörü Olarak Tüketici Hukuku

Bu kısa değerlendirme de, özellikle Tüketici hukukunun, ananevi özel hukuk için, hangi talebi ortaya koyduğu böylece açıklanmaktadır. Bu talep, tüketici hukukunun gelişmesine karşı takınılan tutumdan bağımsız olarak mevcuttur. Bu gelişme bizim Medeni hukukumuzun uzun süre, bile bile gözardı edemiyeceği, aksine derinlemesine tartışılması gerekecek esas meseleleri ortaya çıkarmıştır. Fakat hrşeyden önce tüketici hukukunun gelişmesi, özellikle borçlar hukuku reformu için en önemli itici güçlerden birini teşkil etmiştir. Zira en azından medeni hukukla ilgili

— Sözleşmelerin kontrolü ve devletin müsaadesi

— Sözleşme öncesi temaslarda çıkabilecek muhtemel aksaklıkların kesin ölçüde hukukileştirilmesi, açıklayıcı hükümler getirilmesi ve reklâm tedbirlerinin sıkı şekilde ele alınması

— Artırılmış bir mukavele tipi mecburiyeti

— Yazılı şekil ve muhteva mecburiyeti

— Mukavelelerin muhtevasının ayrıntılı kontrolü

— Hileli, çok taraflı sözleşmelere ve karışık akitler, birleşme akitlerine dikkat edilmesi

— Akitlerin butlan sebeplerini ve akit yapılması yasak olan hususları

— Koruma kanunları ve böylece genişletilmiş haksız fiilden korunması

— Veya özel mukavele hükümleriyle kolaylaştırılmış ihbar, rücu ve azil imkânları gibi araçlarla, esas prensiplerden, merkezi hukuk enstitülerinden ve klasik özel hukukun dolayısiyle Medeni düzenlemelerinden açıkca ayrılmaktadır.

1.2.) Borçlar Hukukunun Gelişmesi ve Borçlar Hukukunun Eksiklikleri

Medeni Kanunun Borçlar Hukuku kısmı aşağı yukarı 100 yıllıktır. Bu eski tarihine nazaran iyi bir durumda olması şaşırtıcıdır. Geçmişindeki bazı radikal, politik, toplumsal ve ekonomik değişikliklerine ve hızla iler-

liyen bir hukuk gelişmesine rağmen, Medeni Hukuk günümüze kadar halâ kullanılabilen ve işe yarıyan merkezi bir kanun olarak kalmıştır. Eski gücünden çok şey muhafaza edebilmiş olmasını, hazırlayıcılarının yüksek bir kanun koyma sanatına borçludur, ki bu kanun koyucular, iradi veya gayriiradi olarak Medeni kanunda olduğu gibi Borçlar hukukunun genel hükümlerinin mücerretliğini, normlarının düzenlenebilirliğini, model mukavelerini hazırlanmasıyla müphem hukuk kavramlarını ve doğru olarak kullanılmış genel hükümlerinin çokluğunu temin ile elastiki ve değişken bir kanun metni yaratmışlardır. Bu metin de değişen hayat şartlarına sağlam bir uyum göstermiştir.

1.2.1.) Borçlar Hukukunun Etkisini Kaybetmesi ve Medeni Kanun Dahilinde Borçlar Hukukunun Yeniden Düzenlenmesi

Bu mükemmel düzenlenmiş kanun da etkisini kaybetme belirtilerinden kendini koruyamamıştır. Son on yıl içinde bu kanun birçok yerinden gittikce yenilenme ve düzenleme ihtiyacı göstermiş ve kanun koyucu da birçok düzenleme ve yenilemede bulunmuştur. Mesela, kira hukuku ve hizmet sözleşmesi birçok kez değiştirilmiş, tefecilik paragrafı reformize edilmiş alım-satım ve istisna hukukuna sonradan iyileştirme hükümleri ilâve edilmiş, özel bir sözleşme hukuku yeniden ele alınmış ve buna benzer birçok düzenlemeler yapılmıştır.

Fakat Alman Medeni Kanununa, özellikle Medeni kanunun borçlar hukuku kısmına, kanuni yenilikler açısından pek dokunulmamıştır. Çünkü, iç sistematik uyum hususunda ve aynı zamanda bu gibi büyük kanunların ananevi esas değerleri konusunda endişe duyulmaktadır. Tabii ki bu borçlar hukukunda da radikal kanuni değişiklikler olmıyacağı anlamına gelmez. Bunlar daha ziyade Alman Medeni Kanununun dışında cereyan edecek hususlardır.

1.2.2.) Borçlar Hukukunun Medeni Kanun Dışındaki Gelişmeleri ve Borçlar Hukukunun Parçalanması

Geçen son on yılda, Federal Almanya'da kanun sayısı saldırı diyebileceğimiz ölçüde artmış, çok sayıda özel kanunlar ve hususi talimatlar Borçlar hukuku düzenlemeleriyle mevzuatımıza girmiştir ki bu da özellikle borçlar hukuku alanında aşırı bir hukuk parçalanmasına ve buna bağlı olarak da büyük bir hukuki belirsizliğe, hukuka yabancılaşmaya götürmüştür. Adalet Bakanlığının resmi olmıyan araştırması (1980 Ocak'ına göre) neticelerine göre; Borçlar Hukuku kapsamında olan 2700 kararname ile 250 dolayında hayli dağınık kanunların Federal Almanya'da mevcut olduğunu ortaya çıkarmıştır. Sadece bu araştırma dahi Borçlar Hu-

kukunun parçalanmasının boyutlarını oldukca açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Medeni Kanunun borçlar hukuku kısmının ve Medeni kanundan hasıl olan Borçlar hukuku materyallerinden bir parçanın alınması veya çıkartılması ve onların özel bir şekilde kanunlaştırılmasına göz yumulduğu artık aşikardır. Bu yüzden Medeni borçlar hukukunun telef olması sözkonusu olmakta ve büyük bir fonksiyon kaybına uğradığından söz edilmesi boşuna olmamaktadır.

1.2.3.) Hukuk İlmi ve Hâkim Hukuku Vasıtasiyle Kanuni Borçlar Hukukunun Revizyona Tâbi Tutulması (Yenilenmesi, Artırılması) ve Aşırı Yüklenmesi

Formal görünüşteki anlam kısıtlamaları yüksek aktiviteye sahip hâkim hukukunun ve bu alanda hukuk ilminin gelişmesiyle ve çok sayıda yeni hukuk kurumlarının geliştirilmesiyle sağlanmıştır. Bu arada sadece misâl olarak «culpa in contrahendo» (akit öncesi kusur) veya «müsbet alacağın ihlâli», «Hukuki muamelenin feshi» veya «Mesuliyet hukukuna göre borçlanma», - «beyyine külfeti» veya «finanse edilmiş muameleler; «şahsiyet haklarının ve teşebbüs hakkının korunması için haksız fiil hukukunun genişletilmesi», veya «haksız fiil trafik sigortası mükellefiyetinin» tesis edilmesi hatırlanabilir.

Bu durumda, şayet bir revizyon yapılmazsa muhtevalı bir hâkim hukuku ve oldukca zengin hukuk doğmatiği, kanuni Borçlar hukukunu oldukca fazla işgal edecektir.

1.2.4.) Borçlar Hukukunun Toplumsal (İçtimai) Gerçeklerden Uzaklaşması ve Yeni Akid Tiplerinin Ortaya Çıkmasıyla Borçlar Hukukunun Kıymet Kaybı

Şu bir gerçektir ki, içtimai ve iktisadi gelişmeler Alman Medeni kanununun Borçlar hukukunu artık aşmaktadır. Bunlar mevcut kanuni hükümlerde ya hiç veya çok zor ifade edilen, halledilebilen gerçek problemler ve ihtilaflı durumları beraberinde getirmiştir. Herşeyden önce gelişme esnasında sayısız ve çok farklı akid tipleri oluşmuştur, ki bunların Medeni kanun hükümlerinde daha evvel vaz olunmuş anlaşma tiplerine uyuşması ya mümkün olmamakta, ya da bu akit tiplerine uyması çok zor olmaktadır. Misâl olarak söylemek gerekirse bunları; «çeşitli şekilleri olan hizmet sözleşmesinden doğan, bugünkü eşya satım sözleşmeleri, bilhassa Banka ve Kredi muameleleri, yapım sözleşmesi, iş temini mukaveleleri, nakliye ve nakliye muameleleri, hekimlik sahasında eğitim, ihtimam ve tedavi sözleşmeleri, bakım ve tamir sözleşmeleri» veya bir başka alanda enerji tedarik sözleşmeleridir.

1.2.5.) Sosyal Eşitsizliğin Dengelenmesi İçin Klasik Özel Hukuktaki İçtimai Hususların İhmali ve Himaye Kaidelerinin Yeterli Olmaması

Herşeyden önce bazı bilim adamları, politikacılar ve bir de ilgililer tarafından mer'i hukukun garip eksikliği olarak görülen hususlar ne ise, bu hususlar aynen muhafaza edilmektedir. Yani, üretim, dağıtım ve tüketim münasebetlerinde bulunan eşit olmıyan güçlerin durumunun dengelenmesi; buna ilişkin olarak da malları satanlarla alanlar arasındaki ihtilaflar, sözleşmelerin eşit şartlarda tanzimi aynen muhafaze edilmektedir. Bunların bazısı şüphesiz doğrudur. Zira bazı özel kanuni düzenlemeler istenilen sosyal dengeyi sağlıyabilir. Alman Medeni Kanununun ilk liberal, ferdiyetci temel düzenlemesinde üzerine aldığı çeşitli mükellefiyetler (hürriyet, eşitlik vs.) yanında Borçlar Hukukunun birçok düzenlemesi zayıflar için tehlike arzetmektedir.

1.3.) Planlanan Borçlar Hukuku Revizyonunun Sebepleri

Borçlar Hukukunun esaslı bir revizyonu için yeterli sebepler mevcuttur. Bunlardan önemli olanlarını burada bir kere daha tesbit edebiliriz. Bunlar: Kanun boşluğu; kanunların parçalanması, dağılması ve hukukun vatandaşlara yabancılaşması; hukukun gelişmesi sebebiyle kanunun eskimiş gibi görünmesi; sosyal-ekonomik değişiklikler sebebiyle realitedeki kayıp; ihmal edilen içtimai hususlar;

Bunların yanında, en ön safta, borçlar hukukunun artık tüketiciyi koruma düşüncesinden hareket etmeye başlamasıdır.

2 -)Borçlar Hukuku Reformu

Daha önce ele alınmış taslakta tartışılmıyan, fakat tesbit edilmiş bulunan Borçlar Hukukundaki değer kayıpları, borçlar hukuku reformunun esas vazifesi ve amacıdır. Bu reform şimdiye kadar müelliflerce ve kanun koyucularca belirtildiği gibi (Sosyal Demokratların eski Adalet Bakanlığı Vogel ve Schmude ile Hür Demokratların şimdiki Adalet Bakanı Engelhard tarafından değerlendirilmiş olup), esas hatları tesbit edilmiştir.

2.1.) Amaçları

Şu anda ele alınan Borçlar Hukuku reformlarının amaçlarını dört ana başlık altında toplıyabiliriz.

— Eski ve yeni norm komplekslerinin genelleştirilmesi ve birleştirilmesi suretiyle kanun çokluğuna bir sınır getirilmesi; vatandaşın kanun hu-

zuruna çıkmasının kolaylaştırılması, vatandaşa yaklaşılması, kanunun basit anlaşılabilir bir hale getirilmesi,

— Medeni Kanunda hukukun parçalanmasının bertaraf edilmesi, eski ve yeni özel düzenlemelerin Alman Medeni Kanununa ilhak ettirilmesi suretiyle, Medeni Kanunun tabir-i caiz ise tekrar «genel hukuk» haline getirilmesidir. Özel düzenlemeleri ve özel kanunları (Kira Kanunu, İş Kanunu gibi), bir «Tüketici Kanunu» haline dönüştürülmesi,

— Borçlar Hukukunun, bugüne kadar yapılan ilmi çalışmalar ve mahkeme kararlarının ışığı altında ve buna muadil olarak tesbit edilen hâkim hukuku yardımıyla ele alınması, kanunun değişen hukuk gerçeklerine uyumu sağlanarak yukarıda belirtilen araçlarla, geleceğe yönelik esaslar dahilinde düzenlenmesi gerekir. Bu geliştirmede, bilhassa Borçlar hukukunun kanuni mukavele tiplerinin analiz edilmesi,

— Muhteva (iç) birliğin yenide nsağlanması; ancak klasik özel hukuk ile zayıf durumda bulunanları korumaya müteveccih çok sayıdaki özel kanun arasında kıymet kaybına yol açan hükümlerin kaldırılması; özel hukuktaki sosyal hükümlerin kuvvetlendirilmesi ve ferdi, liberal esaslara dönmek suretiyle mümkün olabilir.

2.2.) Hazırlık Çalışmaları ve Tasarı (Maksat)

Bu problemlerin çözümü amacıyla Almanya'da uzun bir süredir çaba sarfedilmektedir. Borçlar Hukukunun genel bir revizyonu hususundaki çalışmalar 1974 yılından beri yapılmaktadır. Adalet Bakanlığı bu amaçla çeşitli çalışma grupları oluşturmuştur. Borçlar Hukuku reformunun başlangıcı, 1979 ve 1980 yıllarında Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen ilim adamlarının hazırladığı (17) adet rapordur. Bu raporlar 1981 yılında iki kalın cilt haline getirilerek neşredildi. Neşredilen bu teklifler ilk seriyi teşkil etmiş ve bunlara ilâve olarak 1982/1983 yıllarında da bu çalışmalar devam etmiştir.

2.2.1.) Değerlendirmeler (Düşünceler) ve Teklifler

Bugüne kadar olan değerlendirmeler (düşünceler) yazarlara ve konularına göre aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

Max - Planck Enstitüsü :

Mukayeseli Hukuk : Avrupa sözleşme hukukunun yeni gelişimi nazara alındığında Avrupa'nın 7 ülkesinde ki (Fransa, Britanya, İtalya, Hollanda, Avusturya, İsveç, İsviçre) reform kanunlarının mukayeseli hukuktaki araştırmaları bu ülkelerde Almanya'daki gibi bir faaliyet olmadığını göz-

termektedir. Bu ülkelerde de yeni düzenlemeler olduğu, zayıf olanların korunmasına yönelik kanunlar çıkarıldığı muhakkaktır, fakat Almanya'daki kadar gelişmemiştir.

Peters Zimmermann :

Zamanaşımı Süresi : Borç münasebetlerinin zaman yönünden etkisi; zamanaşımı sürelerinin mümkün olduğu ölçüde standartlaştırılması değerlendirilmiştir. Çeşitli kanuni zamanaşımı düzenlemeleri üzerine araştırma yapmalı ve basitleştirilmiş yeni düzenleme yolu araştırılmalıdır.

Hohloch :

Zarar Hukuku (Genel Olarak): Zarar hukukunun kanuni düzenlemesinin yeniden yapılması teklif ediliyor (BGB 249 - 255). Genel zarar hukukunun esaslı problemleri rizikonun önlenmesi problemi dahil olmak üzere araştırılmalıdır. Mala karşı zararlarının düzenlenmesi teklifindeki gibi ele alınmalıdır.

Medicus :

Sözleşme Münasebetlerinde Kusur : Akdi münasebetlerde kusur doktrinin normlaştırılması ve BGB de akit öncesi hakların ve mükellefiyetlerin yeniden düzenlenmesi teklif edilebilir mi? Fesih hakkı ve benzeri özel düzenlemeler BGB de, mahzurlu akdi birleşmelere karşı korumaya yönelik olarak düzenlenebilir mi?

Horn :

Akdin Süresi: Akdin süresi Borçlar Hukukuna ait bir düzenleme problemidir. Uzun süreli sözleşmeler ve sürekli borç ilişkilerinin hususi meselelerinin kapsamlı bir düzenlemesi tavsiye edilebilir mi? Uzun süreli sözleşmelerin tasfiye ve intibakında ve benzeri sürekli borç ilişkilerinde, önemli sebebin ihbarının veya muamelenin yapılış sebebinin ortadan kalkması halleri için, akdin intibak ettirilmesi, yeni muamele mükellefiyeti teklifi münakaşa edilmiştir.

Huber :

İfanın Bozukluğu: Vahdet arzeden satım Kanunu, ifanın bozukluğu hukukuna (ayıba karşı tekeffül) numune olabilir mi? Kanunun hangi değişiklikleri Borçlar Hukukundaki hangi pratik etkileri ortaya çıkarmaktadır. Satım Kanunu örneğine göre akdin pozitif ihlali değil, kanuni ihlali nazara alınarak ifanın bozukluğu toplu olarak ele alınmıştır. Bununla birlikte, bu sınırlar içinde kanuni hukukun birleştirilmesine gayret sarfedilmektedir.

Huber :

Satım Sözleşmesi: Hukuk gerçeğinin teknik, iktisadi ve hukuki gelişmesi nazara alınarak, satım hukukunda hangi gelişmeler ve tamamlamalar sunulmaktadır? BGB nin dışındaki gelişmeler (taksitle satım kanunu, ticari satış, AGBG nin satım hukukuna ait talimatları) kodifiye edilmeli midir? Bu sınırlar dahilinde, özel kanun vaz edilmesi meselesi nokta-i nazarından, kanuni satım hukukunun yazılması, lüzumlu veya mümkün olan eksikliklerin giderilmesi şeklinde ele alınmalıdır.

Igl :

Evlerde Yapılmak Üzere Sipariş Verilen Şeyler Hakkında Sözleşme : Evde oturanların Medeni Hukuka ait akdi ilişkilerinin BGB de düzenlenmesi teklif edilebilir mi? Ev sözleşmelerinin düzenlenmiş Medeni Hukuk meseleleri Ev Kanununda noktalanmış ve ev sözleşmelerinin kabul edilmesi teklifi hususi Borçlar Hukuku münasebeti olarak BGB ye dahil edilmesi araştırılmıştır.

Deutsch/Geiger :

Hekim Tedavi Sözleşmesi : Hasta ile doktor arasındaki Medeni Hukuk münasebetlerinin BGB de özel olarak düzenlenmesi teklif edilebilir mi? Hekim tedavi sözleşmesinin çözümü hizmet sözleşmesinden neşet eder ve doktor-hasta münasebetlerinin önemli problemlerinin tanzimi, onun özel borç ilişkisi şeklinde kodifiyesinde kendini gösterir.

Weyers :

İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi) : Hukuk gerçeğinin teknik, iktisadi ve hukuki gelişimi nazara alınarak, istisna akdinde bazı gelişmeler ve eksikliklerin giderilmesi teklif edilmektedir? Bu hususta, Mimarlık ve Nakliye Hukukunun istisnaları ile genel bir istisna akdi düzenlemesi ele alınmalı ve bilhassa eksiklikleri düzeltilmelidir.

Musielak :

Masrafsız İş Görme : Masrafsız iş görme olarak telakki edilen, muamele tipinin muhtevalı bir düzenlemesi şayanı tavsiye midir? Bugüne kadar sadece kanuni olarak belirtilmiş masrafsız iş görme hukukunun, kanuni yeni düzenlemesi meselesi üzerindeki tartışma, bu çerçevede real tiplerin büyük pratik anlamı nazara alınarak yapılmalıdır.

Häuser :

Ciro Münasebetleri : Müşterinin kreid müesseseleri ile ilişkisinin bilhassa BGB de düzenlenmesi tavsiye edilebilir mi? Nakit olmaksızın öde-

me ilişkilerinde, bilhassa nakit olmaksızın ödeme ilişkilerinin aracılığındaki münasebetler BGB de düzenlenebilir mi? Uygun bir Kanun yenilemesiyle bu mümkün olabilir.

Keller :

Kıymetli Evrak Hukuku: BGB deki kıymetli evrak hukukunun yeniden düzenlenip, açıklık kazandırılması, BGB dahilinde, tavsiye olunmuştur. Banka Hukukundaki düzenlemeler de, kıymetli evrak hükümleri gibi, özel hükümlerle BGB ye dahil edilmelidir.

König :

Sebepsiz zenginleşme : Tatbikatın ve teorinin gelişmesine paralel olarak zenginleşme hukukunun da yeniden düzenlenmesi tavsiye olunmaktadır. BGB'nin haricindeki zenginleşme hükümleri kodifikasyonla BGB'ye dahil edilmelidir.

BGB'nin dogmatikleştirilen zenginleşme hukukunun yeniden düzenlenmesi ile bu müessesenin hukuk alanına yeniden hizmeti sağlanmış olacaktır.

Sehlechtriem :

Akdî ve Akid Dışı Mesuliyet: Kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenmelidir. Bu düzenlemede her iki mesuliyet şeklinin sahası yeniden tarif edilmeli ve bu durum dengeli bir hâle getirilmelidir.

Akdi ve akid dışı mesuliyet sistemleri arasındaki ilişkinin sınırı hususunda şimdiye kadar olan durumun muhafaza edilmesi tavsiye olunmuştur. Bunun yanında, mesuliyet hukukuna ait bâzı farklılıkların giderilmesi de tavsiye olunmaktadır.

von Bar :

Haksız Fiil: İlmî ve kazaî içtihatların gelişmesine paralel olarak haksız fiilin şartlarının yeniden düzenlenmesi teklif olunmaktadır. Buna göre, BGB'nin 823. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile 826. maddesinin genişletilmesi veya eksiğinin giderilmesi amaca uygun olur.

Hukuka aykırı fiillerin, hukuka intibâkı suretiyle haksız fiil müessesesinin yeni düzenlemesi teklifine bâzı istisnalarla, bugüne kadar haksız fiil hukuku içinde kabul edilen, «Trafik Sigortası Mükellefiyeti, Şahsiyet Haklarının Himayesi, Teşebbüslerin Korunması vs.» hususları dahil edilmelidir.

Kötz :

Tehlike Mesuliyeti: Tehlike mesuliyeti hakkında BGB'de mevcut kanunî hükümlerin biraraya getirilmesi, birliğin sağlanması ve tehlike mesuliyeti hukukunun daha da geliştirilmesi tavsiye olunmaktadır. Tehlike mesuliyeti tarihî karakterini kaybetmiştir. Zararın hesaplanması prensipleri, kusur mesuliyetinin yanına BGB'ye dahil edilmelidir.

Bu ilk onyedi raporun Borçlar Hukuku Reformuna katkısı olmamıştır.

2.2.2.) 1983 Medeni Hukuk Toplantısındaki Borçlar Hukuku Reformu Oturumunun Konuları

Medeni hukuk ilim adamları toplantısında «Borçlar Hukuku Reformu» konusu ele alınmış ve Ocak 1983 de özel bir gündem oluşturularak, aşağıda belirtilen müellifler, aşağıdaki konular üzerinde rapor sunmuşlardır.

Lieb : «Borçlar Hukuku Reformunun Temel Meseleleri»

Picker: Borçlar hukukunun kanunî düzenlemesinin içine ifanın bozukluğunun şimdiye kadar düzenlenmiyen şekillerinin alınması.

Vollkomer: Özel borç ilişkilerinde ifaların durumuyla ilgili telâhuk.

Laser: Zenginleşme hukuku, tehlike mesuliyeti hukuku ve haksız fiilde fikrî hakların himayesi araçları.

Hopt: «Akde dayanmayan mesuliyet haricinde zenginleşme ve zararın denkleştirilmesi.»

Bu toplantıdan da netice alınamamış, sadece Adalet Bakanlığına diğerlerine ilâve olarak yedi ilmî rapor takdim edilmiştir.

2.2.3.) Değerlendirmeler ve Teklifler 1982/1983

Bu yeni seri raporlarda - müelliflere, raporların konu ve muhtevalarına göre sıralanarak - aşağıda belirtildiği gibi ele alınmıştır.

H. P. Westermann :

Tüketicinin Korunması : Şu'ana kadar gelişen tüketicinin korunması hükümlerinin (meselâ Taksitle Satım Kanunu, Açık Öğretim Kanunu) Medeni Kanuna ithali, bazı istisnalarla teklif edilmektedir. Belirli şahısların hukuki durumlarıyla ilgili bazı normlar ve mer'i genel düzenlemeler, genel hükümler haline getirilebilir.

Tüketici politikasının değiştirilme temayülü özel Tüketiciyi Koruma

Kanunu yolu ile olmayıp, bilakis BGB'nin hukuk kurumlarının hakkaniyet üzerine düzeltilmesi yoluyla olacağı teklif edilmektedir.

Emmerich :

Enerji Tedarik Mukavelesi : Bu hususun Medeni Kanunda, medeni hukuk düzenlemeleriyle halledilmesini teklif etmektedir. Çözüm, borçlar hukuku özel hükümlerde münferit borç münasebetlerinin çözümü şeklinde mi? olmalı, yoksa borçlar hukuku genel hükümlerde çözüm mümkün olabilir mi?

Enerji Tedarik Mukavelesi üzerine, bu güne kadar çeşitli düzenlemelerle genel şartları belirtilmiş olan hususlar, vahdet arzeden özel bir kanunla BGB'ye ithal edilmeli, şeklinde bir teklif sunmuştur.

Lieb :

Hizmet Sözleşmesi : Hizmet sözleşmesinin eksikliklerinin giderilmesi tavsiyeye şayan olup, bununla birlikte bağımsız bir hizmet sözleşmesi arzulanmaktadır. Hepşeyden evvel hukukun yeni düzenlemesi ve iş hukuku nazara alınarak yeterli bir düzenlemeye gidilemez mi?

BGB'de, şahsî iş mukavelelerinde olduğu gibi, hizmet sözleşmesinde de kanuni bir düzenleme teklif olunmaktadır.

Keilholz :

İmar Hukuku : Eseri yaptırmak isteyen ile yapan arasındaki medeni hukuk münasebetlerinin özel düzenlemesi teklif edilmektedir. BGB'nin dışında, medeni hukukla ilgili imar hukukunun gelişmesi, yeni bir kanunlaştırmayla düzenlenebilir mi?

Mimarlık sözleşmesinin kanunlaştırılması düşüncesinde olduğu gibi, BGB'nin eser sözleşmesinin münferit hükümlerinin değiştirilmesi veya eksikliklerinin giderilmesi, imar sözleşmesinin nokta-i nazarından, özel kanununun çıkmasının kabul edilmemesini teklif etmektedirler.

Helm :

Vekaletsiz İş Görme: Vekaletsiz İş görme, hukuk kurumları içerisinde hangi fonksiyonları ifa etmektedir. Diğer hukuk müesseseleri ile olan münasebetleri sınırlandırılmalı ve hukuk müesseselerine intibakı sağlanmalıdır.

Bugüne kadar mevcut olan hükümlerin bazı noktalarının değiştirilmesi, açıklanması, BGB'de vekaletsiz iş görme ile yeni kanuni düzenlemelere gidilmesi teklif olunmaktadır.

K. Schmidt :

Medeni Hukuk Ortaklıkları: BGB ortaklıkları hukukunda hangi değişiklikler ve tamamlamalar yapılacaktır.

BGB'nin 54. maddesinin değişikliği ve 705 vd. maddelerinin yeniden ele alınması teklif edilmektedir.

Hadding/Häuser/Welter :

Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri: Bu alanın esaslı maddi ve hukuki değişikliği sebebiyle kefalet hukukunda bazı gelişmeler sözkonusu olacaktır. Garanti sözleşmesini kefaletin yanında özel borç münasebetlerinden olarak BGB de düzenlemek gerekir mi?

BGB de kefaletin münferit değişikliği ve HGB deki talep garantisi adı verilen bir düzenlemeden, BGB'deki garanti sözleşmesinin düzenlemesinde olduğu gibi vazgeçilmiştir.

2.2.4.) 1984 Borçlar Hukuku Reformu Komisyonu

Hazırlanan raporun taslağına göre, Adalet Bakanlığının uygun gördüğü plan üzerine, Borçlar Hukukunun temadiliğini sağlamak maksadıyla, bir komisyon göreve çağrıldı. Bu komisyon 2 şubat 1984'te oluşturuldu. Adalet Bakanlığı görevlileriyle birlikte oluşturulan bu komisyona, tatbikatçılar ve ilim adamları katıldılar. Ancak bu güne kadar herhangi bir netice alınamamıştır.

2.3.) Bugüne Kadra Yapılan Planların ve Neticelerinin Değerlendirilmesi

Bugüne kadar yapılan çalışmaları değerlendirebilmek için herşeyden evvel Borçlar Hukuku reformunun şu ana kadar olan planlamasına ve neticelerine bakmak gerekir; öncelikle Adalet Bakanlığının tasarı teklifleri ele alınmalı, bugüne kadar tanzim edilmiş olan ilmi raporlarla birlikte değerlendirilmelidir. Yâni, ilk olarak ele kesin herhangi bir eserin alınması gerekir, yoksa konu seçiminde keyfiliği gidilir, herkesin iradesine bırakılırsa herhangi bir netice alınamaz. Borçlar Hukuku reformunun toplu olarak ele alınmasında, tasarıların mukayeseli şekli ve tüketicinin korunması kanun tasarısının son şeklinin ele alınması, birlikte mütalaa edilmesi gerekir. Bunların gözden ırak tutulması, büyük eksiklikler yaratır; mücerret ve genel konular ile müşahhas ve hususi konular yer değiştirir. Sathi çözümler ile püf noktası, bilhassa doğmatik ve sistematik düzenlemelerle veya halen işlenen konular ile hukuk politikası yahut hukuk devletinin asli unsurları ve diğerleri yer değiştirir, karışır. Kanun

tasarısı müstakil olarak okunursa, teklifi veren müelliflerin çok değişik subjektif görüşleri ve takip ettiğ ihususi mülahazalar ile kanunun asıl amacını elde tutmaya çalıştıkları serbest bir çalışmanın nazara alındığı hemen göze çarpmaktadır. Herhangi bir problemi olmayan tasarılar, çok az ilmi çalışmada vardır ve bu tasarıların birarada mütalaa edilerek ele alınmasından sonra Medeni Hukuka kaliteli ve kanditeli bir yaklaşım sözkonusu olur. Alman Medeni Hukuk ilmi için sözkonusu olacak bu problemsiz tasarılar birer ilmi harika, şahane deliller olursa, bazı şüpheler ortaya çıkar. Bu durumda acaba, kanun olması için teklif edilen tasarı yeni bir Borçlar Hukuku sisteminin köşetaşı mı? olacaktır. Yoksa, bu tasarılar yeni binanın herhangi bir süslü kıymetli taşı olarak, ilmi süs kolleksiyonuna dahil mi edilecektir.

3.) Borçlar Hukuku Reformunun Çözülmemiş Temel Problemleri

Bugüne kadar konuşulan borçlar hukuku reformunun birçok problemleri vardır. Bunların ilk göze çarpanı şüphesiz, kanun koyucuya tek elden çıkmamış esaslı bir taslağın verilememesidir. Yürürlükte olan borçlar hukukunun gerçek eksikliği, giderilebilecek ve giderilemiyecek kusurları, gerçekleştirilmek istenen münferit veya toplu niyetlerin aracının ve amacının ve buna ilave edilebilecek çeşitli sebeplerin üzerinde yeterince düşünülmemesidir. Kanun koyucunun bu büyük projesi ile ortaya çıkan mesele, hem çok büyük, hem de oldukça karışıktır. Bu meseleler kısmen birbiriyle çatışır ve tekrar gündeme gelir. Bu herşeyden evvel devlet ve milli hukuk veya üzerinde mutabakat sağlanmış «Halk Kanunu» için geçerlidir. Zira, dünyamızda henüz herkes tarafından kabul edilmiş bir hukuk sözkonusu değildir. Kanun sayısının çokluğuna son verme amacı da yeni düzenleme teklifleri karşısında gerçekleşebilir gibi gözükmemekte, bu mesele üzerinde de fazla konuşulmamaktadır. Zira alternatif olarak hakimin hukuk yaratması ele alınacaksa, çok sayıda kanunun kime zararı olmakta veya az sayıda kanunun faydası nerede saklı bulunmaktadır.

3.2.) Kanunlaştırma - Sistemleştirme ve Muhteva Meselesi

Kanunlaştırma hareketlerinin muhtevası gibi teknik problemlerinin de sonu yoktur. Burada ilk olarak, bugüne kadar olan normlaştırma hareketlerinde BGB'nin nicelik olarak fazla yüklenmesi sebebiyle çözümlenmemiş meselelerle, mevcut kanunların muhtevasından doğan meseleler karşımıza çıkar. Bu aşamada bir soru sorulabilir; acaba günümüz kanun koyucuları, evvelki kanun koyucuların yüksek kanun yapma tekniğinden mi? etkilenmektedirler; ayrıca bu günlerde gerekli tarifler, mücerretlik kanunlaştırma tekniği, kanunlaştırma sanatı tekniğinin büyük

karışıklığını bir sistemde toplayabilirler mi? Kanuna kanun ilavesi suretiyle yapılan bu modern düzenlemeler, çeşitli şüpheler ve karanlık noktalar ortaya çıkarmayacak mıdır? Bu soruların hemen akabinde şu da akla gelebilir: Hangi düzenleme materyalleri, hangi kanunlaştırma hareketinde çok az nazara alınacak ve kanunlaştırmada kullanılacak olan bu materyallerin hangisine daha ziyde ehemmiyet verilecektir? Bu hususta, toplumun mühim meseleleri kanunlaştırılırsa bilhassa anlamlı olur. Ancak bu yapılırken, bunlardan hangisinin neden alındığı ve neden diğerlerinin alınmadığı belirtilirse son derece iyi olur. Gerçek hayatta yeni sözleşme tipleri iyi düzenlenirse, BGB hükümlerinin bir kısmının veya tamamının değiştirilmesi, ortadan kaldırılması gerekmez. Ancak bu görüşe şimdiden bazı müellifler istihzalı tenkitler ileri sürmektedir. Bunlardan birisi (Diederischen) : «Ebelik sözleşmesinden, eski ev sözleşmesine, beşikten mezara, bütün hayatın BGB'ce düzenlenmesi, Borçlar Hukukunda yapılacak birkaç vecize değişikliğiyle mümkün olamaz» demektedir.

3.3.) Değerlendirme - Metod ve Yenileme Meseleleri

Bu husustaki problemler son derece muhtevalı ve zordur. Yeni Borçlar Hukukuna özellikle hangi ruh hâkim olacak, burada hangi topluluk, piyasa ve sözleşme model igeçerli olacak, yeni Borçlar Hukukunu ne şekilde tesis edilecektir. Acaba yeni tesis edilecek borçlar hukuku, liberal sistemi benimseyip, aynı zamanda genel sosyal düzenlemeleri de mi ihtiva edecek; yoksa temel olarak liberal bir sistem kabul edilip, bu sisteme birçok sosyal mahiyetli istisnalar mı getirilecektir? Buradaki önemli problem aslında açıktır. Bilhassa klâsik özel hukuk ile özel haklar arasında menfeat değişiklikleri karşısında iç bütünlüğü elde etmeğe çalışmak gerekmektedir. Bu bütünlük hangi metodla elde ediliyorsa, o metod tercih edilmelidir. Yoksa tesbit edilecek metod önemli değildir. Önemli olan metodun varacağı hedeftir. O hedef de bütünlüktür.

3.4.) Politik, İdeolojik ve Stratejik Meseleler

Yukarıda bahsedilen problemlerin, diğer birçok problemle de yakından alakası vardır. Bu bahsi geçen problemler aynı zamanda politika, ideoloji ve strateji silahlarına da ulaşır. Kapsamlı ve devamlı bir projenin Borçlar Hukuku reformu gibi politikaya karışmaması ve politikadan uzak olması hayal olarak görülebilirse de, bu böyle olmalıdır. Zira ilmî arzular bu yönde inkişaf etmektedir. Ülke politikasının her değişikliğinde, partiler arasında lüzumlu olan çoğunluk ve kuvvet dengesinin her değişikliğinde, önlenemiyen lobi tesirlerinde Reform hareketlerinin değişmesi artık tehir edilmeli, ya da sınırlandırılmalı yahut tamamen terk edilmelidir.

Bu nev'i rizikolardan kaçınmak için, Borçlar Hukuku reformunda temel politik kabullere, bazı fedekârlıklara ihtiyaç vardır. Bu, misal olarak zikredilmek gerekirse, meselâ, bir temel komisyonda hazırlanabilir. Bu nev'i siyasî emsaller olmaksızın, reform projesiinn kuvveden fiile çıkma şansı azdır. 1984 de vukuu bulduğu gibi, ilk olarak bu ve benzeri meseleler, bir komisyonda ele alınmıştır. Bu nev'i komisyonlardan, Borçlar Hukuku reformunu sürüncemede bırakacağı için, geçmiş tecrübelerden edinilen kanaatle korkuluyordu. Ve geçen yıllarda asırlık eserler husule getirilemediği gibi, asırlık mükellefiyetler yüklenilmiştir.

4 — Sonuç

Bütün bu çözümsüz problemler karşısında, yeni Borçlar Hukukunun güç durumda kalacağı şüphesizdir. Ancak bütün şüpheciliğe rağmen, ulvî gayeleri amaçlayan bir taslak üzerinde çalışılmalıdır. Hatta bugünkü Borçlar Hukuku değişikliği tasarısı üzerinde ciddi ilmî münakaşalar olması sebebiyle, bu nev'i çalışmalara başlamak her halûkarda faydalıdır. Federal Almanya'da başlatılan bu arayışlar, müsbet ve menfi tecrübeleriyle birlikte, kendi hususî reformunu yapacak olan ülkelere de faydalı olacaktır. Burada sunulan ve problemleştirilerek verilen reformist hareketler sizlere bir örnek, numune olabileceği gibi, aynı zamanda bir fikir, bir ikaz olabilir kanaatindeyim.

BİBLİYOGRAFYA

— Tüketicinin korunması ve Borçlar Hukuku reformu hakkında seçilmiş yeni literatürler.

Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 3 Bände, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Köln 1981/1983.

Bunte, Hermann - Josef, Zur peplanten Überarbeitung des Schuldrechts, Betriebsberater 1982, S. 685.

Damm, Reinhard, Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, Juristenzeitung 1978, S. 173 ff.

Dauner - Lieb, Barbara, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, 1983.

Diederichsen, Uwe, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 182, 1982, S. 101 ff.

Engelhard, Hans A., Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts, NJW 1984, S. 1201 ff.

Grunsky, Wolfgang, Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 182 (1982), S. 453 ff.

v. Hippel, Eike, Verbraucherschutz in Europa, Rabels Zeitschritf für ausländisches und internationales Privatrecht, 1981, S. 353 ff.

Hönn, Günther, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982.

Hopt, Klaus J., Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens - und Bereicherungsausgleich, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 183 (1983), S. 608 ff.

Joerges, Christian, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981.

ders., Zielsetzungen und Instrumentarien der europäischen Verbraucherrechtspolitik: Eine Analyse von Entwicklungen im Bereich des Zivilrechts, Zeitschrift für Verbraucherpolitik 1979, S. 213 ff.

ders., Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, Die Aktiengesellschaft, 1983, S. 57 ff.

Kramer, Ernst A., Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat - und Wettbewerbsrechts, Zeitschrift für schweizerisches Zivilrecht, Bd. 98, 1979, S. 49 ff.

Kübler, Friedrich, Kodifikation und Demokratie, Juristenzeitung 1969, S. 645 ff.

Leipold, Dieter, Verbraucherschutz - Todesstoß oder Überlenbenschance für das Bürgerliche Recht, in: Studi Onore di Enrico Tullio Liebmann, Edition Giuffrè, Mailand, 1979, S. 2691 ff.

Leser, Hans G., Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts - und Gefährdungshaftungsrechts, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 183 (1983) S. 568 ff.

Lieb, Manfred, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 183 (1983), S. 327 ff.

ders., Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sog. Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 178 (1978), S. 196 ff.

Picker, Eduard, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftung zwischen Vertrag und Delikt, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 183 (1983), S. 369 ff.

Rehbinder, Manfred, Zur gegenwärtigen Situation des Verbraucherschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kitagawa/Rehbinder (Hrsg.), Gegenwartsporbleme des Verbraucherschutzes, Berichte über Erfahrungen in Japan und Deutschland, Japanisches Recht, Schriftenreihe, hrsg. von Baumgärtel u. a., Heymanns Verlag Köln, 1978, S. 9 ff.

ders., Rechtliche Probleme des Verbraucherschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kitagawa/Rehbinder aaO, 1978, S. 39 ff.

Reich, Norbert, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, Zeitschrift für Rechtspolitik 1974, S. 178 ff.

Reich, Norbert/Micklitz, Hans W., Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Studie im Auftrag der EG-Kommission, van Nostrand Reinhold Company, New York, 1980.

Reifner, Udo, Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, Zeitschrift für Verbraucherpolitik 1978, S. 203 ff.

Simitis, Konstantin, Verbraucherschutz - Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976.

Simon, Dieter, Gesetzesflut - Gesetzesperfektionismus, in: Gesetzerflut - Gesetzesperfektionismus, Eine Problemstellung in Kurzreferaten, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Bd. II, Sitzungsbericht Q 12 ff., 1980.

Schmidt, Eike, Von der Privat - zur Sozialautonomie, Juristenzeitung 1980, S. 153 ff.

Schmidt, Jürgen, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform. Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen, 1985.

Schmud, Jürgen, Schuldrechtssüerarbeitung - eine Herausforderung an die Gesetzgeber, Neue Juristische Wochenschrift, 1982, S. 2017 ff.

Schünemann, Wolfgang B., Wandlung des Vertragsrechts, Neu Juristische Wochenschrift, 1982, S. 2027 ff.

Schwark, Eberhard, Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldreschts des BGB, Juristenzeitung 1980, S. 741 ff.

Vogel, Hans - Jochen, Zur Diskussion um die Normenflut, Juristenzeitung, 1979, S. 321 ff.

Vollkommer, Max, Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungsrechts mit den Leistungsstörungsinstituten der besonderen Schuldvertragstypen, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 183 (1983), S. 525 ff.

ders., Das neue Maklerrecht - ein Vorbild für die Überarbeitung des Schuldrechts?, in: Festschrift für Karl Larenz, 1983, S. 638 ff.

Weitzel, Jürgen, Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Recth und Politik, 1985, S. 155 ff.

Westermann, Harm - Peter, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 178 (1978), S. 150 ff.

Wolf, Alfred, Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1978, S. 249 ff.

ders., Die Überarbeitung des Schuldrechts, Anlässe und Stand der Überlegungen, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 182 (1982), S. 80 ff.

Wolf, Ernst, Kein Abschied vom BGB. Absage an die geplante Neuordnung des. Schuldrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1982, S. 1 ff.

ders., Das BGB, eine unverzichtbare Grundlage des Rechtsstaats, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1983, S. 241 ff.

Beiträge des Autors zum Thema Verbraucherschutz und Verbraucherrecht :

— Rechtstatsachen und aktuelle Zivilrechtsprobleme finanzierter Umsatz - und Dienstleistungsgeschäfte - Zu einem Teilaspekt des Verbraucherschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, Hogaku Shirin (Japan), Bd. 73, 1975, S. 1 ff.

— Kundenschutz im Fernunterrichtswesen. Zum neuen Fernunterrichtsschutzgesetz und seiner Bedeutung für die Verbraucherrechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, Hogaku Shirin (Japan), 1979, S. 51 ff.

— Verbraucherpolitische Vertragsrechtsreformen im Bürgerlichen Gesetzbuch - Zu dem Gesetzentwurf über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge, Zeitschrift für Rechtspolitik 1979, S. 265 ff.

— Kundensschutz bei sog. Haustürgeschäften. Hikakuho Zasshi, (Japan), 1979, S. 57 ff.

— Zur neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht, Juristiche Arbeitsblätter, 1980, S. 1 ff.

— Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen außerhalb von Geschäftsräumen - Zu einem Teilaspekt der deutschen und europäischen Verbraucherrechtsentwicklung, Annales de la Faculté du Droit d'Istanbul (Türkei), 1980, S. 19 ff.

— Kundenschutz bei sog. Haustürgeschäften, Hikakuho Zasshi (Japan), 1980, S. 39 ff.

— Aktuelle Verbraucherschutzgesetzgebung und neuere Verbraucherrechtsdiskussion in der Bundesrepublik Deutschland - Zugleich zur Frage der Bedeutung besonderer Verbraucherschutzrechte für das Allgemeine Privatrecht, Hogaku Kenkyo (Japan), 1981, S. 17 ff.

— Neue politische Tendenzen und prozessuale Theorien zu den Verbraucherverbandsklagen in Westdeutschland, Teil I, Jurist (Japan), Nr. 750, 1981, S. 140 ff.; Teil II, Jurist (Japan), Nr. 751, 1981, S. 96 ff.

— Das Recht des Direktmarketing. Kundenwerbung und Verträge außerhalb von Geschäftsräumen, 1982.

— Schuldrechtsreform und Verbraucherrechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, Hanrei Times, (Japan), 1983, S. 26 ff.

— Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 98, 1985, S. 1 ff.; Nachdruck aus Hikakuho Zasshi (Japan), 1979, S. 1 ff.

— Eheanbahnung und Partnervermittlung. Untersuchung der Rechtslage und Rerchtsreform des gewerblichen Partnerscfaftsservice aus Anlaß des Gesetzentwurfs über Maklerverträge, 1985.

— Politik und Theorie der Verbraucherverbandsklagen, in: Ishikawa/Kojima (Hrsg.), Zivilverfahren in Europa. Ihre Situation und ihre Aufgaben, Chou University Press (Japan), 1985, S. 117 ff.

LA SECONDE PREUVE LIBERATOIRE ET L'IDEE DE GARANTIE

par
Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU (*)
Docent Adjoint

Introduction

Dans le cadre des articles 55 et 56 COS et COT se trouve prévue une preuve libératoire, parmettant aux responsables de se libérer de leur responsabilité lorsqu'ils établissent qu'ils ont exercé le soin voulu de leur part. Dans ces articles, se trouve encore prévue une **autre** (**) preuve libératoire, consistant à prouver que le dommage se **serait** de toute manière **produit même si** les responsables avaient **assuré** les mesures de soin exigées d'eux (art. 55 **al.** 1 et 56 **al.** 1 COT et COS). - Quoique l'article 320 CCT ainsi que l'article 333 CCS accordent au chef de famille (chef de la **communauté domestique,** en vérité..) **aussi** la **première** de ces deux preuves libératoires, ils ne **mentionnent** pas cependant la **seconde** (voir le texte de ces articles).. Tout de même, on admet, en **dépit** du code, que cette disposition, pourrait-on dire, **implique** en quelque sorte aussi le deuxième moyen libératoire. A ce sujet, il n'existe pas unanimité en doctrine (1). Quoi qu'il en soit, il y a **plus ou moins** certitude sur ce que rien **n'empêche** d'appliquer la seconde preuve libératoire également dans le cadre de l'article 320 CCT, respectivement article 333 CCS. D'ailleurs, il est à remarquer que le § 832 du **BGB,** qui contient une **pareille** norme de responsabilité à charge des surveillants,

---

(*) Docent adjoint à la Faculté de droit de l'Université d'Ankara.

(**) *Sauf* indication contraire, les mots *soulignés* le sont de *notre* part...

(1) Voir, par exemple, *von Tuhr/Peter* d'une part, p. 450 n. 30 et *Oftinger*, II/1, pp. 265 s d'autre part.. - Certains auteurs considèrent que la seconde preuve libératoire n'ayant pas de portée pratique consirérable, son absence à l'article 320 CCT (art. 333 CCS) n'est pas une *lacune* déplorable et qu'il ne serait, dès lors, pas très utile de la reconnaître *aussi* dans la responsabilité du chef de famille. Voir, à titre d'exemple: *Tandoğan* (II), p. 160; *Egger*, rem. 22 à l'art. 333 CCS. - *D'autres* références encore seront données au cours de notre travail.

En ce qui concerne le passage indiqué chez *von Tuhr*, remarquons, à

prévoit aussi cette autre possibilité d'exonération.. Nous admettrons, quant à nous-même que le chef de famille possède cette deuxième preuve exonératoire. Tout comme auparavant (2), nous considérerons ce point comme acquis au cours de cette étude également.

Parallèlement aux dispositions correspondantes du CO et du CC, aussi bien turcs que suisses, mentionnées plus haut, les § § 832 et 833 du **BGB consacrent** la seconde preuve libératoire.

Cette preuve pourrait, à **notre** sens, constituer, à la rigueur du moins, une certaine **variante** de **l'inévitabilité** objectivée ou **l'inévitabilité** absolue (3).. Elle aurait, toujours à **notre** sens, une place **intermédiaire** entre l'absence de la causalité proprement dite - causalité devant exister entre le dommage et un éventuel défaut de soin - et l'inévitabilité entièrement objective..

Dans cette étude, nous allons, tour à tour, examiner le problème en Droits **allemand, turc** et **suisse,** en nous exprimant à l'occasion, et nous exposerons, tout à la fin, **notre** propre opinion. A cet effet, nous allons toujours diviser l'étude de chaque Droit en deux parties, dont l'une s'occupera de l'état de la **jurisprudence** et dont l'autre de celui de la **doctrine.**

---

toutes fins utiles, qu'il y a une *différence* sensible entre le texte français dû à la plume de *M. de Torrenté* et *E. Thilo* et le texte original en allemand.. En effet, cf. von *Tuhr*, Partie générale du Code fédéral des obligations, traduit de l'allemand par *M. de Torrenté* et *E. Thilo*, 2e éd.. par *E. Thilo*, § 49, IV n. 30: «Par analogie avec l'article 55 (soulignons que par mégarde, dans la note traduite par ces deux auteurs, au lieu de l'article 55 figure l'article 44!) CO, on doit permettre au chef de famille de se libérer en prouvant que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.» Or, dans son original nous lisons: «(...) de se libérer par la preuve que le dommage se serait aussi produit.» *A notre entendement,* ce sont deux manières *bien différentes* d'écarter une responsabilité qui se trouve déjà engagée. Dans la première, il s'agit bien plus que d'un simple manque de causalité; cette formule, qui rappelle étrangement celle de l'article 1384, *al.* 7 du CCF, a trait à *l'évitabilité,* beaucoup plus que le défaut de causalité..

— Voir aussi *E. W. Stark,* Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Société suisse des juristes, Rapports et communications, Basel, 1967, p. 33, n. 45. L'auteur, *sans* opiner sur la question, il se contente de remarquer que la formule de l'article 333 CCS *s'écarte* de celle des articles 55 et 56 COS en ce qui concerne la preuve libératoire. Le problème pourrait l'intéresser; mais, comme il s'agit d'un détail selon lui, il estime qu'il ne pourrait l'examiner dans son travail en question.

(2) Voir notre thèse, pp. 151 ss et *différents* autres endroits.

(3) Pour cette notion, voir, *Junod Ch. - A.*, Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, Genève, 1956, p. ex. p. 188.

1. Le Droit allemand

1.1. La question en jurisprudence

A l'instar de la jurisprudence turque et de la jurisprudence suisse (comme nous le verrons plus tard) la jurisprudence **allemande** n'est pas abondante sur ce sujet (4).

Selon **certains** arrêts (5), il s'agirait de **l'absence** de **causalité proprement dite** entre le manque de soin et le dommage. Il y aurait dès lors à appliquer la norme qui prévoit la seconde preuve exonératoire aux §§ 831, 832 et 833 du **BGB**. La **présomption** édictée à toutes ces dispositions **s'étendant** également à la causalité (6), les responsables légaux pourraient se libérer de leur responsabilité en recourant à ce deuxième moyen libératoire (7). - Cependant, il convient de souligner qu'il ne suffit pas, à cette fin, qu'il existe seulement une **possibilité** à cet égard (8).. Ainsi, l'unique éventualité que le préjudice eût pareillement pu se produire en cas d'exercice de la diligence désirable serait nettement inopérante.

Suivant **d'autres** arrêts (9), il n'y avait pas **lieu** à user d'un soin quelconque à l'égard de la personne soumise à l'autorité du responsable, celle-ci s'étant de toute façon comportée conformément aux prescriptions du Droit.

Et, dans ces deux hypothèses envisagées par la jurisprudence, il est un point commun: **peu importe** que le responsable n'ait, en fait, pas fait preuve d'une diligence, diligence dont il est tenu par ailleurs aux termes même de ces articles. Car, son manque de diligence n'aurait en

(4) Voir, par exemple, les arrêts suivants: *RG, JW* 1906, 547; *RG, JW* 1911, 979; *RG, JW* 1921, 526; *WarnR* 1910, 60; *RG, WarnR* 1912, 28; *RG, Recht* 1911, 3321; *RGZ* 128, 149; *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 159, 283, 291 et 312 (315); *RGZ* 135, 149; *WarnR* 1916, 304; *WarnR* 1914, 53; *Recht* 1919, 1448; *JW* 1930, 3213; *JW* 1934, 2973; *NJW* 1954, 913; *NJW* 1957, 1149; *BGH,LM*, no 1 § 831 Fb; *LM*, no 6 § 831 Fa; *BGHZ* 4, 1, 4; *BGHZ* 12, 94 et 96; *VersR* 1955, 745; *VersR* 1956, 453; *VersR* 1957, 247; *VersR* 1957, 519; *VersR* 1959, 104; *VersR* 1966, 564; *VersR* 1966, 877 - 878; *VersR* 1966, 1036.

(5) Voir, par exemple, les arrêts ci-après: *RG, JW* 1911, 979; *BGHZ* 4, 1 4; *LM*, no 6 Fa; *BGH, LM*, no 1 Fb.

(6) Voir, p. ex.: *RG, WarnR* 1912, 28; Düsseldorf, *VersR* 1956, 435. - *Schäfer*, rem. 244 sous § 831 *BGB*.

(7) Cf. *Schäfer*, rem. 244 au § 831 *BGB*.

(8) Voir, p. ex.: *RGZ* 159, 283, 291, 312 et 315; *JW* 1930, 3213; *JW* 1934, 90; *RG, WarnR* 1910, 60; *WarnR* 1916, 304; *RG, WarnR* 1912, 28; *RG, Recht* 22, 1154.

(9) Voir, p. ex.: *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149 (155); *RGZ* 159, 312 (315)).

rien **influé** sur la survenance du dommage. Ce serait le cas effectivement, état donné que dans la première de ces hypothèses il n'existerait pas de relation **causale** et, dans la deuxième, relation **logique** entre le préjudice et le défaut de soin..

1.2. La question en doctrine

1.2.1. Schäfer

Pour cet auteur, le second moyen d'exonération n'est que la preuve du manque du **lien causal** (10). L'employeur, par exemple, peut aussi se libérer en rapportant la preuve de l'absence de la causalité entre l'inexistence du soin et le préjudice. Il réfuterait ainsi la **présomption** de causalité qui est prévue par le § 831 **BGB**, - tout comme les §§ 832 et 833 **BGB** (11). Le responsable peut toujours administrer cette autre preuve, même s'il n'a pas **réussi** à administrer le première. Mais, il n'empêcherait nullement qu'il entreprenne la deuxième preuve exonératoire **d'ores et déjà**, avant même qu'il échoue dans l'administration de la première.. - Il est à remarquer que ce second moyen d'exonération ne peut être admis que si le responsable établit que le dommage serait de toute manière **certainement** arrivé. Il est insuffisant que le dommage eût pu également arriver même si le responsable avait dispensé le soin voulu (12).

A l'avis de cet auteur, la preuve exonératoire en vertu de l'absence de la causalité peut être envisagée de **deux** manières. Sous **un point de vue**, le fait que le responsable légal n'a pas pris les mesures nécessaires n'eût pas **influencé** du tout la réalisation du dommage, étant donné que même s'il les avait prises, le dommage fût quand même arrivé (13). Il en serait ainsi lorsqu'il a **manqué** au soin requis dans le choix de son auxiliaire, mais que ce manquement n'aurait en rien **influencé** la conduite d'un employeur, même soigneux comme il faut dans le choix de cet auxiliaire (14). Il en serait également ainsi lorsque l'employeur a **manqué** au soin exigé dans la surveillance de son auxiliaire, mais que ce dernier à sa **place** aurait agi de la **même** manière.. Dès lors, l'auteur direct du

(10) Voir encore les explications de l'auteur dans ses remarques sous §§ 832 et 833 *BGB:* rem. 80 au § 832 et rem. 137 au § 833 *BGB*. Ces explications se trouvent dans ses grands principes *conformes* à celles données sous le § 831 *BGB*. C'est pourquoi d'ailleurs, nous n'en parlerons pas.

(11) Cf. *Shäfer*, rem. 244 au § 831 *BGB*, rem. 80 et 81 au § 832 *BGB*, rem. 87, 88 et 137 au § 833 *BGB*.

(12) Cf. *id.*, rem. 244 au § 831 *BGB*.

(13) Cf. *id.*, rem. 245 ss au § 831 *BGB*.

(14) *Id.*, rem. 245 au § 831 *BGB*.

comportement très rusé (15). Il en serait encore ainsi lorsqu'il a **manqué** au soin requis dans la livraison des instruments de travail à son auxiliaire, mais que même si les instruments de travail s'étaient trouvés en bon état, le préjudice se serait aussi produit (16). - Et sous **un autre point de vue,** le responsable pourrait **encore** se libérer de sa responsabilité déjà établie de par la loi (§§ 831, 382 et 833 **BGB),** quoiqu'il n'ait pas **assuré** les mesures de soin nécessaires. Car, la personne de la conduite de laquelle il répond eût agi de **telle** sorte que toute personne à sa **place** aurait agi de la **même** manière.. Dès lors, l'auteur direct du préjudice s'étant comporté **irréprochablement** (17), on peut et doit admettre que le dommage serait de toute façon arrivé, même si les mesures de soin exigées avaient été prises par le responsable légal (18). La manière d'agir de l'auteur **direct** du dommage n'encourant **aucun** reproche dans une pareille hypothèse, le responsable du fait **d'autrui** ne saurait en répondre. La solution contraire serait, estimons - nous, nettement en **contradiction** avec les règles établies du Droit de la responsabilité civile (19). - On devrait aboutir à une conclusion **identique** lorsqu'il serait question d'un manque de soin dans **l'organisation** même du travail du responsable (20).. Bien que le responsable n'ait pas rapporté la preuve dite **décentralisée** (21), il lui serait **toujours** permis d'administrer la seconde preuve libératoire.

En revanche, le responsable ne devrait pouvoir s'exonérer de sa responsabilité par la preuve de l'absence de la causalité, en prouvant seulement que le défaut réellement **existant** chez la persone soumise à son autorité ne serait **justement** pas à **l'origine** du dommage (22). Il s'agirait, dans ce cas, d'un défaut de l'employé qui aurait pu être **décelé** lors de l'examen de ses capacités par l'employeur, et qui l'aurait, en fin de compte, rendu **impropre** au travail lui confié. S'il en est ainsi, c'est parce qu'on devrait admettre que si le responsable avait été **diligent** dans l'accomplissement de ses «devoirs» légaux, il n'eût pas dû **autoriser** l'employé en question à se livrer à l'activité envisagée. L'employeur

(15) *Id.*, rem. 246 au § 831 *BGB.*
(16) *Id.*, rem. 247 au § 831 *BGB.*
(17) Voir, par exemple, les arrêts ci-dessous: *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149; *RGZ* 159, 312 (315); *BGHZ* 4, 1; *BGHZ* 12, 94 (96); *NJW* 1954, 913; *VersR* 1955, 745. - En Droit suisse: *RSJ* 25, 26 = RJB 64 87.
(18) Voir *id.*, rem. 139 et rem. 248 au § 831 *BGB.* - *Contra: von Caemmerer*, p. 538; - comp. dans les systèmes suisse et turc: *Oftinger*, II/1, pp. 175-176.
(19) Voir et comp., par exemple: *von Caemmerer*, pp. 535 ss.
(20) Cf. *Schäfer*, rem. 249 au § 831 *BGB.*
(21) Pour cette notion, *Schäfer*, rem. 176 ss au § 831 *BGB.*
(22) Cf. *id.*, rem. 251 au § 831 *BGB.*

n'eût, par exemple, pas choisi et il n'eût, par conséquent, pas eu recours à l'auxiliaire en cause, ce qui lui eût permis de **prévenir** la réalisation du dommage. N'ayant pas, dès lors, **déployé** le soin nécessaire dans l'accomplissement de ses devoirs légaux, l'employeur n'aurait pas le moyen de se libérer de la responsabilité mise à sa charge par la loi.

1.2.2. **Fikentscher**

Selon cet auteur, la seconde possibilité d'exonération constitue la preuve d'une sorte de **casus mixtus.** Il donne, pour illustrer sa pensée, l'exemple d'un auxiliaire dont l'habileté pour le travail en cause ne serait pas du tout **reconnaissable** (23). Et l'employeur ayant confié ce travail à employé pourrait s'exonérer, lorsque le préjudice se fût de toute manière produit même s'il avait exercé un soin suffisant dans le choix de son employé..

1.2.3. **Auteurs divers**

Divers auteurs estiment simplement qu'il s'agit ici d'un simple **renversement** de la charge de la preuve, et que le responsable légal peut prouver le **contraire** du fait établi grâce à la présomption, à savoir **l'inexistence** d'un lien **causal** entre le dommage et le manque de soin (24).

1.2.4. **Soergel** et **Siebert**

Ils pensent aussi qu'il est question d'un problème de **causalité** dans le cadre de la seconde preuve exonératoire (25). La formule concernant cette autre possibilité de libération signifie, au point de vue de son contenu, **l'absence** de causalité entre le dommage et le comportement du responsable. Ces dispositions auraient pour but de mettre hors de doute que c'est aux responsables d'établir l'inexistence du lien de causalité. On pourrait s'en passer sans préjudice, car cette distribution du fardeau probatoire ve de soi. Cette conclusion de la loi ressort du fait que la présomption du § 831 **BGB**, par exemple, **s'étendrait** également à la causalité. - Et, les responsables devant démontrer, à coup sûr, le défaut de la causalité entre le dommage et le manque de soin requis, il ne suffit pas qu'ils se contentent, à cet égard, de prouver la **seule**

---

(23) Cf. *Fikentscher*, § 107, I, 2, d.

(24) Voir, par exemple: *Enneccerus L./Lehmann H.*, Recht der Schuldverhältnisse, 15e éd., Tübingen, 1958, §241, III, 2; *Geigel/Geigel*, chap. 14, rem. 35.

(25) Voir *Soergel/Siebert*, rem. 8 au § 831 *BGB*.

possibilité que le dommage se fût quand même produit au cas où le soin requis eût été dispensé (26).

1.2.5. **Esser**

Esser interprète **différemment** la preuve libératoire exceptionnelle (27) D'après lui, il s'agit de la preuve d'une causalité dite **hypothétique.** Et, le responsable peut s'appuyer sur la causalité hypothétique pour supprimer sa responsabilité. Il n'est pas question, dans le cadre de cette preuve d'exception, de démontrer simplement l'absence de la causalité entre le préjudice et la conduite du responsable. Elle ne peut être la seule **négation** du lien causal (28).

Le **fondement** de la responsabilité en question serait aussi propre à influer sur l'exonération par le développement dit **hypothétique..** Les responsabilités dont il s'agit ici seraient, en quelque sorte, des responsabilités pour **cas fortuit,** fondées sur un certain **risque,** - et non des responsabilités pour faute **proprement** dite. Les personnes tenues en vertu des normes des §§ 832, 832 et 833 du **BGB** répondraient, en fin de compte, du fait d'une causalité seulement **possible,** et non réelle. Cependant, grâce à la réglementation légale, ces responsabilités feraient aussi partie de celles où une causalité véritable se trouve exigée. Car, la loi partirait de ce point de vue qu'une véritable causalité existe jusqu'à preuve du contraire, - ce en utilisant le procédé de **présomption,** construction qui permettrait un pareil résultat. Il existerait donc des présomptions de **causalité.** Dès lors, la réglementation des §§ 831 et 832 du **BGB** ne devrait pas être considérée comme faisant **exception** à la règle, salon laquelle la responsabilité n'est de rigueur que si l'état de fait prévu par la loi est réalisé par un fait en rapport de cause à effet adéquat avec le préjudice..

Et en ce qui concerne la manière dont les responsables pourraient rapporter la deuxième preuve libératoire, l'auteur écrit ceci. Cette preuve peut être rapportée de **deux** façons. Le responsable peut prouver que le dommage se serait **aussi** produit même s'il avait pris les mesures nécessaires, étant donné que l'employé - par exemple - se serait comporté comme un employé **diligent,** voire comme toute personne

(26) *Id., loc. cit.* - Dans le même sens, cf. aussi: *Palandt*, rem. 6 b au § 832 *BGB; RGRK*, rem. 1 au § 832 *BGB; Erman*, rem. 1 au § 832 *BGB.*

(27) Voir *Esser*, § 62, 4, c. - Cf. aussi *Eren* (II), p. 211. - *Contra: von Caemmerer*, p. 431; *Niederländer H.*, Schadenersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, *AcP* 153 (1954), p. 50.

(28) *Contra: von Caemmerer*, pp. 413 s.

diligente se trouvant dans les mêmes circonstances que lui. Le responsable peut également rapporter cette preuve en établissant qu'un **autre** employeur à sa place, **prudent** et **diligent,** eût agi exactement **comme** lui, étant donné que l'inaptitude de l'employé, par exemple, n'était point **reconnaissable..** - En **revanche,** le responsable ne pourrait s'exonérer en démontrant que le dommage aurait **tout aussi bien** pu arriver, ou qu'il se serait certainement survenu du fait d'une cause dite de **réserve** ou de **remplacement,** ou encore qu'il est la conséquence d'un **autre** défaut de l'auxiliaire que celui constaté (29).

Ainsi le responsable légal pourrait - il repousser la responsabilité édictée à son endroit en établissant qu'en dépit du défaut de soin de sa part, une **autre** cause - de nature hypothétique - eût amené le même préjudice. Cette conception de la deuxième preuve exonératoire nous paraît assez **originale** et suffisamment digne **d'intérêt..**

1.2.6. **Völker**

D'après cet auteur, du moment qu'un rapport de causalité doit exister entre l'endommagement d'autrui et la violation du devoir de soin pour l'application du § 832 **BGB,** le responsable de la violation dudit devoir peut aussi rapporter la preuve libératoire en prouvant que le dommage fût **également** arrivé même s'il avait dispensé le soin désirable (30).

Il rejette cette conception que la disposition prévoyant la deuxième possibilité d'exonération serait **superflue** (31).. Admettons que, dit - il, il s'agisse ici d'une formule d'exonération qui **va de soi.** Même dans ce cas, il faudrait se demander encore si le législateur n'a pas bien fait de la consacrer **expessément,** - ce pour éviter tout malentendu, ainsi que toute obscurité. - En outre, toujours suivant lui, comme il serait question des règles **spéciales** aux §§ 831 et 832 **BGB** (aussi au § 833

(29) Cf. *Esser*, §§ 62, 4 c, 207, 1 et 3 a, 205, 3 d. - Remarquons que certaines idées de *Esser* ne sont pas retenues par *Bydlinski*. Ainsi, lorsqu'il écrit que dans les cas de présomption de causalité prévus aux différents §§ du *BGB*, tels que les §§ 830, 831 et 832, les responsables sont, en fin de compte, tenus du fait d'une causalité uniquement *possible;* mais que ces causalités doivent, au point de vue *dogmatique*, être considérées comme de *véritables* causalités, en vertu d'une présomption légale. Cf. § 207, 3 a. Pour *Bydlinski*, une telle opinion ne saurait être *satisfaisante*. Il conviendrait ouvertement d'admettre que les responsables répondent du fait d'une causalité seulement *possible..* Cf., *op. cit.*, p. 74.

(30) Voir *Völker*, pp. 45 - 46.

(31) Voir dans ce dernier sens: p. ex. *Jerusalem*, p. 42; *Masur*, p. 86.

BGB, ajoutons - nous), le second moyen d'exonération pourrait également servir à **mieux** déterminer le sens de ces règles **hors** cas. - De plus, on serait en mesure de penser que, par cette preuve le législateur a voulu mettre **en relief** qu'il consacrait réellement une **présomption** de faute. Aussi cette autre possibilité de libération aurait - elle encore une fonction, celle de préciser à **qui** incomberait le fardeau probatoire.

1.2.7. **Masur**

Pour cet auteur, le second moyen d'exonération ne pourrait servir à rien d'autre que de **clarifier** le problème de la causalité. Elle ne saurait avoir un contenu à part; elle ne peut être que la simple absence de la causalité entre le préjudice et le manque de soin. Il y aurait là la preuve de l'inexistence de l'une des **conditions** de l'action en responsabilité (32).

En conséquence, la disposition de la preuve d'exonération n'aurait pas besoin de comprendre aussi ce deuxième moyen qui paraît, selon lui, nettement **superflu**.. Car, dit - il, l'obligation de réparer le dommage causé par autrui ne peut être basée que sur une faute **causale** commise par le responsable légal (33).

Par ailleurs, il fait remarquer que la formule utilisée dans le § 832 **BGB** - par exemple - peut donner lieu à des controverses et **malentendus**.. En effet, écrit - il, la chaîne causale, qui permet de retenir la responsabilité du responsable, ne pourrait être interrompue que, si déjà **avant** le résultat préjudiciable se serait produit un autre événement qui aurait pu consommer le résultat préjudiciable. En revanche, il serait complètement sans importance qu'une nouvelle chaîne causale intervienne une fois que le dommage se trouve **réalisé**, - la nouvelle cause consommant alors le résultat préjudiciable **déjà** produit (34)..

1.2.8. **Sachs**

Au point de vue de l'auteur, la nécessité d'une relation de cause à effet entre le préjudice et le fait préjudiciable du responsable se trouve exprimée par la formule de la seconde preuve libératoire, - au § 832 du **BGB**, par exemple (35). Comme il serait impossible d'interpréter la deuxième preuve libératoire **autrement** (36), les dispositions qui la prévoient seraient absolument **superflues**.

(32) Cf. *Masur*, p. 93.
(33) Voir *id.*, p. 86.
(34) *Id.*, p. 87 n. 1.
(35) Voir *Sachs*, p. 57 et n. 3.
(36) *Id.*, p. 58 n. 1.

Par ailleurs, la **formulation** même de cette preuve exonératoire serait de nature à induire en **erreur.** La formule légale pourrait nous conduire à des **malentendus.** Il ne serait pas, en fait, question de déterminer si le dommage s'est ou non produit par une conduite **contraire** au Droit, mais rechercher si le dommage se fût ou non réalisé en cas de **respect** de la norme de comportement, ainsi en cas de conduite **conforme** au Droit de la part du responsable légal. Après que le dommage s'est trouvé produit par un manquement aux devoirs de soin légaux, tous les autres événements arrivés **après coup** ne sauraient plus entrer en ligne de compte. Donc, à propos de ces autres événements, le responsable ne pourrait dire qu'ils eussent **également** produit l'accident dommageable (37). Une telle assertion serait de prime abord inopérante. Ces autres événements n'auraient éventuellement pour effet que, s'il est permis de parler ainsi, d'interrompre la chaîne causale **déjà** commencée par le **seul** fait de la négligence dans le soin indispensable. Ou pour mieux dire, comme une interruption quelconque de la chaîne causale déjà introduite paraît impossible - du moins **logiquement** -, ces dits événements n'auraient pour résultat que de faire commencer une **nouvelle** chaîne causale; - ce qui serait absolument sans importance au point de vue de la responsabilité déjà engagée du responsable en vertu de la violation d'un devoir de surveillance (38).

Mais, pourquoi aurait - on besoin d'une telle disposition, puisque la théorie sur la causalité permettrait déjà d'obtenir le même résultat? Alors, tout bien pesé, cette disposition quelque peu spéciale du § 832 **BGB** - entre autres - ne pourrait éventuellement servir qu'à préciser **l'inversion** de la charge de la preuve quant à la causalité (39).

1.2.9. Jerusalem

Jerusalem - un de ces auteurs qui se sont occupés les premiers de la question - raisonne comme suit. La **formule** prévoyant la seconde preuve libératoire au § 832 du **BGB** - par exemple - lui paraît **superflue.** Car, à son point de vue, le surveillant répond pour avoir commis une faute. Or, la responsabilité pour faute signifie toujours «responsabilité pour faute **causale**», - et non pour n'importe quelle faute.. Une faute dans **l'abstrait** - si nous interprétons bien la pensée de cet auteur - ne suffit nullement à engager la responsabilité de la personne qui l'a commise. En conséquence, la deuxième possibilité libératoire n'aurait

(37) *Id.*, p. 58.
(38) *Id.* p. 58.
(39) *Id.*, pp. 58 - 59.

aucunement besoin d'être prévue à part, en tant qu'une nouvelle norme, de portée particulière. Du moment que ce moyen exonératoire basé sur l'inexistence du lien de la causalité se trouve toujours offert à un responsable quelconque, il n'y avait nulle nécessité de le réglementer encore une fois et spécialement.

Si, par cette expression de seconde preuve d'exonération, la loi entend une présomption de faute, cela n'avait pas besoin d'être dit particulièrement. En effet, le fait que le lésé n'est pas dans l'obligation de prouver l'existence de la causalité est une conséquence toute naturelle de **l'inversion** du fardeau probatoire, - inversion prévue déjà par la première partie de ces normes, édictant une responsabilité **de plano** (40).

De surcroît, cette annexion de la deuxième preuve libératoire au § 832 **BGB** - par exemple - serait nuisible, - et non seulement inutile. Parce qu'elle peut facilement occasionner des **malentendus.** Et, afin d'illustrer sa pensée, l'auteur fournit cet exemple, emprunté d'ailleurs à **Feder** (41): un enfant mal surveillé casse les vitres d'une fenêtre d'une maison en y jetant des pierres. Juste après ce fait dommageable, le vent brise toutes les fenêtres de cette maison. Si l'on prenait à la lettre cette disposition du § 832 **BGB,** par exemple, il serait facile aux parents de prouver que le dommage se serait de toute façon produit même s'ils avaient bien surveillé leur enfant. Or, tel ne peut être le sens de cette autre possibilité d'exonération. Il est question dans la loi de savoir si c'est par un défaut de vigilance que le préjudice s'est produit. Il ne peut nullement être question de rechercher si après la production du préjudice un événement est ou non survenu consumant le résultat **précédemment** produit.

En revanche, écrit l'auteur, la preuve du manque de la causalité et partant celle du second moyen exonératoire seront considérées comme rapportées dans l'exemple suivant. Un garçon mal éduqué par ses parents et grandi presque sans surveillance joue à la balle avec ses camarades d'école. Pendant le jeu, il jette la balle dans la direction de l'un de ses camarades de jeu et la balle touche malencontreusement l'oeil de l'un des cojoueurs. Le coup atteint l'oeil de de celui-ci, de telle façon qu'il le lui fait perdre, le laissant désormais éborgné. Il y a là, raisonne **Jerusalem,** un acte objectivement illicite, par lequel se trouve endommagée une tierce personne. Cet acte dommageable et illicite a été, de plus, commis par une personne nécessitant surveillance, et ses

(40) Voir respectivement les §§ 831, 832 et 833 du *BGB.*
(41) Voir *Feder*, p. 104.

parents étaient chargés, en vertu de la loi, de la surveiller. Il est, de surcroît, constant que ces parents n'ont pas satisfait à leur devoir de surveillance. Et pourtant, les parents ne devraient être tenus de répondre de ce dommage aux termes du § 832 du **BGB**.. Du moment que le lien **causal** fait défaut entre le dommage et l'absence de surveillance, on ne saurait leur faire nul grief. En effet, en tout état de cause, on ne pourrait dire que le dommage produit se présente comme une conséquence **normale** et **adéquate** du défaut de surveillance. Car, admettons que les parents en question aient surveillé **convenablement** leur enfant, on ne peut nier que même dans cette hypothèse le dommage se fût produit. La raison en est que les parents sont en droit de permettre à leur enfant de jouer à la balle, sans violer nullement leur devoir de surveillance (42). Outre qu'ils peuvent légitimement lui permettre ce jeu, ils ne sont pas obligés de le surveiller **de près** pendant le jeu, - qui paraît, par nature, **innocent** (43).. Donc, même si les parents avaient

---

(42) En sens contraire, voir cet arrêt de la jurisprudence française: Cour de cassation *française*, JCP 1966, II, 14567. - Pour un commentaire *critique* de cet arrêt, voir *Tunc A.*, L'enfant et la balle, réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, SJ/JCP I (1966), 1983.

(43) Dans une espèce fort analogue, la Cour de cassation française a retenu la responsabilité des parents d'un enfant qui avait *malencontreusement* blessé son camarade de jeu. L'enfant, auteur du dommage, voulant envoyer la balle à son camarade, il lui avait, *accidentellement*, envoyé «de la terre.» La *maladresse* de l'enfant a été considérée par les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, comme une «*activité (!)*» nécessitant surveillance.. En effet, comme *Tunc* souligne aussi dans son commentaire sous cet arrêt, déjà cité à une note précédente (voir *supra*), le préjudice était un *pur accident*.. Voir Cour de cassation française, JCP 1966, II, 14567; - *Tunc, op. cit.* Dans de *tels cas*, peut-on *réellement* reprocher quoi que ce soit aux responsables légaux? Nous en doutons.. Dans son commentaire cité auparavant, *Tunc* écrit ceci à ce propos :

«Approuvés par la Cour de cassation, les juges du fond ont vu une négligence *fautive* dans le fait de laisser un enfant de neuf ans (en compagnie d'un autre de onze ans) s'amuser dans un terrain vague, *hors de toute* surveillance, à envoyer des coups de pied dans une petite balle. En fait, le jeu paraissait *bien innocent*, et la faute du père, *bien douteuse*. La faute consiste-t-elle à avoir laissé l'enfant jouer à la balle dans un terrain «vague»? Mais qu'est-ce qu'un terrain «vague»? Ce n'est pas dans un parc à la française ni dans un jardin japonais qu'un enfant doit jouer au ballon.»

«A supposer que le père ait commis une faute de surveillance, encore faudrait-il, pour qu'il mérite d'assumer la responsabilité de la *maladresse* de son enfant, qu'un lien de *causalité* unisse ce défaut de surveillance à cette maladresse. Il est clair qu'il n'en est rien. Si le père avait *surveillé* son fils, comme l'arrêt semble lui *reprocher* de ne pas l'avoir fait, il n'aurait

exercé la surveillance voulue, l'enfant eût pu tout aussi bien commettre l'acte dommageable (44).

Les réflexions de l'auteur se terminent ainsi. Nous en retiendrons particulièrement que, selon lui, la formule de la seconde preuve libératoire peut donner lieu à des **malentendus;** que cette autre possibilité d'exonération va de soi; qu'il est dès lors **superflu** de la prévoir **expressément;** qu'il s'agit de l'absence de la causalité **proprement dite** et non une absence de causalité quelconque, n'ayant rien à voir avec le défaut de soin d'une part et la production du dommage d'autre part. Il souligne aussi que les responsables légaux ne sauraient répondre d'un manque de soin dans l'abstrait, mais qu'ils sont tenus seulement d'un manque de **soin réellement** causal (45).

1.2.10. **Ruhl**

Un autre auteur, **Ruhl**, qui a étudié la responsabilité civile des surveillants légaux et contractuels en Droit allemand, considère la deuxième preuve libératoire comme une preuve d'absence de **causalité** avant tout (46). Il fait remarquer que la nécessité d'un rapport causal entre le défaut de soin et le préjudice va **de soi.** La disposition qui prévoit la seconde preuve d'exonération serait, dès lors, **superflue** si on l'interprète dans le sens d'une preuve de causalité. Il est clair que le seul défaut de soin causal peut obliger le surveillant à réparer le dommage causé.

évidemment pas pu *empêcher* l'enfant de frapper à côté de la balle. Que l'enfant ait été «*hors de toute surveillance*» eût été pertinent s'il avait commis quelque *mauvaise* action. Mais c'est *sans* aucun rapport avec la maladresse qu'il a commise.»

«L'arrêt s'efforce de *tourner* le fait en déclarant que l'accident était *prévisible*, donc que le père ne peut prétendre qu'il ne pouvait *l'empêcher*. La discussoin s'enlise. *Prévisible? Imprévisible?* La question, en premier lieu, ne veut rien dire: le jeu créait un *risque* d'accident, mais un risque *dérisoire*. On déclare pourtant que l'accident était prévisible. Mais, dans la mesure même où il l'était, il faudrait admettre, semble-t-il, que la victime en avait *accepté* le *risque*, ce que ne fait le pourvoi. Enfin, si l'accident était prévisible, la faute du père n'est pas d'avoir laissé l'enfant sans surveillance, mais de lui avoir *permis* ce jeu, que chacun jusqu'ici considérait comme anodin, et qui consiste à «envoyer des coups de pied dans une petite balle.» Soyons francs: *l'accident* n'est pas de ceux qu'un «*bon* père de famille» devait faire entrer dans ses *prévisions*.»

(44) *Jerusalem*, p. 42 et n. 1. - Dans ce sens, comp. aussi: *Feder*, p. 104 et *Pfeiffer*, p. 51.

(45) Pour tout ce qui précède, voir *Jerusalem*, p. 42 et n. 1.

(46) Voir *Ruhl*, pp. 97 ss.

Par ailleurs, la formule qu'utilise la loi à ce propos serait aussi **incompréhensible.** En effet, le lien causal ne peut être absent que si **avant** même l'arrivée du préjudice une autre chaîne causale intervient. Au contraire, lorsqu'après la production du dommage une nouvelle chaîne de causalité entre en ligne de compte, cette disposition à caractère exceptionnel du § 832 **BGB** - par exemple - ne saurait trouver application. L'appréciation de cette disposition devrait être telle qu'on vient d'indiquer; mais, à sa lecture, on pourrait parfaitement arriver à une interprétation tout à fait **différente..** Car la **formule** même de la loi permettrait aisément une conception s'écartant nettement de celle proposée par l'auteur - la plus heureuse, outre que la seule possible, selon lui. - Pour en tenir compte, **R. Merkel** par exemple (47), avait suggéré la formule suivante à la place de celle actuelle: «s'il (le responsable s'entend) prouve qu'il n'a pas causé le dommage fautivement.» La proposition de **Merkel** serait, pour **Ruhl** aussi, **plus** claire et ne provoquerait, du reste, **aucun malentendu** (48).

En prévoyant expressément cette autre possibilité de libération, la loi voudrait, encore une fois, souligner qu'elle exige un lien de causalité entre le dommage et le défaut de surveillance et qu'elle **présume** de plus ce lien jusqu'à preuve contraire. Le devoir de réparation mis à la charge du responsable ne comprendrait, ainsi, pas **aussi** le dommage qui serait arrivé même en **l'absence** du fait qui l'oblige à réparation, à savoir le manque de diligence. Par ailleurs, s'agissant ici d'une **évidence,** qui ne serait, du reste, mentionnée nulle part dans la loi, sa mention au § 832 **BGB** - par exemple - serait nettement **superflue** (49). La nécessité d'un lien de causalité n'est, d'après l'auteur, justement pas une condition à **part** de la responsabilité civile, étant donné qu'elle est de toute façon **impliquée** par la nécessité même d'une **faute** commise par le responsable (50)..

En fin de compte, la question de la seconde preuve libératoire se réduisant essentiellement à celle de la causalité **présumée,** la loi n'aurait pas bien fait de consacrer cette preuve expressément.

---

(47) Cf. *Merkel*, p. 137.

(48) Dans le même sens, comp. aussi: *Pfeiffer*, p. 51; *Feder*, p. 105; *Schütz*, Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen nach dem *BGB*, Thèse Jena, 1901, p. 87.

(49) Cf. *Ruhl*, p. 98 n. 2, où il se réfère d'ailleurs à *Planck*, rem. 2, b au § 249 BGB.

(50) Comp. aussi *Feder*, p. 105.

1.2.11. von Caemmerer

von Caemmerer examine aussi le problème de la seconde preuve libératoire (51). On sait que le Tribunal d'Empire a pu estimer qu'il y aurait lieu à appliquer cette preuve lorsque la personne dont répond le responsable légal s'était comportée de façon **irréprochable** (52).. Ainsi, si l'on peut dire qu'un employé bien choisi, bien surveillé, etc. se serait conduit de la même manière que l'employé en question, on doit écarter la responsabilité de l'employeur, étant donné que dans une pareille hypothèse la preuve libératoire prévue, entre autres dispositions, au § 831, al. 1 du **BGB** se trouverait rapportée.. Ce raisonnement est pour **von Caemmerer inexact.** Au point de vue de cet auteur, en prévoyant cette deuxième preuve libératoire, le législateur aurait songé à des cas où l'usage du soin requis par la loi n'eût pas, non plus, **prévenu** l'acte fautif de l'auxiliaire. Dès lors, cette preuve ne serait pas adéquate pour les hypothèses où l'employé aurait causé un dommage par une conduite entièrement **irréprochable..** Et, elle ne devrait pas conduire à l'exonération dans de telles hypothèses. Car, ajouterions - nous, malgré le comportement irréprochable de l'employé, la possibilité d'un comportement critiquable de l'employeur reste toujours **ouverte** (53).. Dans de pareils cas, on devrait, de prime abord, admettre que le choix de l'auxiliaire n'a pas été fait avec soin. Sinon d'ailleurs, l'employé n'eût pas été engagé du tout. Mais, du fait qu'une autre personne ne pourrait être embauchée si rapidement, l'activité à l'origine du dommage n'aurait pu être déployée. Le manque de soin dans le choix de l'auxiliaire paraîtrait ainsi **causal** dans le déroulement de l'accident dommageable. Mais alors, on objecterait à cela qu'une telle conséquence ne peut être comprise dans le **but** de **protection** de la norme violée. En effet, le devoir de choisir son personnel soigneusement ne serait destiné qu'à protéger les tiers contre les actes dommageables **fautifs** des auxiliaires de l'employeur, et non contre leurs comportements seulement **critiquables** - sans être cependant colorés d'une faute. Alors, dès qu'on reconnaît cette vérité, on doit

(51) Voir von *Caemmerer*, pp. 413 s, p. 432 et pp. 537 ss.

(52) Voir, par exemple: *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149 (155); *RGZ* 159, 312 (315).

(53) Voir l'auteur lui-même, par ex. p. 538; - dans le même sens, voir *Sungurbey*, pp. 143 - 144. - Remarquons tout de suite que selon *von Caemmerer*, la responsabilité de l'employeur ne devrait être de rigueur lorsque l'employé a agi *irréprochablement*, alors que pour *Sungurbey*, la faute de l'employé n'étant nullement une condition de la responsabilité de l'employeur, la conduite irréprochable de l'employé n'y changerait rien. A ce dernier propos, voir la suite de nos développements où nous essayons de rendre compte de la conception de *von Caemmerer;* - voir, en Droit turc, aussi *Oğuzman, op. cit.*

admettre du même coup que, non uniquement la norme de la seconde preuve libératoire, mais également toute la norme de responsabilité du § 831 **BGB,** ne pourraient **s'appliquer** du tout dans le cas d'une conduite **irréprochable** de l'auxiliaire.

Les hypothèses de la seconde preuve libératoire constituent, selon l'auteur, uniquement des cas de **négation** de **causalité** de **l'omission,** omission du devoir de soin établi aux §§ 831, 832 et 833 **BGB** (54). Toutefois, l'auteur ne paraît pas très catégorique à ce propos.. Il relève aussi que dans les cas d'omission, la causalité en question est toujours une causalité **potentielle** et **hypothétique,** - et non une causalité dite **naturelle** (55). On doit, dans ces cas, se poser la question suivante: comment les «choses» se sont **effectivement** déroulées? et comment elles se fussent déroulées lorsqu'il y aurait eu comportement **conforme** au Droit? Alors, on devrait **comparer** le déroulement **réel** des faits avec celui hypothétique. Et il faudrait se demander si, compte tenu du **sens** et du **but de** la réglementation prévoyant une responsabilité, certaines circonstances **réelles** ou **hypothétiques** doivent ou non être prises en considération (56).. Lorsque l'on compare le déroulement effectif des faits avec celui hypothétique, il ne faudrait jamais perdre de vue qu'une telle comparaison demanderait beaucoup de **perspicacité** et de **bon sens..** Il en serait ainsi dans les cas de **concurrence** de causes et **d'intervention** dans le déroulement causal. Il s'agirait, alors, ou bien d'une hypothèse **d'interruption** de causalité, ou bien de celle **d'accélération** de causalité. - A cet égard, il conviendrait, selon l'auteur, de **distinguer** nettement deux cas, dont le premier aurait trait à **l'überholende Kausalität** - qu'on pourrait donner par les termes de causalité accélérée -, et dont l'autre concernerait purement et simplement la **négation** de la causalité. Cette distinction serait difficile à faire, surtout dans les éventualités d'une causalité par **omission,** - ce qui est effectivement le cas aux §§ 831, 832 et 833 **BGB..** L'auteur estime que ces dispositions et leurs semblables consacrent une sorte de négation de la causalité. Mais, **quoi** qu'il en soit, du point de vue de la conception de **von Caemmerer,** les distinctions

(54) Cf. *id.*, pp. 431 s.

(55) L'auteur renvoie, ici, afin de comparaison, aux ouvrages suivants: *Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 7e éd., Berlin, 1960, p. 188; *Larenz K.*, Lehrbuch des Schuldrechts, § 14, III, b (p. 153); *Engisch K.*, JZ 1962, 190.

(56) Circonstances *réelles*, telles que les conséquences dommageables *inadéquates*, les avantages *non* à compter, etc.. - Circonstances *hypothétiques*, telles que les avantages *illicites*, *l'intervention* dommageable d'un *tiers* également responsable du dommage, etc.. - Pour ce qui précède dans le texte principal, et cette note: voir *von Caemmerer*, pp. 431 s.

terminologiques ne sont pas de grande utilité.. Il s'agirait, d'après lui, de **deux** espèces de problèmes, qui devraient être soigneusement distinguées, sous l'angle de la **politique juridique** également. D'une part, il serait question de savair si le défendeur peut s'exonérer, en prouvant que le préjudice fût ou non arrivé - entièrement ou partiellement - même en **l'absence** de l'état de fait qui le rendrait responsable; - ce, vue que **d'autres** circonstances, **préexistantes** ou **survenues après coup,** eussent conduit au **même** dommage.. D'autre part, il s'agirait de déterminer si le défendeur peut objecter que même si la possibilité d'un comportement **conforme** au Droit avait existé, ce comportement eût aussi conduit ou non au même résultat préjudiciable.. La réponse à donner à ces deux questions différentes serait, suivant l'auteur, tout à fait **différente** (57). Nous pouvons en conclure également que dans le cadre des §§ 831, 832 et 833 **BGB,** c'est le problème posé en second lieu qui est en question, quoique les **délimitations** à ce sujet soient **assez difficiles** à faire, vu qu'il s'agit dans ces hypothèses non pas d'une causalité toute naturelle, mais seulement d'une causalité dite **potentielle** ou **hypothétique** (58).

2. Le Droit turc

2.1. La question en jurisprudence

Les arrêts de la jurisprudence turque relatifs à la seconde preuve libératoire sont très **rares,** pour ne pas dire inexistants..

Les quelque arrêts que nous allons relater ne concerneraient, à vrai dire, pas directement notre sujet. Nous en parlerons quand même, à toutes fins utiles..

Dans un arrêt relativement ancien (59), la Cour de cassation a estimé que le chef de famille devait prouver qu'il avait déployé la diligence nécessaire à l'effet d'empêcher le fait dommageable de la personne soumise à son autorité et sa surveillance, mais que de toute façon l'accident dont il était question en l'espèce présentait un caractère **d'inévitabilité** certaine.. Ainsi le responsable en vertu de la loi aurait-il le moyen d'éhapper à sa responsabilité même s'il n'a pas effectivement exercé la surveillance exigée, ou qu'il n'est pas parvenu à établir le soin requis pour une raison tenant au fardeau probatoire. Il serait à

(57) Cf. *id.*, p. 414.
(58) Cf. aussi *Welzel H., op. cit.*, p. 188; *Engisch K., op. cit.*, p. 190.
(59) Cf. Cour de cassation turque, *E* 2007, *K* 1676, *T.* 11.9.1939, *Temyiz Kararları* (Les arrêts de la Cour de cassation) 1939 - 1940, pp. 275 s.

même de se dispenser d'établir l'existence de la première preuve libératoire, en rapportant donc la seconde. Le cas échéant, il lui serait donc permis de s'appuyer sur la seule deuxième des preuves d'exonération, lui offertes par la doctrine, sinon la loi elle - même..

Un **autre** arrêt de la haute Cour ne fait que **mentionner** cette deuxième possibilité d'exonération (60). On ne pourrait, dès lors, **rien** en tirer..

Un arrêt **différent** où nous rencontrons aussi le second moyen de libération se contente également de relever que le responsable légal en dispose (61).

Dans un arrêt relatif à l'application de l'article 55 COT (art. 55 COS), la Chambre de commerce de la Cour de cassation a dû s'occuper des hypothèses **d'interruption** de causalité. Quoique la responsabilité de l'employeur soit une responsabilité **sans** faute, il ne saurait être rendu responsable des suites dommageables d'un cas de **force majeure** ou du fait d'un **tiers**.. Et ce serait effectivement le cas dans l'espèce jugée par la Cour (62).

Un arrêt de la 15e Chambre civile de la Cour de cassation, **le plus substantiel** parmi tous les arrêts concernant cette question de seconde preuve libératoire (63), affirme nettement que l'employeur ne devrait répondre du dommage causé lorsque le dommage se fût aussi produit même s'il avait déployé toute la diligence désirable. En particulier, dit l'arrêt, en substance, lorsque l'employé cause le dommage **intentionnellement** ou que le dommage provient, en fait, d'une **force majeure**, l'employeur ne devrait pas en répondre. Il faudrait, dans de pareils cas, reconnaître au responsable le droit d'échapper à sa responsabilité en démontrant que le préjudice serait en tout état de cause arrivé. - Remarquons que tout le monde n'est pas d'accord que l'employeur puisse aussi s'exonérer au cas où son auxiliaire aurait causé le dommage par un acte intentionnel (64).. Quant à la force majeure, elle est forcément admise par

(60) Cf. Cour de cassation turque, *TD* (Chambre de commerce), *E* 967/77, *K* 6563, *T* 5.12.1968, cité chez *Karahasan*, p. 568.

(61) Cf. Cour de cassation turque, *TD* (Chambre de commerce), *E* 279, *K* 1689, *T* 4.3.1971, cité chez *Karahasan*, p. 567.

(62) Cf. Cour de cassation turque, *TD* (Chambre de commerce), *E* 2090, *K* 2529, *T* 22.5.1972, *RKD* 1972, pp. 344 - 345.

(63) Cf. Cour de cassation turque, 15 *HD* (15e Chambre civile), *E* 2437, *K* 1405, *T* 13.3.1975, cité chez *Karahasan*, p. 597.

(64) *Pro:* Cf. *Saymen/Elbir, Türk Borçlar Hukuku - Umumi Hükümler* (Droit des obligations turc - Dispositions générales), İstanbul, 1958, p. 427; *id.*,

tous en tant que circonstance exonératoire: elle interromperait nécessairement la causalité entre un état de fait donné et la production du préjudice, conclusion dont personne ne doute, ni ne songerait à en douter..

2.2. La question en doctrine

2.2.1. Divers auteurs

Pour de **nombreux** auteurs turcs, la seconde preuve libératoire consiste dans la **réfutation** pure et simple de la **causalité** entre le dommage et l'absence de soin (65)..

2.2.2. Kaneti

Kaneti pense qu'il s'agit ici de la preuve **contraire** à la **présomption** de **causalité** entre le préjudice et le manque de soin. Car, le préjudice se trouverait réputé, de par la loi, provenir du défaut de soin de la part de l'employeur, - par exemple (66).

2.2.3. K. Reisoğlu

Cet auteur affirme, d'une manière toute générale, que le deuxième moyen libératoire n'a pour objet que **l'inexistence** du lien **causal** entre le dommage et le comportement de l'employeur (67).

2.2.4. S. Reisoğlu

Selon lui, la seconde possibilité de libération concernerait, en fait, les cas **d'interruption** de la causalité entre le préjudice et le défaut de soin de la part de l'employeur, à savoir la force majeure, la faute du

---

Türk Medeni Hukuku - c. III *Aile Hukuku* (Droit civil turc - t. III Droit de famille), İstanbul, 1960, p. 487; *Saymen, Başkasının Fiilinden Mesuliyet* (La responsabilité du fait d'autrui), *İBD* 1942, pp. 90 - 91; *Feyzioğlu*, p. 626. - *Contra:* cf. *Akman* chez *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, p. 688; *Tandoğan* (II), p. 70 n. 87.

(65) Cf. p. ex.: *Oğuzman*, p. 191; *İnan A. N., Borçlar Hukuku - Genel Hükümler* (Droit des obligations - Dispositions générales), 3e éd., Ankara, 1984, p. 290; *İmre*, pp. 149 - 150; *Keskin*, p. 319; *Gönensay*, p. 142; *Köprülü B./ Kaneti S., Aile Hukuku* (Droit de famille), İstanbul, 1986, p. 305; *Ayiter N., Türk Hukuku'na Göre Aynı Çatı Altında Yaşama Vakıası* (Le fait de vivre sous le même toit selon le Droit turc), *AÜHFD* 17 (1960), 1 - 4, pp. 364 ss.

(66) *Kaneti*, p. 642.

(67) *Reisoğlu, K.*, p. 44.

lésé lui - même ou celle d'une tierce personne. Si, dit - il, par exemple, lorsque la victime, voulant se suicider, se jette sous les roues d'une voiture, au que l'accident dommageable est dû à l'évanouissement soudain du conducteur d'un véhicule automobile, l'employeur ne devrait pas répondre du dommage. C'est parce qu'il n'y aurait pas alors de causalité adéquate entre le préjudice et la violation du «devoir de soin» mis à la charge de l'employeur par la loi (68).

2.2.5. **Şenol**

A son point de vue, dans l'hypothèse de la seconde preuve exonératoire, les mesures de soin ne se trouvent pas **prises.**. Mais, le responsable peut démontrer que même si elles étaient prises, le dommage se fût quand même produit. Du reste, dans un pareil cas, le lien causal entre le dommage et l'absence des mesures requises ferait **défaut.** Alors, on pourrait parler de **l'interruption** de la causalité, et le responsable aurait la possibilité de **réfuter** ainsi la présomption de causalité prévue à son endroit (69).

2.2.6. **Saymen**

A l'avis de **Saymen,** il faut se garder de **confondre** la deuxième preuve libératoire avec la possibilité de libération résultant des moyens **généraux.** Dans le cas de force majeure par exemple, le dommage ne saurait être imputé - même **objectivement,** ajouterions - nous - ni à l'employé ni à l'employeur. Or, dans le cas de la seconde preuve d'exonération, il y aurait un acte dommageable impliquant **responsabilité** de l'employeur. Seulement, il n'existerait point une relation de cause à effet entre cet acte et le préjudice (70).. Pour illustrer sa pensée, l'auteur cite le cas d'un employé qui aurait causé le dommage à **dessein.** Dans de pareils cas, il faudrait, suivant l'auteur, admettre que l'employeur n'eût pas **empêché** la production du préjudice. Car, quoi qu'il fasse, il n'aurait pas eu le moyen d'écarter le préjudice (71). - Et, le chef de famille, lui aussi, pourrait se libérer de sa responsabilité en établissant qu'il a respecté son «devoir» légal de soin et que le dommage s'est **quand même** produit (72).

(68) *Reisoğlu S.*, p. 120.

(69) *Şenol*, p. 627.

(70) Cf. *Saymen*, pp. 90 - 91. - Dans le même sens, les auteurs cités par lui : *Gönensay S., Borçlar Hukuku* (Droit des obligations) (en turc), İstanbul, 1934, p. 191; *Şakir S./Hulûsi F., Borçlar Kanunu Şerhi* (Commentaire du Code des obligations) (en turc), İstanbul, 1926, p. 159.

(71) Cf. *Saymen*, pp. 90 - 91.

(72) Cf. *Saymen/Elbir*, Aile Hukuku (Droit de famille), p. 487.

2.2.7. **Feyzioğlu**

Feyzioğlu considère, de son côte, qu'il est permis au responsable légal de recourir à la seconde preuve libératoire, soit **avant** d'avoir essayé de réussir dans la première preuve libératoire, soit après (73). Le responsable aurait le droit de choisir entre ces deux voies.

Cette autre possibilité d'exonération signifierait, selon l'auteur, que le responsable mettrait ainsi **en évidence** que ses **moyens** n'eussent pas suffi à prévenir l'acte dommageable. Autrement dit, il pourrait aussi s'exonérer en démontrant **l'absence** du lien **causal** entre le dommage et son devoir de soin (74). En effet, en rapportant cette preuve, le responsable prouverait du même coup que le préjudice n'a point de rapport avec **l'existence** ou **l'inexistence** du soin requis de lui (75). Dans les cas où le dommage serait en fait dû à la force majeure, au cas **fortuit** ou à la conduite **intentionnelle** (76) de l'employé, l'employeur pourrait se fonder sur ce deuxième moyen libératoire. Il serait, dans de telles conditions, clair qu'il n'aurait pu empêcher le dommage de se produire **malgré** tout le soin **possible** de sa part (77)..

2.2.8. **Tekinay** et **Akman**

Tekinay, se ralliant à l'opinion de bon nombre d'autres auteurs, pense que si le préjudice ne provient pas en fait de l'inexistence des précautions de soin qu'on attend de l'employeur, mais qu'il est dû à **d'autres** causes, l'employeur ne devrait plus être tenu pour responsable d'avoir endommagé quelqu'un par son manque de soin. Car, de toute façon, il pourrait établir que même s'il avait assuré les précautions nécessaires, le dommage se fût **aussi** produit. Au point de vue de cet auteur, dans une pareille hypothèse, le préjudice réalisé n'aurait **aucun** rapport avec l'absence de soin (78). Et, il fournit, à ce sujet, l'exemple ci - après. Supposons que, écrit - il, un employé se trouve au service de son employeur comme chauffeur. Que, quand il est en train de l'amener à son bureau de travail, il soit obligé de klaxonner afin de ne pas **écraser** un piéton. Que ce dernier, qui marche distraitement, soit pris d'une crise

(73) *Feyzioğlu*, p. 625.
(74) *Id.*, p. 625.
(75) *Id.*, p. 626.
(76) En ce qui concerne le dommage causé par un acte *intentionnel* de l'employé, dans le même sens: *Saymen*, pp. 90 - 91; - *contra: Akman* chez *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, p. 688 et *Tandoğan* (II), p. 70 n. 87.
(77) *Feyzioğlu*, p. 626. - Voir encore les notes 316 et 317 chez l'auteur-lui-même..
(78) Cf. *Tekinay* chez *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, p. 687.

cardiaque en entendant la voix du klaxon et qu'il meure subitement, à l'instant même (79). - **Akman** fait continuer les raisonnements de **Tekinay** comme suit. Dans cet exemple, il faut admettre que l'employeur puisse s'exonérer de sa responsabilité en établissant l'absence de **causalité adéquate** entre le dommage et l'inobservation de son devoir de soin. La seconde preuve libératoire **impliquerait**, ainsi, la preuve de **l'interruption** de la causalité. Il est connu que lorsque le préjudice résulte, en réalité, d'un cas de force majeure ou de la faute de la victime ou encore de celle d'un tiers, la causalité est interrompue. Par ailleurs, l'idée, **répandue** dans la doctrine, selon laquelle la disposition prévoyant la seconde preuve libératoire serait à la fois **insensée** et **superflue** paraît **juste** à cet auteur. Parce que, dit - il, la force majeure, la faute du lésé et celle d'un tiers constituent, de toute façon, des moyens **généraux** de libération de la responsabilité. La causalité étant d'ailleurs interrompue dans ces hypothèses, l'employeur ne saurait répondre du dommage causé. C'est dire qu'il n'était pas **nécessaire** de relever ce principe du Droit commun encore une fois (80).. En outre, l'auteur critique aussi ce point de vue que, lorsque le préjudice a été causé à **dessein** par l'employé, l'employeur ne saurait être tenu pour responsable du dommage causé. Car, pense-t-on (81), la deuxième preuve libératoire serait rapportée dans ce cas. Pour **Akman**, cette hypothèse n'aurait **rien** à voir avec le second moyen d'exonération. Elle n'intéresserait, suivant lui, que cette autre condition de la responsabilité de l'employeur, selon laquelle le préjudice causé par l'employé doit l'être **pendant** le **travail** qu'il exécute (82).

Nous savons que dans le but de lui trouver un **autre** domaine **d'application**, on propose ce qui suit. Lorsque le lésé ou le tiers ne pourraient être considérés comme **fautifs** du fait de leur absence de **discernement**, ou qu'il serait question des cas **fortuits** n'atteignant cependant pas le degré de la force majeure, la seconde preuve libératoire devrait également s'appliquer. Et, cette application aurait, réellement, une portée tout à fait **pratique.. Akman** opine que cette vue est **artificielle** (83).

---

(79) *Id.*, p. 688 n. 4 c.

(80) Cf. *Akman*, p. 688.

(81) Voir, p. ex. *Feyzioğlu*, p. 626; Cour de cassation turque, 15 *HD* (15e Chambre civile), *E* 2437, *K* 1405., *T* 13.3.1975 cité chez *Karahasan*, p. 597.

(82) *Id.*, p. 688 n. 4 c.

(83) *Akman*, p. 688 n. 4 d. Dans le même sens: *Tandoğan* (II), p. 71.

2.2.9. **Karahasan**

D'après **Karahasan,** cette preuve est celle qui consiste, pour le responsable, à démontrer **l'inexistence** du lien **causal** entre le dommage et l'inobservation du devoir de diligence incombant à lui. Même si l'employeur n'a **effectivement** pas déployé la diligence nécessaire, il peut toujours essayer d'établir que le résultat préjudiciable ne provient pas, en fait, de son défaut de diligence. Il serait dans la possibilité de **réfuter** ainsi la présomption de causalité prévue par la loi à son endroit (84).

Cet auteur considère, tout comme bien d'autres, qu'il est question ici, en particulier, de **l'interruption** de la causalité du fait de la faute propre du lésé, celle d'un tiers et la force majeure (85). Cette preuve présenterait également une certaine importance **pratique** dans les cas suivants: si le comportement en soi fautif du lésé ou du tiers ne peut pourtant leur être **imputé** à faute à cause de leur **absence** de **discenement,** ou que le cas **fortuit** ne présente pas, en l'espèce, l'intensité d'une **force majeure.** Nous reproduisons de suite les exemples qu'il donne afin d'illustrer ses propos. Il en serait ainsi lorsqu'un malade mental se jette sous les roues d'une voiture, ou qu'un conducteur de véhicule automobile s'évanouit tout d'un coup, ou encore qu'un chauffeur commence soudain à souffrir d'une paille dans les yeux, ou de même qu'un malade de coeur meurt subitement à la voix d'un klaxon (86)..

2.2.10. **İmre**

Suivant l'opinion de **İmre,** cette possibilité d'exonération constitue un cas d'application **particulier** des principes **généraux** sur l'exonération (87)..

Quant au contenu de cette autre preuve de libération, il aurait pour but de démontrer qu'en dépit de l'inexistence des précautions de soin, le préjudice n'a pas de rapport avec cet état de fait, de sorte que même si elles avaient été prises, le préjudice se serait **aussi** produit (88).. Ici, il serait, selon l'auteur, question de **l'interruption** du lien de causalité **adéquate** entre le dommage et l'absence des précautions exigées, du fait de la force majeure, la faute du lésé ou celle d'un tiers (89). Or, ces

(84) *Karahasan,* p. 334.
(85) *Id.,* p. 334.
(86) *Id.,* p. 335.
(87) *İmre,* pp. 149 - 150; - en ce qui concerne la responsabilite du *chef de famille,* voir p. 163.
(88) *Id.,* p. 149.
(89) *Id., loc. cit.*

causes de non-responsabilité étant de portée générale et partant applicables dans tous les cas de responsabilité, de quelque nature que ce soit, leur mention à part à l'article 55 COT (art. 55 COS) peut paraître insensée, ainsi que superflue. Et l'auteur semble participer ce point de vue (90).

İmre considère également que cette disposition prévoyant le second moyen d'exonération ne peut avoir une importance pratique que dans des hypothèses exceptionnelles suivantes. Les fautes commises par des personnes incapables de discernement ne peuvent, dans la règle, être prises en considération. La norme de l'article 54 COT (art. 54 COS) n'est qu'une réglementation spéciale à cet égard qui ne pourrait trouver application dans les autres cas de responsabilité civile, - cas normaux s'entend. Et lorsqu'il ne serait point possible de tenir compte du fait «fautif» soit du lésé soit d'un tiers à cause de leur absence de discernement, grâce à la règle de l'article 55 COT (art. 55 COS) ce serait possible. De même, lorsqu'on serait en présence d'un cas fortuit qui n'atteint pas le degré nécessaire pour constituer un cas de force majeure, on pourrait encore utiliser cette seconde preuve libératoire, et ce d'une manière valable (91). Nous retrouvons là les idées plus ou moins répandues et admises par une bonne partie de la doctrine, tant suisse que turque (92).

2.2.11. Ünal

Ünal écrit à ce propos (93) que la seconde preuve libératoire n'a point d'application en principe. Son opinion, comme on le constate, se trouve conforme à la position de la doctrine à cet égard, position adoptée par de nombreux auteurs. Car, cette autre preuve ne peut, dans la règle, posséder un domaine d'application propre à elle. En effet, elle apparaîtrait ou bien sous la forme de la première de ces preuves libératoires, ou bien sous la forme de l'interruption de la causalité pour des motifs généraux de libération, à savoir la force majeure, la faute prépondérante du lésé ou celle d'un tiers..

Dans ces conditions, il n'était nul besoin de consacrer cette preuve expressément dans la loi. Il serait clair que même si elle n'était pas mentionnée du tout dans la loi, les responsables légaux pourraient de

(90) *Id.*, pp. 149 - 150.
(91) *Id.*, p. 150.
(92) Voir toutes nos *autres* références, ainsi que les textes principaux auxquels elles se rapportent..
(93) Cf. *Ünal*, pp. 134 ss.

toute façon en **profiter.** Du moment que la causalité est une des **conditions** de ces responsabilités aussi, au cas où le défaut de soin éventuel de la part des responsables ne constituerait pas la cause **adéquate** du dommage, ils ne sauraient en être tenus. En conséquence, la réglementation de ce moyen exonératoire dans le code devrait être considérée comme **superflue..**

Mis à part les hypothèses où les motifs généraux d'irresponsabilité entreraient en ligne de compte, les hypothèses où la deuxième possibilité d'exonération trouverait application paraissent à l'auteur **rares.** De ce fait, la deuxième preuve libératoire ne pourrait trouver un domaine d'application entièrement **propre** que dans des cas **exceptionnels.** Et s'il faut appliquer cette autre preuve de libération, cela signifierait que le lien causal entre le dommage et l'état de fait dont répond le responsable ferait défaut.

Finalement, la mention expresse de la seconde preuve libératoire ne changerait pas **tellement** le résultat au point de vue **pratique..**

2.2.12. **Tandoğan**

L'auteur considère que **d'une part,** le responsable peut par cette preuve **réfuter** l'existence de la **causalité** entre le dommage et l'inobservation de son devoir de diligence, et que **d'autre part,** il peut démontrer, en particulier, **l'interruption** de la causalité, interruption qui serait due à la force majeure, à la faute du lésé ou encore celle d'un tiers (94).

En outre, l'auteur souligne, à l'instar de bien d'autres d'ailleurs (95), que cette autre preuve de libération aurait de l'importance lorsque l'endommagé lui-même ou un tiers ne pourraient être considérés en faute pour absence de discernement ou qu'il s'agirait d'un cas fortuit n'ayant pas le degré d'intensité d'une force majeure (96).

Il relève surtout que cette preuve à caractère exceptionnel **se convertit** la plupart du temps en la **première.** Alors, elle pourrait aisément paraître **superflue,** puisqu'elle ferait **double emploi** avec la première. Ainsi - même si l'auteur ne le dit pas ouvertement -, nous pouvons admettre qu'elle ne servirait pas à grand'chose.. Pour revenir aux propres considérations de l'auteur lui-même, car, dit-il, en prouvant, par exemple, qu'un employé **ad hoc** aurait causé le même préjudice, l'employeur prouve du même coup qu'il a été **diligent** dans le choix de son

(94) Cf. *Tandoğan* (II), p. 70.
(95) Voir toutes nos références..
(96) *Id.*, (II), p. 71.

employé. Et, en fait, cette preuve ne pourrait être qu'une manière **différente** d'établir la première preuve libératoire. Ainsi la deuxième preuve libératoire signifierait **aussi** que le soin déployé serait **suffisant**.. Mais alors, se demanderait-on, à **quoi** sert **proprement** la deuxième possibilité d'exonération? Pour l'auteur, cette autre preuve ferait simplement partie de la **première** (97).

2.2.13. **Eren**

Cet auteur commence à réfléchir par ce que pour retenir la responsabilité de l'employeur, il doit y avoir un lien de **causalité adéquate** entre le préjudice réalisé et la violation du devoir objectif de soin mis à sa charge par la loi (98). A cet égard, le code partirait de cette présomption que le soin requis ne serait pas déployé et que le dommage constituerait la cause adéquate de l'inobservation du devoir de soin. De ce fait, lorsque l'employeur prouve qu'il se fût **aussi** produit même s'il avait déployé la diligence voulue, il peut échapper à sa responsabilité. Il s'agirait, ici, de **l'interruption** de la causalité. Donc, le législateur aurait reconnu au responsable un **autre** moyen pour écarter sa responsabilité. On sait que les causes qui sont propres à **interrompre** le lien causal entre le préjudice et un état de fait légal sont au nombre de trois: ce sont la force majeure, la faute du lésé et celle d'un tiers. Ces moyens trouvent également application quand il est question de la responsabilité de l'employeur. Ce sera le cas, par exemple, lorsque le lésé se jette sous les roues d'un train pour se suicider.. De même, lorsqu'un employé occupé à refaire le toit d'une certaine maison laisse tomber des tuiles sur un passant à la suite d'un tremblement de terre, ou qu'il fait le même mouvement malheureux du fait qu'une autre personne le pousse tout d'un coup.. Dans de telles hypothèses, puisque la causalité entre le dommage et le comportement de l'employé serait **interrompue,** l'employeur ne saurait plus être considéré comme responsable du dommage.

Et, l'auteur ne paraît pas partager le point de vue de la doctrine, dominante selon lui, que le législateur n'aurait pu, par la seconde preuve exonératoire, entendre, en fait, les cas **d'interruption** de causalité.. En effet, l'employeur aurait, de toute façon, à sa disposition les moyens dits généraux de libération, qui ont pour contenu l'interruption de la causalité. Donc, ce que pourrait avoir cette autre preuve pour sens, ce serait l'hypothèse où le manque de soin ne serait nullement dans un

(97) *Id.* (II), *loc. cit.*
(98) Pour tout le passage concernant ce sujet, cf. *Eren* (II), pp. 292 - 293.

rapport de **cause** à **effet** avec la production du préjudice. En conséquence, lorsque l'employeur aurait confié le travail à exécuter à un employé inadéquat ou trop jeune pour le travail en question, il devrait quand même se libérer, en démontrant simplement que dans le cas où il s'était servi d'un employé adéquat ou assez mûr, le préjudice se fût **également** produit.. L'auteur, qui ne paraît pas partager la conception de la doctrine **«dominante»** à cet égard, écrit qu'il ne faut pas perdre de vue que cette conception **transforme,** en fait, la seconde preuve libératoire en la première..

Par ailleurs, dans un contexte **différent,** précisément à propos de la causalité dite aussi **hypothètique** (99), l'auteur relève que dans certains cas, c'est la **loi** elle-même qui réglemente l'exonération du fait de la causalité hypothétique. Il en serait ainsi des articles 55, 56 et 102 COT (art. 55, 56 et 103 COS). En vertu de l'article 55 du CO par exemple, l'employeur peut s'exonérer de la responsabilité qui le frappe, en établissant qu'il n'eût pas empêché la réalisation du préjudice même s'il avait déployé tout le soin nécessaire, - soin qu'il eût dû déployer mais qu'en fait il n'a point déployé.. L'auteur pense qu'il est **exceptionnellement difficile** pour l'employeur ou le détenteur d'animaux de rapporter une telle preuve dans la **pratique** (100).

3. Le Droit suisse

3.1. La question en jurisprudence

Les arrêts relatifs à l'application de la seconde preuve libératoire sont **rares** dans la jurisprudence suisse aussi. Certains d'entre eux, concernant l'article 55 COS, s'y rapportent, sans sependant **s'occuper** réellement de la question, sans **conséquence** pour ainsi dire (101). Et d'autres, également au sujet de l'article 55 CO, se trouvent loin **d'approfondir** le problème. Nous verrons ces derniers plus tard.

Quant aux arrêts rendus en application de l'article 56 COS, il en va de même. Ils sont encore beaucoup moins nombreux que ceux rendus en application de l'article 55 COS. C'est pourquoi, nous les laisserons de côté.

Et ceux qui sont relatifs à l'article 333 CCS, ils sont presque

(99) Pour cette notion, voir, entre autres auteurs, *Eren* lui-même (I), pp. 164 ss; (II), pp. 207 ss.

(100) Cf. *id.* (I), p. 170; (II), p. 211.

(101) Voir, p. ex.: ATF 24 II 873; ATF 34 II 270; ATF 56 II 290; ATF 57 II 42; ATF 64 II 262; ATF 70 II 217.

inexistants. Quoique ce problème soit à peu près ignoré par la jurisprudence concernant l'article 333 CCS (art. 320 CCT) et qu'elle soit quasiment **muette** sur les points de repère pour en juger sainement, nous nous en occuperons quand même.. Car, le manque de **clarté** même au sujet de la question nous semble très **significatif..**

Il n'existe, à notre connaissance du moins, aucun arrêt rendu à propos de l'article 333 CCS (art. 320 CCT) où la seconde preuve libératoire soit traitée expressément. Toutefois, on pourrait, estimons-nous, **utilement** se référer à des jugements qui examinent la causalité ou la nécessité d'un soin dit spécial ou encore le soin non requis en l'espèce (102).

Quelqes arrêts **touchent** quand même le problème, quoique d'une manière **indirecte.** Nous allons considérer ces arrêts.

Dans un arrêt (103), un père, qui n'avait pas en l'espèce la qualité de chef de famille, avait offert à son fils un flobert à air comprimé, dont l'usage par l'un des camarades à lui avait occasionné un préjudice. Le Tribunal fédéral a jugé que l'on pourrait douter que l'achat du flobert par le père fût même une **condition** de l'accident dommageable. Car, dit-il, il est à tout le moins possible que le fils du défendeur eût acheté lui-même ce jouet dont il avait envie, même si son père avait refusé de le lui donner. Dans tous les cas, l'acte du père n'était pas la **cause adéquate** du résultat préjudiciable. En effet, c'est par un enchaînement **extraordinaire** de circonstances **exceptionnelles** que le cadeau fait au fils par le père se trouvait **relié** au dommage subi par le lésé. Quant à la mère, chef de communauté domestique en l'espèce, elle ignorait l'achat du flobert et elle n'en a eu connaissance que plus tard; donc, elle ne pourrait, non plus, être tenue pour responsable d'avoir permis à leur enfant de jouer avec ce jouet dangereux et par là d'avoir commis un défaut de surveillance. Apparemment, l'arrêt ne paraît poser que la question de la **causalité,** et nullement celle de la seconde preuve libératoire.. Toutefois, **d'abord,** il s'occupe quand même de la causalité, notion qui a certainement une importance également dans le cadre de la deuxième preuve exonératoire. En effet, le manque de causalité fait aussi du domaine de cette preuve particulière, soit **directement,** soit **indirectement.** Si le responsable peut établir l'absence de causalité entre son comportement et le dommage, il rapportera du même coup la seconde preuve de libération. On ne pourrait nier que le problème de la causalité et celui du deuxième moyen d'exonération soient **intimement**

(102) Voir, p. ex. *Koçhisarlıoğlu* (I) et (II), différents endroits.
(103) Cf. ATF 41 II 91 ss.

liés l'un à l'autre.. **Ensuite,** après avoir relevé l'inexistence de la causalité proprement dite entre le préjudice et le défaut de soin, l'arrêt dit en substance que même si le père avait **refusé** d'acheter le flobert à air comprimé à son fils, le dommage eût pu se produire.. Ainsi supposé qu'il n'ait pas manqué au soin voulu de sa part, il n'aurait tout de même pu prévenir le fait dommageable, du moment que, estimons-nous, il s'agit d'un **accident..,** accident qui aurait pu aussi arriver **autrement.** Car, selon les termes mêmes de l'arrêt, l'enfant aurait, lui-même, pu acheter le jouet, instrument du préjudice. Dans ces conditions, il serait, pensons-nous, possible de dire que cet arrêt **admettrait,** implicitement du moins, que le responsable légal puisse s'appuyer sur le deuxième moyen libératoire.

Nous pourrions, croyons-nous, citer un **autre** arrêt à ce sujet (104). Dans le cas jugé, un enfant avait causé un dommage pendant qu'il était en visite dans une famille de connaissance de son père. A propos de la visite de l'enfant et ses conséquences déplorables, le Tribunal fédéral suisse a décidé que le responsable légal ne devrait pas en répondre. Car, même si le père avait **ignoré** la visite de son enfant et qu'il ne se soit pas **soucié** de ce qu'il ferait dans une maison étrangère, le préjudice se fût de toute manière produit. En effet, le seul fait de la **visite** n'aurait pas pu mettre l'enfant dans une situation **impliquant l'occasion** de dommages à l'endroit des tiers, occasion de dommages dont le père devrait répondre.. **L'éventuel** défaut de surveillance de la part du père ne se trouverait, ainsi, pas dans un rapport de **causalité** avec le préjudice survenu (105)..

L'omission à reprocher au responsable légal ne constitue pas donc un défaut de soin **causal.** Sous un angle **différent,** nous pourrions affirmer que même si l'omission - ignorance da la visite précisément - n'existait pas, le dommage eût pu se produire.. Par voie **indirecte,** ce serait la **seconde** preuve libératoire qu'on mettrait en cause. Ici aussi, le Tribunal fédéral aurait, au besoin, pu admettre **expressément** le deuxième moyen exonératoire. Même s'il ne l'a pas fait, nous pouvons, croyons-nous, constater que dans le cas où la visite en question constituerait une omission de surveillance et qu'elle n'existerait pas en fait, tout comme en l'espèce, le préjudice eût **quand même** pu se produire.

Dans le cas jugé encore, le Tribunal fédéral a souligné **aussi** que la

(104) Cf. ATF 43 II 209 ss.
(105) Cf. *ibd.*, p. 212, C. 4.

prétendue méchanceté de l'enfant ne serait pas, **non plus, causale** pour la survenance du préjudice. Du même coup, la surveillance dite **spéciale** ne serait pas **exigée** et son **éventuel** défaut n'aurait pas l'aspect d'une **cause** de l'accident dommageable (106). Ainsi, pensons-nous, que le responsable pourrait valablement prétendre que même s'il avait **bien éduqué** son enfant, le dommage eût pu arriver. Il y aurait là un **autre** cas **d'application** de la deuxième preuve exonératoire..

Le considérant dont nous parlons peut **fournir** une certaine ligne pour découvrir le domaine d'application de la deuxième possibilité d'exonération. En effet, la **nécessité** d'une surveillance sortant nettement de **l'ordinaire** serait **riche** d'exemples à ce sujet. Cette surveillance n'est **normalement** pas exigée du chef de la communauté domestique et la preuve d'une telle surveillance n'est pas à sa charge. Même si c'est, selon **nous, contraire** à l'esprit de la réglementation légale, bon nombre d'auteurs et d'arrêts admettent ce point de vue (107). Il incomberait donc au **lésé** d'établir la preuve de la nécessité d'une surveillance dite **spéciale.** Alors, pareille surveillance n'étant pas, en fait, exercée dans le cas particulier, le responsable pourrait-il se prévaloir que même s'il l'avait exercée, le préjudice se fût **aussi produit?**

Dans les cas où la jurisprudence suisse **refuse** d'admettre la nécessité d'une surveillance spéciale, elle paraît **également** admettre que **même si** le responsable l'avait exercée effectivement, le dommage se fût **aussi** produit.. Remarquons que les cas en question sont assez **nombreux.** On peut, dès lors, affirmer que le problème d'une surveillance spéciale a certainement de **l'importance** au point de vue de la seconde preuve libératoire.

Il convient de souligner qu'en pareilles hypothèses, la **causalité** proprement dite entre le manque de soin et le dommage ferait défaut également. Et encore, on peut aisément en déduire que les **circonstances** alléguées comme nécessitant une surveillance dite spéciale ne se trouveraient pas, non plus, dans une relation de **cause** à **effet** avec le fait préjudiciable. Ces circonstances ne seraient même pas dans un rapport **logique** ou **raisonnable** avec la production du dommage. Autrement dit, les **mesures** de soin nécessitées par ces circonstances n'apparaîtraient point **adéquates** pour permettre d'empêcher l'acte préjudiciable.. Il en serait ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agirait d'un acte

(106) Cf. ATF 43 II 209, C. 2. - Voir aussi, entre autres arrêts, ATF 52 II 329.

(107) Voir, p. ex.: *Egger*, rem. 20 à l'art. 333 CCS; *Brehm*, p. 7; ATF 38 II 474; ATF 57 II 131; RSJ 19 65; RSJ 32 248; RSJ 42 203; RSJ 44 109. - *Contra:* tout comme *nous-même* (I), p. 123 n. 27, *Oftinger*, II/1, p. 278 et n. 224..

de **désobéissance** de la part d'un mineur. Si le dommage est, en réalité, dû à un **autre** facteur que l'acte de désobéissance du mineur, ses désobéissances **précédentes - éventuellement en cause -**, en tant qu'auteur du préjudice, ne devraient pas être considérées comme **causales** pour l'arrivée du préjudice, - à moins que de telles obéissances ne soient **habituelles** de sa part..

Par là, on insiste **aussi** sur la nécessité de tenir compte des circonstances du cas **concret,** ainsi que la relation **raisonnable** entre les mesures requises du responsable et le dommage produit.. On essayerait, de la sorte, d'atteindre, autant que possible, la **réalité** des choses. Mais, par ailleurs, cette exigence aurait également des **répercussions** sur l'admission de la seconde preuve libératoire dans un cas donné. En effet, le responsable légal pourrait facilement invoquer que les précautions demandées dans l'espèce ne possédaient pas un caractère de **nécessité,** qu'elles ne sont pas dans une relation **suffisamment étroite** avec la production du dommage, en sorte que **même s'il** les avait **assurées,** le préjudice n'en serait pas **moins** arrivé.. Comme on le voit, cette preuve qui a un caractère **secondaire** en apparence peut **faciliter** au responsable de rapporter la preuve **principale,** selon laquelle il aurait pris les précautions de soin exigées par l'usage et les circonstances. Ce résultat est, suivant **nous-même, important.** Il y aurait là, estimons-nous, un **domaine** d'application **propre** à la deuxième preuve d'exonération.

Un **autre** arrêt (108) insiste particulièrement sur l'exigence d'un lien **causal** entre l'omission des mesures reprochée au responsable et le fait préjudiciable, - cause **directe** du préjudice. **In casu,** l'absence des instructions à l'endroit de l'auteur direct du dommage par le responsable légal et le défaut d'interdiction de l'activité dommageable n'ont pas été considérés comme **causals** pour l'arrivée du dommage. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir **si** ces mesures étaient ou non **requises** en l'espèce.. Car, a-t-il estimé, **même si** l'on y répondait par **l'affirmative** et que le responsable légal ait **négligé** de prendre ces mesures, leur défaut ne se trouverait pas dans une relation de **cause** à **effet** avec la production du dommage. La haute Cour exprime cette idée de la façon suivante: même si le responsable avait omis de défendre à son enfant de tirer sur des êtres humains avec le jouet dont il disposait, il ne devrait, de ce seul fait, répondre des suites dommageables de l'accident, dont la cause serait **ailleurs.**

(108) Cf. ATF 57 II 127 ss.

Oftinger cite cet arrêt afin de démontrer qu'un **quelconque** défaut de soin ne serait point **pertinent** s'il n'est pas en même temps **causal** pour la survenance du préjudice. Cette observation aurait le caractère d'un **principe** dans le domaine des responsabilités pour manquement à un devoir de soin. Elle vaudrait donc aussi quand il s'agirait d'appliquer les articles 55 et 56 COS (art. 55 et 56 COT). Puisqu'un tel principe doit régir toutes ces responsabilités fondées sur la violation d'un devoir de soin, il n'est pas, selon l'auteur, nécessaire de **recourir** encore à la seconde preuve libératoire. La loi aurait bien fait de s'en **passer** (109)..

Nous ne partageons pas **entièrement** ce point de vue. Car, la deuxième preuve libératoire nous paraît, en tout cas, assez **utile.** En effet, elle peut, **avant tout,** servir à déterminer et découvrir la **causalité,** qui a un caractère **bien aléatoire** dans ces espèces de responsabilités où le soin à déployer de la part des responsables se trouve plus ou moins **incertain,** et où la charge de la preuve se trouve **renversée** aux dépens des responsables..

C'est ce que nous pouvons encore une fois observer dans l'arrêt examiné. L'arrêt n'essaie, apparemment, que de résoudre le problème de la **causalité.** Mais, à sa lecture même, on peut comprendre que la seconde preuve libératoire peut **aussi** être en question, - et on peut le dire, croyons - nous, sans **forcer** les termes mêmes du jugement. On peut, en **inversant** la formule utilisée par le Tribunal fédéral, affirmer que même si le responsable avait **pris** les mesures en cause, le préjudice se fût **quand même** produit. Quant aux termes mêmes de l'arrêt, il dit en substance que même si le responsable a omis d'interdire ..., le dommage ne serait pas en relation de cause à effet avec cette omission. Nous en déduisons seulement que le problème de la causalité et celui de la seconde preuve libératoire tiennent entre eux des rapports **étroits..** Mais, pourtant, ils n'en sont pas moins **distincts.** Il s'agit, en réalité, de **deux** notions séparées, dont l'une concerne la **causalité** et l'autre a trait au **soin** manqué en l'espèce. Cette dernière notion est, s'il nous est permis de parler ainsi, proprement **l'illicéité** même. Or, il est bien connu que la causalité est tout à fait **distincte** de l'illicite quoiqu'ils aient des relations **intimes,** voire **très intimes,** entre eux.. Dès lors, tout comme on ne saurait **confondre** ces deux pilliers de la responsabilité civile, on ne saurait **confondre** la causalité - plutôt son absence - et la deuxième preuve libératoire.. Nous pouvons, donc, considérer que la seconde preuve exonératoire se **distingue nettement** du défaut de la causalité. C'est un point **déjà acquis** pour nous..

(109) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 266 et n. 138.

Encore une fois, la seconde possibilité d'exonération sert **d'abord** à déterminer si une mesure de soin donnée est **nécessaire** ou non. Il se peut fort bien qu'on en décide en recourant **aussi** à la notion de la **causalité.** Rien ne l'empêche.. Ce serait une façon de **raisonner** comme bien d'autres.. Ce serait, du reste, un problème de **logique juridique,** qui a ses **propres** requisits. Mais, il ne faut jamais perdre de vue que la **manière** de découvrir une notion et le **résultat final** qu'on obtient à la fin du procédé de raisonnement en question, sont deux choses **bien différentes.** - Et une fois le problème de la nécessité d'une mesure de soin donnée résolu, la seconde possibilité peut **encore** servir à déterminer la causalité.. Que cette autre preuve d'exonération serve aussi à cette fin de découvrir une causalité **bien douteuse** ou bien **«cachée»,** on ne perdrait rien à l'admettre.. On pourrait parfaitement dire: soit!.

De toute manière, la deuxième preuve libératoire aurait pour fonction - **essentielle** peut-être - **d'écarter** les reproches de défaut de soin **en l'air..** Des précautions de soin complètement **vagues** ne sauraient, ainsi, être demandées de la part du responsable. Et c'est déjà **beaucoup** pour accorder droit de cité à ce concept en droit de responsabilité civile, - croyons - nous fermement.

Un arrêt **cantonal** (110) a dû s'occuper du cas suivant. Un enfant minuer était en train de jouer avec un petit pistolet à plombs appartenant à l'un de ses camarades. Il avait, pour finir, crevé l'aeil à son camarade, celui même dont il s'agit. La circonstance déterminante aux yeux de la Cour civile de **Fribourg** était que l'auteur de l'accident possédait une arme à feu. La Cour a rejeté la demande au motif qu'en l'espèce, il n'y avait pas de relation de cause à effet entre le défaut de surveillance **éventuel** de la part du responsable légal et le fait préjudiciable de l'enfant. L'arrêt se dispense de résoudre le problème de savoir si le fait reproché au défendeur, à savoir la permission de jouer avec un flobert à plombs, constitue ou non un manque de soin à la charge du responsable, tenu en vertu de la loi. **Quoi qu'il en soit,** dit l'arrêt, la Cour **estime qu'elle peut laisser indécise** la question de défaut de surveillance reproché au défendeur, car, **même s'il fallait admettre,** comme la Cour **incline** à le penser, que ce dernier **eût dû interdire** à son petit - fils le maniement d'un flobert avec des plombs, **il n'en resterait pas moins** que ce défaut de surveillance ne serait pas dans un rapport de **causalité** avec le résultat dommageable produit (111).

(110) Cf. FE 1961 5 ss.
(111) Cf. *ibd.*, p. 9.

Il ressort, **implicitement** du moins, de cet arrêt aussi qu'on ne peut **retenir** que le défaut de soin en rapport de **cause à effet** avec le préjudice, et non **n'importe lequel.**

Il résulte de l'arrêt en question également que si le lien causal paraît **de prime abord exclu,** le tribunal peut se permettre de se **dispenser** d'examiner et de résoudre le problème d'un défaut de soin **éventuel** de la part du responsable légal.. Nous pouvons **inverser** l'ordre des termes et des concepts, et dire que si une mesure de soin donnée ne paraît pas **d'ores et déjà nécessaire,** on serait à même de ne pas se poser et de résoudre la question de la causalité **éventuelle** entre son absence et la production du dommage.. Ainsi le responsable pourrait-il s'exonérer de sa responsabilité, en établissant **soit l'exercice** de la surveillance exigée, **soit** la **non - exigence** d'une mesure de surveillance donnée, **soit** encore **l'absence** de la **causalité..**

Remarquons que la relation de l'arrêt avec la seconde possibilité de libération nous semble assez **évidente** dans le cas jugé. En effet, c'est, en définitive, par suite d'un **concours** de circonstances **exceptionnelles,** et que ne pouvait **prévoir** ni **empêcher** le responsable **même s'il** avait **exercé** la surveillance prévue par la loi, que **l'accident** s'est trouvé produit. Ainsi, toujours selon l'arrêt, dans le **déroulement** des événements et **l'enchaînement** des circonstances qui ont amené **finalement l'accident, aucun** fait n'apparaît qui soit la **conséquence** d'un **défaut** de **surveillance,** au **sens** de l'article 333 CCS (art. 320 CCT), du grand-père sur son petit - fils. **Même si** le grand - père a **manqué** à ses devoirs de surveillance en **permettant** à son petit - fils de **jouer** avec un **flobert,** cette faute n'a pas eu **d'incidence** sur le **résultat** qui s'est **finalement** produit (112). - Relevons tout de suite que l'enfant avait causé le préjudice non pas avec le **flobert** que lui avait donné son oncle, mais avec le petit pistolet à plombs appartenant à son camarade, victime même de l'accident.. C'est pourquoi, la Cour a pu juger qu'il était sans **importance,** pour l'issue du procès, de savoir si le fait, pour le grand - père (responsable légal en l'espèce), de permettre à son petit - fils de jouer avec son flobert et de la munition constituerait ou non un **défaut** de surveillance de sa part. Du moins la Cour a-t-elle pu juger, ainsi, plus facilement qu'autrement.. Et toute la question consistait alors à déterminer si la permission dont il s'agissait en l'espèce avait ou non **joué un rôle quelconque** dans la production du dommage, - rôle qui devait, bien entendu, présenter le

(112) Cf. *ibd.*, p. 11.

caractère d'une **cause** dans la survenance de l'accident préjudiciable. La Cour a répondu à cette question **négativement** (113).

Nous pouvons conclure de tout ce qui précède que cet arrêt a trait au second moyen d'exonération, et que soit les faits de la cause, soit les considérants du jugement peuvent nous démontrer que la seconde preuve libératoire peut posséder un domaine **d'application** propre, ou encore qu'elle peut avoir des cas d'application **insoupçonnés**..

Nous **terminons** par ces lignes l'étude de la jurisprudence suisse relative à la deuxième possibilité d'exonération dans le cadre de l'article 333 CCS (art. 320 CCT). Nous allons **maintenant** passer à l'étude de la jurisprudence suisse concernant le second moyen libératoire dans le cadre de l'article 55 du Code des obligations.

Nous avons déjà souligné que le nombre d'arrêts ayant rapport au problème n'est pas **élevé.** Nous essayerons, quand même, de rendre compte de l'état de la jurisprudence à ce propos.

Disons d'abord que **certains** de ces arrêts intéressent la seconde preuve exonératoire, sans cependant nous conduire à **quoi que ce soit.** Car, ils ne s'occupent pas, à vrai dire, du problème. Ils sont, à plus forte raison, loin **d'approfondir** la notion de la seconde preuve exonératoire(114). Nous ne nous en occuperons pas en ce lieu.

D'autres arrêts sont **plus substantiels** (115). Toutefois, relevons immédiatement qu'ils considèrent d'une manière générale qu'il s'agit simplement de **l'absence** de la **causalité** entre le dommage d'une part et le défaut de soin d'autre part.

Nous en examinerons uniquement **quelques - uns.**

Nous en retenons d'abord deux anciennes espèces, jugées sous l'empire de l'ancien Code des obligations de 1881. Dans l'une de ces espèces, où il s'agissait d'un accident d'automobile (116), le Tribunal fédéral a estimé que la défectuosité constatée à la «machine» de l'employeur ne saurait entraîner sa responsabilité, sans qu'elle ait pu jouer un **rôle quelconque** dans la survenance de l'accident préjudiciable. Nous pouvons observer que le défaut de soin reproché au responsable

(113) Voir *ibd.*, p. ex. p. 10.
(114) Voir ATF 24 II 873; ATF 34 II 270; ATF 56 II 290; ATF 57 II 42; ATF 64 II 262; ATF 70 II 217; etc..
(115) Voir p. ex.: ATF 37 II 435; ATF 72 II 263 s; ATF 77 II 313; - BIZR 19 no 105 198; RSJ 25 26.
(116) Voir ATF 37 II 365.

doit être dans un certain **rapport** avec l'arrivée du dommage, sinon le responsable légal ne devrait pas répondre du dommage. Ce rapport se présente comme un rapport de **causalité**, même si le jugement n'exprime pas cette donnée d'une manière très claire, - au moins à notre avis.

Dans l'autre de ces espèces (117), la haute Cour nous paraît plus explicite. Elle dit en substance qu'il faudrait toujours examiner si le manque de soin relevé à la charge du responsable possède ou non un caractère **causal** pour la survenance du préjudice.

Mais, comme l'affirme le Tribunal fédéral dans l'un de ses anciens arrêts encore (118), il ne saurait pourtant être question d'exonérer le responsable, sous prétexte que le soin qu'il n'a pas déployé en fait n'eût point empêché le dommage, étant donné que l'auteur direct du dommage n'eût pas agi **en conséquence.** Ainsi un employeur ne pourrait-il avancer l'argument suivant que son employé n'aurait, en aucun cas, **suivi** ses instructions. L'arrêt fait cette mise au point que le responsable doit être assez **ferme** pour faire respecter ses commandements. Les instructions, par exemple, qu'il donnerait à ses auxiliaires devraient être suffisamment **précises** et **énergiques**, de sorte que les personnes soumises à son autorité ne puissent les **enfreindre** facilement ou qu'elles s'y **conforment** strictement.

Nous rencontrons un arrêt (118 **bis**) du Tribunal fédéral qui semble abonder dans **notre** sens. La haute Cour y déclare solennellement que la responsabilité de l'employeur ne prend pas **déjà** fin, lorsqu'il est possible que le dommage n'en serait pas **moins** survenu lorsque les précautions négligées avaient été **prises.** Cette responsabilité ne cesserait que si **toutes** les mesures de **nature** à **prévenir** l'acte dommageable ont été **effectivement** prises (119). - Dans le **même** sens, peut-être pouvons-nous citer **d'autres** arrêts du Tribunal fédéral encore (120). Dans ces arrêts, relatifs cependant à l'article 333 CCS (art. 320 CCT), la Cour suprême a jugé que le soin dont il est question à cette disposition comprend **non seulement** la surveillance **proprement** dite, mais **également** la diligence qui consiste à prendre **toutes** les mesures de **nature** à **empêcher** le fait dommageable, et par là le dommage même.

Ainsi peut-on constater clairement à la lecture de ces jugements

(117) Voir ATF 37 II 433.
(118) Cf. ATF 31 II 120.
(118 *bis*) Voir ATF 34 II 266 ss, - rendu sous l'empire de l'ancien CO.
(119) Cf. *ibd.*, p. 270.
(120) Cf. ATF 79 II 353 et ATF 100 II 301, - rendus en application de l'article 333 CCS.

que les responsables doivent, pour s'exonérer de leur responsabilité, prouver que d'un côté, ils ont **effectivement** pris les précautions nécessaires et que d'un autre côté, ils ont pris **toutes** les précautions **propres** à prévenir le fait préjudiciable. C'est **aussi** dans cette direction qu'il faut, selon **nous,** interpréter la **seconde** preuve libératoire.. Nous **reviendrons** sur ce point plus loin.

D'après **Oftinger,** dans certains des arrêts considérés ci - dessus et dans d'autres semblables (121), la deuxième preuve libératoire n'a éventuellement pu jouer un rôle **qu'en apparence** (122). En effet, suivant la conception de cet auteur, lorsque l'employé - par exemple - a agi **irréprochablement,** on peut parfaitement affirmer que **même** un employé **bien** choisi, instruit et surveillé aurait causé le **même** dommage. Mais alors, la **causalité** entre le dommage causé et le comportement de l'employé **n'existerait pas** du tout dans de pareilles hypothèses, de sorte qu'il ne conviendrait pas de rattacher la libération du responsable au fait de la conduite irréprochable de l'auxiliaire, et partant à l'application de la seconde possibilité exonératoire. Car, dans ces conditions, la **première** de ces preuves libératoires se trouverait **aussi** rapportée. Et il n'y aurait **nul besoin** de recourir encore à la seconde preuve, pour permettre au responsable l'exonération (123).

Rappelons que certains arrêts du **Reichsgericht** sont **aussi** dans le sens des arrêts de la jurisprudence suisse, - dont il est question ci-avant. Nous avons déjà relevé que, pour **von Caemmerer** ce point de vue n'est pas exact (124). Mais, ce juriste défend une conception **différente** à cet égard, et c'est pourquoi il aboutit à cette conclusion. Quoiqu'il parvient, en fin de compte, au même résultat qu'**Oftinger** en ce qui concerne la non-application de la seconde preuve libératoire dans de tels cas, il s'en **distingue** cependant par son raisonnement, et sa motivation. A son avis, il faudrait comprendre les choses **autrement:** lorsque l'employé n'a pas agi **fautivement,** nulle disposition des §§ 831 du **BGB** - et non **seulement** celle prévoyant la deuxième preuve exonératoire - ne peut s'appliquer du tout. L'employeur ne pouvant, alors, être responsable du fait dommageable de son employé, il n'est pas question qu'il ne puisse se libérer de sa responsabilité prévue au § 831 du **BGB.** En effet, lorsque l'auxiliaire n'a pas agi fautivement, son seul comportement **illicite** ne

(121) Cf. ATF 24 II 873; ATF 34 II 270 s; ATF 37 II 434 ss; - RJB 37 109.
(122) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 174.
(123) Cf. *id., loc. cit.*
(124) Cf. *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149 (155); *RGZ* 159, 312 (315). - Voir *von Caemmerer, op. cit.*, p. 538.

pourrait **suffire** que, là où l'absence de faute de l'auxiliaire laisserait cependant **ouverte** la **possibilité** d'une **faute propre** de la part de l'employeur lui-même, ou d'une faute de la part de ses **autres** auxiliaires. Tel serait le cas lorsque l'employé serait **éventuellement** sans faute, parce qu'il ne serait pas **capable** de **discernement,** ou qu'il ne serait pas **adéquat** pour le travail en cause, ou de même qu'il ne serait pas **instruit** convenablement, ou encore qu'il ne serait pas pourvu des instruments de travail **irréprochables** (125).. En revanche, là où il s'agit d'un comportement de l'employé qui **ne** rendrait **pas** responsable **l'employeur lui-même,** la norme du § 831 **BGB** ne saurait trouver **aucune** application, ni sur le plan du principe de la responsabilité, ni sur celui de l'exonération (126) - Dans le système des Droits turc et suisse, **Sungurbey** (127) pense qu'il serait plus exact de trancher le problème comme suit. En Droit **allemand,** écrit-il, qui se trouve attaché au principe de la faute même dans la responsabilité de l'employeur, il ne serait point contraire à ce principe de tenir l'employeur pour responsable des dommages causés par l'employé **non** fautif. Car, continue-t-il, c'est du **manque** de **diligence fautif** (128) de l'employeur que résulte le dommage causé par l'employé. En revanche, dit-il, en Droits suisse et turc, où le principe de la faute se trouve abandonné dans la responsabilité de l'employeur, il ne serait pas contraire du tout au principe de base de tenir l'employeur pour responsable des dommages causés par son employé, et résultant de son manquement **objectif** à son devoir de diligence..

Pour en revenir aux propres propos d'**Oftinger,** il y aurait, à vrai dire, simple **absence** de **causalité** dans **certains** cas où quelques arrêts préconisent l'application de la seconde preuve libératoire. Il en serait ainsi dans l'espèce suivante. Dans cette espèce, du reste fort intéressante (129), le lésé a prétendu que l'employeur avait embauché un employé «trop» jeune pour le travail en question. D'après le jugement, **même si** l'employeur avait engagé un employé **plus âgé** et **plus mûr,** le dommage serait **de toute manière** arrivé. Car, l'employé s'était comporté **irréprochablement.** Dès lors, le reproche relevé à la charge de l'employeur était, selon un **certain** point de vue, sans **pertinence.** Du moment que cette circonstance ne présentait pas un caractère **causal** pour la survenance du préjudice, l'employeur ne saurait en répondre. Par là même, on ne pourrait, non plus, considérer le défaut de soin de la part

(125) Cf. *von Caemmerer*, pp. 538 et 539.
(126) Cf. *id.*, p. 539.
(127) Cf. *Sungurbey*, p. 143.
(128) Souligné par l'auteur lui-même.
(129) Voir ATF 37 II 434 ss, - *déjà* cité et examiné.

de l'employeur comme **causal** pour la production du dommage. **Oftinger** fait remarquer que s'il en est ainsi, il s'agit, **en fait,** de la **première** preuve libératoire, apparue seulement sous une forme quelque peu **différente** (130).. Disons encore une fois que nous ne sommes pas **tout à fait** d'accord avec cette interprétation. Avant tout, il est question des notions **bien différentes,** qu'il convient soigneusement de **distinguer.** Le manque de soin (illicéité), la causalité et la seconde preuve libératoire (causalité et illicéité **hypothétiques** d'une part, et une sorte d'inévitabilité fondée sur des données **réelles** et **hypothètiques** à la fois d'autre part..) sont des notions nettement **distinctes.** Même si elles tiennent des relations très étroites entre elles, elles ne peuvent **jamais** signifier la même chose. Tout comme on ne saurait confondre - en tant que concepts - la causalité, l'illicéité et la faute dans le domaine de la responsabilité civile **ordinaire,** ainsi, on ne pourrait confondre les concepts constituant les pilliers des responsabilités causales dites **simples..**

Lorsque l'employé a agi de manière irréprochable par exemple, il est **possible** que la cause **réelle** du dommage réside **ailleurs** que dans le comportement de la personne dont le responsable légal répond, ou le comportement à lui-même. Il arriverait, non rarement, que le préjudice soit, en fait, dû à la conduite **objectivement** fautive du lésé, qui ne peut pourtant lui être imputée, vu son manque de **discernement.** Il arrive aussi que le dommage provienne, en réalité, du comportement en soi fautif, mais non imputable, d'une tierce personne du fait de son absence de discernement également.. Dans de telles hypothèses, il pourrait pareillement être question des cas **fortuits** qui ne peuvent cependant atteindre le degré nécassaire pour constituer des cas de **force majeure,** - cause libératoire de portée générale dans la responsabilité **sans** faute, même **aggravée.** Ce sera le cas, par exemple, lorsque l'employé cause un dommage durant son **évanouissement soudain..** Il est notoire que si le cas fortuit n'a pas pour effet d'exonérer le responsable en responsabilité sans faute, la force majeure, en revanche, peut l'exonérer à coup sûr. Quant aux circonstances comme celle décrite ci-avant (évanouissement soudain), elles ne peuvent entrer en ligne de compte ni pour reconnaître la responsabilité, ni pour la repousser. Car, elles ne seraient, à proprement parler, **ni** des cas fortuits **ni** des cas de force majeure. Alors, devrait-on considérer que les responsables légaux en répondent **aussi?** La solution nous semble résider dans la **nature** de ces responsabilités hors cas: elles ne s'arrêtent pas aux frontières du cas fortuit - la

(130) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 174.

solution contraire étant propre à la responsabilité subjective pour **faute** -, mais elles doivent prendre fin aux frontières de la force majeure. Les cas de responsabilité sans faute de caractère **ordinaire** peuvent aller au - delà de la **faute,** mais non pas aussi au - delà du **cas fortuit.** Donc, vu la construction de ces responsabilités sur le plan du Droit positif, tant suisse que turc, les événements constituant des cas **limite** devraient avoir pour effet de libérer les responsables légaux. Nous sommes, ainsi, en droit de conclure qu'il s'agit là bel et bien d'un **autre** domaine d'application **propre** à la seconde preuve exonératoire..

Toutes les hypothèses considérées et **examinées** jusqu'à présent par nous seraient **aptes** à donner lieu à une certaine application de la deuxième preuve de libération.

Nous en sommes encore témoin dans un arrêt **cantonal** (131). **In casu,** il était question d'un employé qui avait causé le dommage par un comportement **conforme** au Droit. Il avait, pourtant, été **mal** choisi par son employeur; du moins le choix de la part de l'employeur avait-il été **éventuellement** défectueux, puisque la preuve concernant le choix soigneux n'a pas été rapportée dans l'espèce. L'employeur a allégué que **même si** son employé avait été **bien** choisi, le dommage serait **quand même arrivé..** Pour **Oftinger** (132), il serait question, en réalité, de la **première** preuve libératoire dans ce cas aussi. Car, même si l'on admet que l'employé est mal choisi, ce défaut de soin ne se trouverait pas dans un rapport de **cause à affet** avec la production du dommage.. De nouveau, **remarquons** que les notions dont il s'agit **diffèrent..** On ne pourrait considérer que la causalité, l'illicéité et l'inévitabilité expriment une **même** réalité. **En outre,** la seconde preuve libératoire ne peut être simplement la première preuve libératoire même.. Déjà la **formulation** de ces deux possibilités exonératoires nous paraît propre à le démontrer à l'évidence. **Par ailleurs,** quoi qu'il en soit, la seconde preuve exonératoire peut, avant tout, servir à **faciliter** aux responsables l'administration de la première. Et, à **notre** entendement, c'est un service qu'on ne pourrait **sous - estimer.. De plus,** la seconde preuve d'exonération peut encore être utilisée à une **autre** fin. Elle peut rendre plus **praticable** l'application de la notion de la **causalité adéquate** (133).. En fin de compte, cette autre preuve d'exonération ne **nous** paraît pas dénuée **d'utilité** (134). Nous reviendrons sur cette question de savoir si cette preuve présente

(131) Voir RSJ 25 26 = RJB 64 87.
(132) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 175 - 176.
(133) Comp. *Metzger*, p. 117.
(134) Dans le *même* sens, comp.: *Metzger*, pp. 117 - 118.

ou non une certaine **utilité**, ainsi que celle de savoir si l'on peut ou non lui assigner un domaine d'**application** propre. Disons déjà - comme jusqu'à présent, du reste - que **nous** sommes partisan des réponses **affirmatives** (135)..

Dans le cadre de l'étude de la jurisprudence suisse relative à la deuxième possibilité d'exonération, citons **encore** un autre arrêt cantonal (136). Dans le cas jugé, l'employeur n'avait pas examiné si l'employé était ou non **convenable** pour exécuter le travail dont il s'agissait. Mais, **même** s'il avait été **soigneux** à ce sujet, il aurait **pu** admettre qu'il pourrait se servir de la personne en question à cet effet.. Dans l'hypothèse en cause, il importerait de déterminer si l'employeur a ou non agi, **en fait**, d'une façon **objectivement conforme** aux règles du Droit. Le fait que l'employeur a pu **subjectivement** et **personnellement** mal agir, serait **sans** importance en regard de l'existence **objective** du soin dans le choix, l'instruction et la surveillance (137). C'est pourquoi, l'absence de soin personnelle de la part du responsable dans le choix de son employé ne devrait pas être considérée comme **causale** pour la production du préjudice..

Cet arrêt nous semble **intéressant**.. Car, il met l'accent sur l'inefficacité d'un point de vue entièrement **subjectif**. Concernant la nature même de ces responsabilités s'écartant du Droit commun, nous savons que la conception objective ne s'occupe pas du tout de savoir si les responsables légaux ont commis ou non une **faute** personnelle qui peut leur être imputée. Elle ne s'occupe pas, non plus, de rechercher s'il y a ou non un défaut de soin **personnel** de leur part. Tout ce qui compte sous l'angle de la conception objective, c'est l'existence ou l'inexistence **effective** des mesures de soin requises en l'espèce. Ainsi, lorsque les mesures de soin exigées ont été **prises** on qu'elles **existent objectivement**, peu importe que le responsable soit **personnellement** sujet à reproche, - ce qui est, peut-être, le cas dans l'arrêt examiné.

(135) Voir toutes nos considérations *infra* et *supra*. Dans *toutes* les parties de notre étude se trouvent nos réflexions *éparses*. Pour avoir une vue *d'ensemble* de nos idées, il faut les envisager *toutes*. Voir, en particulier, nos conclusions finales..

(136) Voir *BIZR* 19 no 105 198.

(137) Cf. dans ce sens, p. ex. *Oftinger*, II/1, pp. 175 - 176. - Il s'agit, ici, de la *cura in eligendo*, de la *cura in instruendo* et de la *cura in custodiendo objectivement* appréciées, sans tenir compte, donc, des circonstances *personnelles* propres à la personne du responsable.. Autrement dit, il est question d'une détermination *in abstracto*. Ce qui a de l'importance non seulement pour décider de la première des preuves libératoires, mais *aussi* de la *seconde*..

Remarquons que cette conclusion est tout à fait parallèle à celle admise dans l'hypothèse d'inexistence **objective** des mesures de soin: même si le responsable n'est pas **personnellement** sujet à reproche, il ne peut se libérer de sa responsabilité. Ainsi, ce qui est **déterminant** au point de vue de la conception objectiviste, c'est **toujours** la présence ou l'absence **objective** des mesures de soin nécessaires, et nullement la **conduite personnelle** du responsable légal..

En terminant l'étude de la jurisprudence suisse relative à la question, nous voudrions **conclure** d'une part que la seconde preuve libératoire ne devrait viser, en réalité, que la démonstration du défaut de toute **relation** entre le préjudice et la **sphère** de domination des responsables - **légaux**, selon nous-même -, et d'autre part que cette preuve présenterait, le cas échéant du moins, une **certaine utilité** (138)..

3.2. La question en doctrine

La doctrine suisse n'est pas, non plus, **abondante** sur le sujet.. Quand même, elle ne manque pas de l'examiner (139).

3.2.1. Frey

Etudiant la question sous l'angle de la responsabilité du chef de famille, l'auteur opine que la seconde preuve libératoire devrait être **admise.** Cependant, elle le devrait sous la forme suivante. Le responsable peut ne pas avoir exercé la surveillance voulue; mais, il se peut que **même** s'il l'avait exercée, il n'eût pas empêché le fait dommageable (140).

Cette **formule** correspond, selon l'auteur, à la **volonté présumée** du législateur suisse. A ce propos, **Frey** critique la formule du § 832 **BGB,** qui se trouve rédigée en termes suivants: «l'obligation de réparer n'intervient pas lorsqu'il (le responsable s'entend) a satisfait à son obligation de surveillance ou lorsque le dommage serait arrivé même si la surveillance avait été exercée comme elle devait l'être.»

Par ailleurs, une disposition de ce genre est, pour lui, **superflue..** Et il lui paraît **regrettable** que le Projet revisé II ait **adopté,** dans son article 1068, cette règle du **BGB** (141). L'article en question **formulait** la deuxième

(138) Voir et comp. *surtout* les passages sous la rubrique «*notre* opinion» ainsi que ceux où nous exposons nos «conclusions.»

(139) Ce, *contrairement* à la jurisprudence suisse, - d'une manière toute générale du moins..

(140) Cf. *Frey*, pp. 90 ss.

(141) Relevons que l'article 1068 du *Projet II* n'a, par la suite, pas été consacré dans le code. Cette disposition ne figure ni dans le CC actuel, ni le CO

preuve libératoire de la manière suivante: « (...) ou que le dommage serait survenu même en cas d'exercice de cette surveillance.» Cette dernière formule paraît à l'auteur **aussi peu heureuse,** outre que **trompeuse..**

Nous, personnellement, n'avons pas grand'chose à dire sur ce que **Frey** écrit. Remarquons seulement que selon nous également, on pourrait aisément discuter du bien-fondé des **formules** libératoires. Pour trouver une formule tout à fait heureuse, il faudrait, d'abord, déterminer le **sens** et la **portée** d'une telle disposition. Quant à la, réponse de cette question, elle dépend largement de la **conception** qu'on se fait de ce genre de responsabilité, son **fondement** et sa **construction,** - au point de vue de la **technique** juridique..

3.2.2. **Labhart**

Cet auteur, qui a examiné le problème juste après la promulgation du Code civil - tout comme l'auteur précédent qu'est **Frey** - (142), considère que la preuve libératoire admise expressément par le § 832 du **BGB** dans le cadre de la responsabilité des surveillants légaux et contractuels est **superflue** (143) et qu'elle est par-dessus le marché des plus **équivoques.** Il en va de même de la **formule** de cette possibilité d'exonération.

Quoi qu'il en soit, la seconde preuve libératoire elle - même doit être reconnue au responsable. Car, elle constitue, pour l'auteur, un moyen salutaire afin **d'alléger** cette responsabilité, **aggravée** volontairement par le législateur. Et, dans le but d'illustrer la justesse de son opinion, il donne l'exemple suivant. Dans le cas où l'auteur direct du préjudice a causé le dommage par cas **fortuit,** le responsable légal devrait en répondre s'il échoue dans l'administration de la **première** preuve libératoire.. Pourtant, il ne serait point responsable du même dommage s'il l'avait causé **lui-même.** Cette conséquence ne serait pas admissible, vu qu'une personne ne serait pas responsable du fait **d'autrui plus** que de son **propre** fait.. Or, lorsqu'on consacre la deuxième possibilité d'exonération, une pareille conséquence peut être aisément **évitée.**

---

revisé. L'article en question a été *supprimé,* alors que l'article y correspondant dans le Projet de Code civil a été *gardé.* Fait à remarquer: le Projet de CC et le Projet de CO revisé prévoyaient, au début, *chacun,* une disposition à *part,* consacrant la responsabilité du chef de la communauté domestique d'une part et celle du *surveillant* d'autre part.. Voir respectivement les deux Projets.

(142) Cf. *Labhart,* p. 57 ss.

(143) Voir *id., loc. cit.*

Ainsi cette autre preuve de libération pourrait-elle écarter les **duretés** de la réglementation légale. Cette solution serait aussi de nature à satisfaire les partisans de la théorie **subjective,** - qui considèrent que la nature de la responsabilité du chef de famille est subjective et qu'elle est fondée sur la **faute** propre du responsable indirect..

L'auteur continue: la circonstance exonératoire, de quel caractère qu'elle soit, doit être en **rapport** avec le préjudice. Car, ce serait seulement dans ce cas que la possibilité d'exonération aurait un **sens.** Ainsi, on peut admettre l'exonération, lorsque le préjudice n'eût pas été produit si la surveillance exigée avait été exercée. Selon l'auteur, l'idée que le défaut de surveillance apparaît **régulièrement** la cause **la plus vraisemblable** du dommage a conduit le législateur à statuer une responsabilité allant **au - delà** de la responsabilité pour **faute.** La **même** idée devrait nécessairement nous conduire à **nier** la responsabilité, lorsque le responsable établit que le préjudice serait produit **en dépit** de la surveillance requise. - **Tous** les articles du **BGB** relatifs à ces espèces de responsabilité à caractère **particulier** prévoient **expressément** cette possibilité (§§ 831, 832 et 833).

Cette autre preuve de libération ne se trouve pas prévue expressément par l'article 333 du CCS (art. 320 CCT). Mais, remarque **Labhart,** si l'on **exclut** cette preuve, la **première** preuve libératoire **prévue** par le code serait **aussi problématique.** En pareil cas, on ne pourrait plus la **comprendre..** A son avis, il conviendrait **d'admettre** le deuxième moyen exonératoire, puisqu'il aurait pour effet **d'alléger** cette responsabilité, qui lui paraît **renforcée.** En effet, dans le cas normal, on n'est responsable que de **son** fait **personnel** et **fautif.** Or, la responsabilité du chef de famille constitue, à un double point de vue, une **exception** à cette règle: le chef de famille répond d'abord du fait d'autrui et il répond en outre sans faute de sa part.. Il en va de même de la responsabilité de l'employeur, et, si l'on laisse de côté les caractéristiques du «fait» de l'animal - caractéristiques **différentes** de celles du fait de l'individu -, celle du détenteur d'animal. **Labhart** opine que la seconde possibilité d'exonération pourrait **utilement** intervenir dans certaines hypothèses où la norme de responsabilité en question présenterait, selon lui, des **duretés** inadmissibles.. Et l'admission de cette preuve n'aurait nul **inconvénient..**

On voit que cet auteur est ouvertement partisan de la consécration de la seconde preuve libératoire. Et il avance à ce propos des arguments, qui ne **nous** paraissent pas dénués d'intérêt. - Relevons, quant à **nous - même,** que d'ailleurs, cette autre possibilité d'exonération n'est, **en fait,**

que le **contraire** de la première preuve exonératoire. Celle-ci signifie aussi que **si le responsable avait exercé le soin désirable, le préjudice ne serait pas survenu** ou que **le préjudice est arrivé quoiqu'il ait exercé le soin désirable..** Dans le premier cas, on retient sa responsabilité et dans le second on l'exonère.. Alors, **pourquoi** ne pas lui permettre l'exonération s'il démontre, cette fois, que **même s'il avait exercé le soin voulu, le dommage se fût aussi produit?** Comme on peut le constater, la **logique** en question est la **même** dans toutes ces éventualités..

3.2.3. von Wattenwyl

Ce juriste admet aussi la possibilité, pour le chef de famille (144), de s'exonérer par cette autre preuve (145). Remarquons que cette preuve ne se trouve pas expressément **consacrée** par le code, à son article 333 (art. 320 CCT).. Il est donc **d'autant plus intéressant** que certains auteurs puissent l'admettre, et l'admettre même **sans hésitation** comme **von Wattenwyl** (146).. En effet, cela nous paraît comme une indication de ce que cette deuxième possibilité exonératoire a un **sens,** à tel point qu'elle est même **nécessaire..** D'après l'auteur, la **nature** de la responsabilité ne devrait jouer **nul** rôle dans la discussion du problème de savoir s'il faut ou non admettre ce second moyen de libération également dans le cadre de la responsabilité édictée à l'article 333 du CCS. Effectivement, la responsabilité dite **causale (objective, sans faute, pour le résultat, légale, pour la seule causalité, etc)** exige pareillement **causalité.** Il en ressort, **indirectement** du moins, que l'auteur considère la seconde preuve libératoire sous l'angle de la notion de **causalité.**

von Wattenwyl, qui a étudié la responsabilité des «obligés de surveillance» (147) en Droit suisse, examine tous ces cas de responsabilité prévus respectivement aux articles 55, 56 COS (art. 55 et 56 COT) et 333 CCS (art. 320 CCT). Il estime que la formule de la seconde preuve libératoire consacrée par les articles 55 et 56 du COS (art. 55 et 56 COT)

(144) Remarquons, en passant, que le terme de chef de *famille* ne nous paraît pas *juste..* Il est *équivoque* et il ne reflète pas le véritable état de choses dont il est question aux articles 331 ss CCS (art. 318 ss CCT). Il s'agit, en fait, du chef de la *communauté domestique,* et non du chef de la famille.. Les deux notions ne se recouvrent pas. De toute façon, la responsabilité prévue à l'article 333 CCS (art. 320 CCT) figure parmi les dispositions relatives à la communauté *domestique,* - et non la communauté familiale..

(145) Cf. *von Wattenwyl,* p. 41 et pp. 44 ss.

(146) Voir, p. ex.: *Labhart* (déjà cité auparavant), pp. 57 ss; *von Tuhr/Peter,* p. 450 n. 30.

(147) Voir le titre même de son ouvrage..

est **critiquable.** L'interprétation **textuelle** de cette formule devrait nous conduire à libérer le responsable, **toutes** les fois que le dommage se fût aussi produit **même si** le responsable avait assuré le soin voulu.. Or, suivant l'auteur, tel ne peut être le **sens** de cette preuve libératoire. Nous savons qu'une pareille possibilité d'exonération n'est pas reconnue au responsable en vertu de l'article **41** du COS (art. 41 COT). Pourquoi en serait-il **différemment** de ces autres articles, qui édictent respectivement la responsabilité de l'employeur et celle du détenteur d'animal? Il faudrait, donc, interpréter la formule de la deuxième preuve exonératoire en ce **sens** qu'elle consacre, en réalité, **l'absence** de la **causalité** entre le préjudice et le défaut de soin de la part des responsables légaux.. Du moins, c'est ce que nous comprenons à la lecture des considérations de l'auteur. Les responsables légaux ne devraient, ainsi, pas pouvoir s'exonérer, en établissant une certaine causalité diye **hypothétique** du fait d'une **autre** cause présentant le caractère d'une cause **hypothétique** ou d'une cause **de réserve** (148)..

3.2.4. **Egger**

Quoique la loi ne mentionne pas cette autre preuve de libération à son article 333 (art. 320 CCT), **Egger** admet également que le responsable peut l'**invoquer.** Seulement, selon lui, le code a eu **raison** de **ne pas mentionner** cette preuve, du moment qu'elle est **superflue.** Car, la loi **présupposerait** et même **présumerait** que le manque de soin se trouve en rapport **causal** avec la production du dommage. Alors, il est naturel que le responsable puisse se libérer de sa responsabilité s'il peut prouver que **tel** n'est pas le cas. En effet, dans ces conditions, sa responsabilité perdrait toute raison **justificative** (149). Pour cet auteur **aussi,** la deuxième preuve exonératoire signifierait purement et simplement le **défaut** de **causalité,** - opinion qu'on rencontre **régulièrement** chez les auteurs qui étudient le problème. Comme déjà dit, **nous** n'admettons pas que la formulation expresse de cette preuve soit dénuée de **toute utilité** (150).

3.2.5. **Silbernagel**

Silbernagel se contente de proposer l'admission de cette autre

(148) Pour ces notions, voir, p. ex.: *Esser*, § 62, 3 et 4; *Eren* (I), pp. 164 ss; *id.* (II), pp. 207 ss.

(149) Cf. *Egger*, rem. 22 à l'art. 333 CCS.

(150) Voir nos divers passages. - Comp. *Labhart*, pp. 57 ss; *von Wattenwyl*, pp. 41 et 44 ss; *von Tuhr/Peter*, p. 450 n. 30, - de manière implicite du moins..

preuve libératoire, qu'il compare, par ailleurs, avec celle consacrée par le § 832 du **BGB** (151).

3.2.6. **Papa**

Ce juriste n'examine la question que de façon **incidente** (152). La seconde possibilité d'exonération équivaudrait, d'après lui, à la preuve de **l'inexistence** du lien **causal** entre le dommage et le comportement du responsable.

3.2.7. **Divers auteurs**

Divers **autres** auteurs participent également ce point de vue relaté (153).. Nous ne les examinerons pas ici séparément.

3.2.8. **Brehm**

Pour cet auteur également, même si la seconde preuve libératoire ne soit pas du tout **mentionnée** à l'article 333 CCS (art. 320 CCT), le responsable légal aurait toujours à sa disposition ce moyen d'exonération, fondé sur **l'absence** de la **causalité** entre le dommage et le manque de surveillance (154).. Par exemple, suivant les circonstances, des **recommandations** seraient **parfois inutiles** (155). En cas pareil, si le responsable parvient à prouver que le préjudice se fût en **tout état** de **cause** produit, le défaut de recommandations serait sans importance pour la solution du problème de la responsabilité. En effet, le rapport causal entre l'omission des recommandations et le dommage manquerait alors, et on ne pourrait plus **en tenir rigueur** au responsable. Ce qui aurait pour conséquence sa libération.

Comme on peut le constater, la deuxième possibilité d'exonération n'est pas dépourvue de toute **utilité.** Même par voie **indirecte,** elle peut **aussi** permettre de **déterminer** la première preuve libératoire; et ce, le cas échéant, d'une manière **plus sûre** que selon la seule formule concernant la première de ces preuves libératoires. Quand on pense que combien il est **difficile,** des fois, de trouver une **ligne de conduite** afin de **préciser** les précautions de soin nécessaires, on comprendrait aisément la valeur de la seconde preuve libératoire, - qui peut, entre autres,

(151) Cf. *Silbernagel*, rem. 19 à l'article 333 CCS.
(152) Cf. *Papa*, no 25, p. 90 et n. 11.
(153) Voir, entre autres auteurs: *Bieder*, p. 346; *Maag*, p. 81; *Gayler*, p. 110.
(154) Cf. *Brehm*, pp. 7 s.
(155) Voir, p. ex., les arrêts cités par l'auteur lui - même: ATF 62 II 75 s; ATF 70 II 138; ATF 79 II 263 s.

rendre **aussi** ce service.. Cette preuve, ainsi comprise, pourrait aider à **écarter** les reproches **non** fondés que le responsable légal encourrait. Grâce à cette preuve, le responsable aurait le moyen de démontrer, à la rigueur, qu'il s'agit, en fait, des mesures de soin **en l'air** ou **vagues**, - sans aucune relation avec la production du dommage. Et, il serait, alors, à même d'en argumenter qu'il ne devrait pas répondre de l'absence de telles mesures.

3.2.9. **Oser et Schönenberger**

Dans leur commentaire, ces auteurs estiment qu'il s'agit de la preuve du défaut de la **causalité** entre le préjudice et le manque de soin de l'employeur (156). Ce serait le cas, par exemple, lorsque le dommage proviendrait, en fait, de la force majeure ou qu'il aurait sa source dans un comportement **si rusé** de l'employé que toute mesure serait **inefficace** à l'effet de l'en empêcher..

Nous aurons quelque mot à dire en ce qui concerne la conduite «rusée» de l'employé. Il faut remarquer que **tout le monde** n'est pas d'accord à ce sujet (157). Certains auteurs permettent à l'employeur de s'exonérer lorsque l'employé aurait causé le préjudice par un acte intentionnel, alors que d'autres ne lui reconnaissent pas cette possibilité. Pour **notre** part, nous ne verrions aucun **inconvénient** à ce que le responsable puisse aussi s'en prévaloir, afin d'écarter sa responsabilité.. Car, l'admission d'une telle preuve, ne ferait que renforcer cette idée que la responsabilité de l'employeur se trouve fondée - tout comme les autres cas de responsabilité semblables, à savoir ceux prévus aux articles 56 COS (art. 56 COT) et 333 CCS (art. 320 CCT) -, **entre autres**, sur le défaut des mesures de soin, et non, à proprement parler, sur le fait **d'autrui**. Du moins est-ce la conception de la doctrine **dominante** en Droits suisse et turc (158).. Quant au Droit allemand, il considère que toutes ces responsabilités, dont il s'agit ici, sont basées sur la violation **fautive** de leur devoir de soin par les responsables légaux (159)...

(156) Cf. *Oser/Schönenberger*, rem. 30 à l'art. 55 COS.

(157) Voir, p. ex., d'une part: *Oser/Schönenberger, loc. cit.; Saymen*, pp. 90 - 91; *Feyzioğlu*, p. 626; Cour de cassation turque, 15 *HD* (15e Chambre civile), *E* 2437, *K* 1405, *T* 13.3.1975 (cité chez *Karahasan*, p. 597); - et d'autre part: *Tandoğan* (II), p. 70 n. 87; *Akman* dans *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, p. 688..

(158) Voir, à la place de plusieurs auteurs: *Oftinger*, I, pp. 26 ss; - en Droit *turc: Tandoğan*, p. 23 p. ex.

(159) Voir, p. ex.: *Schäfer*, rem. 5 sous § 831 *BGB*.

3.2.10. von Tuhr et Peter

Selon ces juristes (160), la responsabilité de l'employeur, par exemple, se trouve **fondée** sur le **défaut** de **soin.** Et, dans les hypothèses où l'application de la deuxième preuve libératoire pourrait entrer en ligne de compte, on aurait le moyen d'obtenir le **même** résultat **déjà** autrement, - abstraction faite de cette preuve. En effet, dans de pareils cas, le rapport de **causalité** entre le dommage et le manque de soin n'existerait pas.

Ainsi pour ces auteurs aussi, cette autre preuve d'exonération signifierait simplement absence de causalité.

3.2.11. von Büren

Critiquant la conception **dominante** en Droit suisse, cet auteur relève que la non-exigence d'une **faute** de l'employé se trouve déjà en **contradiction** avec la formulation de la seconde preuve exonératoire (161). Dans le cas où le préjudice ne serait pas dû à une faute de l'employé, l'employeur pourrait, suivant l'auteur, **toujours** s'exonérer.. Il le pourrait, du moment que même si la **première** de ces preuves libératoires ne lui réussissait pas, il aurait **toujours** la possibilité de se libérer en vertu de la **seconde.** En effet, il serait clair que même **le plus** grand soin devrait être considéré comme **impuissant** à prévenir le dommage, du fait que l'employé serait **irréprochable..** L'auteur en juge aussi qu'une **faute** de l'employé est **nécessaire** pour engager la responsabilité de l'employeur. Cette conclusion ressortirait également de la **réglementation** de la preuve libératoire (162).

Ainsi, selon l'auteur, la seconde preuve libératoire elle-même et la non-exigence d'une faute de l'employé pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'employeur ne pourraient se soutenir en **même** temps (163). Et l'existence de la deuxième possibilité de libération

---

(160) Cf. *von Tuhr/Peter*, p. 449.

(161) Pour le point de vue de la doctrine dominante en Droit suisse: voir, p. ex. *Oftinger*, II/1, pp. 147 et 149.

(162) Cf. *von Büren*, p. 254.

(163) Voir et comp. en Droit *allemand: von Caemmerer*, pp. 538 ss. Cet auteur soutient *d'une part* que la responsabilité de l'employeur - plus généralement toutes les responsabilités dites aussi du fait d'autrui - *nécessite* une *faute* de l'employé, et *d'autre part* que la seconde preuve libératoire n'est pas *applicable* lorsque l'employé, par exemple, *n'a pas* commis de *faute* ou qu'il a agi *irréprochablement*.. - *Contre* l'exigence d'une faute pour la mise en oeuvre de la responsabilité de l'employeur en Droit *suisse* et en Droit *turc*, voir, p. ex.: *Oftinger*, II/1, p. 147 et p. 149; - *Sungurbey*,

montrerait, en réalité, la nécessité d'exiger une faute de la part de l'employé, - personne dont l'employeur répond. C'est là, peut-être, tout le problème de la **construction** de ce genre de responsabilité où l'obligé de réparation est tenu **pour** ou **du** ou encore **par** le fait **d'autrui** (164).. Ce qui nous intéresse ici spécialement, c'est la conception qu'on peut se faire de la seconde preuve exonératoire. L'auteur examiné affirme que le responsable peut s'exonérer de sa responsabilité, lorsque l'auteur direct du préjudice a agi de manière **irréprochable.** Et, cette exonération aurait lieu en vertu de la deuxième possibilité de libération. On peut en déduire que, tant qu'une **faute** de l'employé **ne** sera **pas** requise pour la responsabilité de l'employeur, le deuxième moyen d'exonération aura aussi cette hypothèse comme domaine **d'application..**

3.2.12. Engel

A l'instar de bien **d'autres** auteurs, **Engel** croit aussi que si la seconde preuve libératoire réussit à l'employeur, cela signifie que le lien de **causalité** entre le préjudice et la «négligence» (165) de l'employeur **n'existe pas** (166).

Il n'y a là rien de singulier qui puisse nécessiter quelque explication ou quelque commentaire. C'est pourquoi, nous ne nous occuperons pas, encoré une fois, du contenu que peut avoir la preuve dont il s'agit..

3.2.13. Keller

De même, pour **Keller,** la seconde preuve libératoire n'est, en fait, que l'absence de la **causalité** entre le dommage et la violation de son devoir de soin par le responsable légal (167).

---

pp. 143 - 144; *Oğuzman, op. cit.* - *Pour* la nécessité d'une faute de l'auteur immédiat du préjudice dans la responsabilité des parents en Droit des pays latins, concernant le Droit *français:* voir, p ex.: *Blanc E.,* La responsabilité des parents, Paris, 1953, entre autres endroits, pp. 32 ss, p. 34 et pp. 39 ss.

(164) Sur ce *très* intéressant problème dans le cadre de toutes ces responsabilités où les responsables sont des personnes *différentes* des auteurs immédiats du préjudice, voir, p. ex. *Blanc E., op. cit.,* pp. 32 ss, p. 34 et pp. 39 ss.

(165) Cf. *Engel,* p. 363.

(166) Cf. *Engel,* p. 363.

(167) Cf. *Keller,* p. 122.

3.2.14. **Deschenaux** et **Tercier**

Au point de vue de ces deux juristes (168), la disposition prévoyant la deuxième preuve exonératoire ne consacre, en fin de compte, que la **première** preuve libératoire elle-même, mais seulement sous une forme **différente.**

Cette preuve exceptionnelle a été introduite par le législateur lors de la révision du Code des obligations en 1911. Elle n'existait pas dans le Code des obligations de 1881 (169).. Selon les auteurs, le motif de cette nouveauté réside dans l'intention du législateur de «lever toute **hésitation**» concernant la construction légale de la responsabilité de l'employeur.. Mais, font-ils remarquer, la seconde preuve libératoire n'a aucune portée **distincte;** en effet, toutes les hypothèses qui ont été envisagées pour trouver un domaine d'application propre à cette preuve, seraient déjà découvertes par la **première** preuve libératoire..

Supposé que l'employeur ait **échoué** dans sa tentative d'établir la preuve contraire à la présomption de défaut de soin causal, il pourrait, d'après les auteurs, se libérer en démontrant la seconde preuve exonératoire. Il ne serait donc pas pour autant **désarmé.** Il lui resterait toujours la faculté de prouver que **même s'il** avait fait usage du soin voulu, le dommage se fût **aussi** produit. Tout comme le défaut de soin, le lien causal entre ce défaut et la production du préjudice se trouverait également **présumé** par la loi. Seulement, il s'agirait d'une présomption **juris tantum,** qui s'arrête, bien sûr, à la frontière de la preuve **contraire,** - preuve permettant au responsable de **détruire** la présomption légale.

Ainsi la preuve en question aurait-elle deux caractéristiques principales: elle ne serait pas distincte de la première preuve, et elle aurait pour effet de démontrer l'absence de la causalité entre le dommage et le manque de soin. Il ne s'agirait pas, ici, de l'**interruption** de la causalité, vu qu'une telle exonération est déjà possible en vertu des principes **généraux** de la responsabilité civile.

Pour **notre** part, disons que même si la seconde preuve libératoire **peut,** dans certains cas du moins, aboutir au **même** résultat que la première preuve libératoire, on ne pourrait quand même la considérer comme la première libératoire **elle - même..** Le cas échéant, cette autre preuve peut bien servir à **préciser** le sens et le contenu de la première,

(168) Voir *Deschenaux/Tercier*, § 9, 4.2.

(169) En réglementant l'article 55 du COS nouveau (art. 55 du COT), le législateur a pu *s'inspirer* de la réglementation du § 831 du *BGB*. A ce sujet, voir, par exemple: *von Tuhr/Peter*, p. 449.

mais elle s'en **distingue** nettement.. Déjà sa formule pourrait le montrer. En outre, il nous semble un peu **excessif** de soutenir que le législateur lui-même ait pu recourir à une **tautologie** à titre de **nouveauté** dans le nouveau Code des obligations.. Rien ne le permettrait de dire avec certitude, - estimons - nous. Le **BGB** contiendrait, lui aussi, de telles tautologies à ses articles 831, 832 et 833..., - et à **trois reprises!**. Il se peut que le législateur ait agi ainsi pour **consolider** son point de vue à propos de la construction de toutes ces responsabilités. Mais, il n'en resterait pas moins que la **formule** de la deuxième possibilité d'exonération **diffère** sensiblement de celle de la première. On serait à même d'affirmer que si un tel **changement** a pu avoir lieu dans le nouveau code, c'est parce que le législateur a estimé qu'il serait **mieux** ainsi. Sinon, pourrait-on raisonner, il eût laissé les dispositions en question (art. 62 et 65 CO ancien) (art. 55 et 56 COS) **telles quelles.** Ce peut également constituer une preuve dans ce sens que, la deuxième preuve exonératoire peut posséder une valeur **indépendante** de la première preuve exonératoire (170).

Et, quant à cette **autre** idée de ces auteurs, selon laquelle la seconde preuve de libération signifierait également absence de **causalité** entre le dommage et le manque de soin de la part du responsable, remarquons qu'il existe **aussi** des juristes qui y voient l'illustration d'une causalité dite **hypothétique** (171), - différente évidemment de la négation de la causalité proprement dite.

3.2.15. **Oftinger**

En ce qui concerne d'abord la responsabilité du **chef** de **famille,** l'auteur raisonne (172) comme suit. Cette autre preuve de libération ne conduirait, à **quelques exceptions près,** qu'aux **principes** qui dominent le Droit de la responsabilité dite civile (173).. Et, les **exceptions** ne devraient pas être interprétées **extensivement.** Elles ne devraient pas, non plus, s'appliquer **par analogie..** Il faudrait en conclure que ce motif d'exonération spécial ne pourrait trouver application dans le cadre de l'article 333 du CCS (art. 320 CCT).. A ce sujet, l'argument que le **parallélisme** de construction entre l'article 55 et 56 COS (art. 55 et 56 COT) d'une part et l'article 333 CCS (art. 320 CCT) d'autre part pourrait

(170) Comp.: *Labhart*, pp. 57 ss; *Metzger*, pp. 117 s; *Schmid E. W.*, Haftung für Tierschaden, Bern/Zürich, 1917, p. 175.

(171) Voir, p. ex. *Esser*, § 62, 4 c; - comp. *Bydlinski*, p. 74; *Eren* (I), pp. 169 s; *id.* (II), p. 211.

(172) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 265 s.

(173) Cf. *id.*, II/1, pp. 176 s.

justifier la solution **contraire**, ne saurait être **pertinent**. Il est vrai que si l'on admet la solution en sens inverse, **l'harmonie** entre ces trois normes se trouverait établie. Mais, en revanche, cette règle exceptionnelle qu'est la deuxième preuve libératoire, en soi **superflue** (174), trouverait un champ d'application **élargi** (175), - ce qui devrait être **décisif**. Du reste, **sans** recourir à cette seconde preuve libératoire, on peut dire qu'un éventuel défaut de soin de la part du responsable n'a pas d'effet s'il n'est pas **causal** pour l'arrivée du dommage. Et cela pourrait déjà suffire à résoudre les problèmes relevant de la seconde preuve exonératoire. Ce même **principe** serait valable aussi bien à propos des articles 55 et 56 du COS (art. 55 et 56 du COT) que l'article 333 du CCS (art. 320 du CCT)..

En ce qui concerne la responsabilité de **l'employeur**, l'auteur considère que la deuxième possibilité de libération se trouve **exclusivement** en rapport avec la question de **causalité** (176). Ce motif d'exonération **diffère** de celui en vertu de **l'interruption** de la causalité, due à un cas de force majeure, la faute du lésé ou celle d'un tiers. Dans la dernière hypothèse, il s'agit de l'interruption de la causalité entre le dommage et le comportement de l'**employé**. Dans la première hypothèse, il est seulement question de l'absense de la causalité entre le dommage et la violation de son devoir de soin - préétabli - par **l'employeur**.

L'auteur veut, ici aussi, souligner ce qui suit. Selon le point de vue de la loi, l'employeur doit répondre du dommage causé par son employé pour avoir **violé** son devoir de soin. Et, il ne doit en répondre que dans cette éventualité. Cependant, l'inobservation de son devoir de soin par l'employeur ne constitue pas une des conditions **positives** - à prouver par le lésé - de sa responsabilité. Elle en est une condition **négative:** c'est lui qui doit établir qu'il n'a pas violé son devoir légal de soin. Mais, le manque de cette preuve n'aura pas de conséquence, s'il est constaté que le dommage se serait **de toute manière** produit.. En effet, le manque de la preuve en question et par conséquent la violation du devoir de soin par l'employeur apparaîtront alors comme sans **objet**.. Pour **Oftinger**, le fait que la loi mentionne la seconde preuve libératoire **attesterait**, du reste, la **justesse** de la conception défendue par lui au sujet de la responsabilité de l'employeur: cette responsabilité se trouve

(174) Cf. *id.*, II/1, pp. 176 s.

(175) *von Tuhr* et *Peter* proposent, en revanche, l'admission de la seconde preuve libératoire dans le cadre de la responsabilité du chef de famille. Voir, p. 450, II n. 30 chez les auteurs.

(176) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 151.

basée sur la **violation** d'un devoir de **soin** (177). L'existence de la deuxième possibilité de libération le prouverait même d'une manière très éloquente: autrement, cette possibilité serait dénuée de tout **sens**.. - Par ailleurs, la deuxième preuve exonératoire aurait le caractère d'une preuve dite **hypothétique** (178).

Dans un endroit **différent** (179), l'auteur poursuit ses explications comme suit. Le second moyen d'exonération viserait la preuve du **défaut** de **causalité** entre le préjudice et la violation du devoir **préétabli** de soin (180). La causalité se trouve **présumée** de par la loi. Si l'employeur n'a pu rapporter la première preuve libératoire, il peut toujours essayer de rapporter la seconde..

Cette autre preuve irait, suivant l'auteur, **au - delà** de la preuve que l'exercice du soin requis serait en réalité sans **objet**, du fait que **d'autres** circonstances se trouveraient entrer en ligne de compte. Si **nous** comprenons **bien** l'auteur, il entendrait par là l'**interruption** de la causalité.. Ainsi cette interruption ne serait-elle pas le **seul** but de cette preuve.

La portée de la seconde possibilité d'exonération n'est, d'après l'auteur, pas **très claire. Deux** groupes d'états de fait seraient envisageables à ce sujet.

D'abord, la **causalité** entre le préjudice et la violation de son devoir de soin par le responsable fera **défaut,** lorsqu'il y aura force majeure, faute du lésé ou faute d'un tiers. Dans un cas pareil, il va **de soi** que la causalité exigée manquerait (181).. Et la question de savoir si c'est bien

---

(177) Cf. *id., op. cit.*, p. 152.

(178) Cf. chez l'auteur, II/1, p. 152. - Jusqu'ici dans notre texte principal: cf. *id.*, II/1, pp. 151 - 152.

(179) Voir *Oftinger*, II/1, pp. 172 ss.

(180) Cf. *id.*, II/1, p. 173 et la note 360; - voir aussi les auteurs et arrêts cités dans cette note..

(181) Cf. la note 362 chez l'auteur. - Nous reproduisons ci - après les *propres* citations de l'auteur qui se trouvent aussi dans cette note: Dans ce sens, nettement ATF 50 II 493 (faute du lésé); *Oser* et *Schönenberger*, rem. 30 à l'article 55 COS (art. 55 COT) (force majeure) et *Chamorel*, p. 69 (force majeure et faute propre du lésé, - du reste, non très clair) - Il serait, pour *Oftinger*, de prime abord hors question que la seconde preuve libératoire concerne également l'hypothèse suivante: apparemment, le dommage eût été produit par une *autre* cause, de nature *hypothétique*, résidant *ailleurs* que dans l'état de fait qu'il s'agit de juger, et produite *après coup*.. Ainsi, ce serait le cas dans ce vieil exemple d'école: un voyageur meurt du fait de la *maladresse* d'un cocher; mais, il mourrait de

le **sens** de cette preuve exceptionnelle paraît à l'auteur une question **inutile,** puisqu'il existerait encore **d'autres** états de fait auxquels pourrait se rapporter le second motif d'exonération (182).

Ces derniers cas ne sont pas **nombreux** suivant l'auteur. Il donne, à cet effet, un exemple tiré de la jurisprudence (183). Dans l'arrêt en cause, il a été reproché à l'employeur d'avoir eu à son service un cocher par trop **jeune.** On relève dans le jugement que l'accident serait **aussi** arrivé **même si** l'employeur s'était servi d'un cocher **plus** âgé.. En effet, le jeune voiturier s'était, pendant l'accident dommageable, conduit de façon entièrement **irréprochable.** Par conséquent, le **prétendu** défaut de soin de l'employeur dans le **choix** de son employé n'aurait pas été du tout **causal** pour le préjudice, - même si l'on admettait l'existence réelle de ce défaut de soin. - A l'avis d'**Oftinger,** le lésé aurait, en vérité, fait un reproche **erroné:** ce ne serait pas une **negligentia in eligendo** ayant pour objet **l'âge** de l'employé qui serait en question dans la cause jugée. Il s'agirait, le cas échéant, de **l'adresse,** d'une certaine **habileté** de l'employé.. Et, l'auteur estime que l'employeur pourrait prouver qu'il avait agi avec **soin** à ce sujet. Ainsi, aussi bien la **causalité** concernant le reproche adressé à l'endroit de l'employeur qu'un défaut de soin éventuel concernant ce même reproche n'existeraient pas. La causalité du jeune âge de l'employé manquant dans l'espèce, l'absence du soin relative à cette circonstance ne pourrait être considérée comme **causale** pour la survenance du préjudice. Mais, suivant l'auteur, il s'agirait là d'une question relevant déjà de la **première** preuve libératoire.. A l'effet de démontrer l'inexistence du lien causal, on n'aurait pas besoin d'une deuxième preuve exonératoire (184).

Si, comme on peut le constater, nul défaut de soin de la part de l'employeur ne peut être retenu, il faudrait chercher la cause de l'accident préjudiciable **ailleurs.** La vraie cause de l'accident ne pourrait être découverte: elle ne ressortirait pas des données du jugement. La cause de l'accident semble résider dans le comportement même du lésé, d'un garçon de huit ans. Si cela est réellement le cas, il y aura, alors, **ou bien** faute propre de la **victime;** il pourrait, le cas échéant, y avoir faute des personnes **obligées** d'exercer une **surveillance** conforme aux circons-

toute façon, étant donné que tous les passagers du bateau qu'il prendrait se trouvent *aussi* morts, - noyés en mer. - Comp. à ce dernier sujet: *Masur*, p. 87 n. 1; *Sachs*, p. 58; *Feder*, p. 104; etc..

(182) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 173 ss.

(183) Voir ATF 37 II 434 ss. Cet arrêt se rapporte à l'art. 62 du CO ancien, où la seconde preuve libératoire n'était pas prévue.

(184) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 174, où l'auteur renvoie aussi à la page 158 chez lui.

tances sur elle. Il s'agirait, dans cette hypothèse, de **l'interruption** de la causalité entre le dommage et la conduite de l'employé. Et l'exonération du responsable aurait lieu en vertu de ce motif. Cette exonération pourrait, selon l'auteur, **aussi** intervenir même si le responsable **n'a** effectivement **pas exercé** le soin voulu. - Si la cause réelle du préjudice se trouve **ailleurs** que dans le comportement de l'employé, il y aura, alors, **ou bien** encore **absence d'imputabilité** et de **faute** du fait de l'**incapacité** de discernement du lésé provenant de son jeune âge. Il ne pourrait s'agir, dans cette hypothèse, de l'**interruption** de la causalité, et aucune exonération ne saurait avoir lieu sur le fondement de la **faute** propre de la victime. Il ne pourrait, alors, être question que de l'exonération basée sur la **seconde** preuve libératoire. En particulier, dans le cas où un défaut de soin de la part de l'employeur devrait être **effectivement** admis, il en serait ainsi.. On serait ici en présence d'un **nouveau** cas **d'application** de ce motif de libération. Lorsque le comportement de l'endommagé ne peut constituer une **faute** du fait de son **absence** de **discernement**, il ne saurait être question de la libération du responsable fondée sur **l'interruption** de la causalité.. On pourrait dire la **même** chose à propos de la **faute** du **tiers**, lorsque celui-ci ne peut commettre de faute à cause de son **manque** de **discernement.** Suivant l'auteur, il en va encore **de même**, lorsque la **cause** du préjudice réside dans un **cas fortuit** qui n'atteint pas **l'intensité** nécessaire pour constituer un cas de **force majeure.** - Et l'auteur remarque qu'il pourrait s'agir, théoriquement du moins, d'un pareil cas dans l'espèce examinée. On se trouverait devant une hypothèse semblable quand un cocher causerait un dommage pour avoir eu un **malaise soudain** (185)..

Oftinger écrit encore que se trouvent mentionnés par la doctrine **deux autres** cas d'application de cette preuve libératoire (186). Ces cas dont il parle seraient décrits par les auteurs **différemment.** Dans le **premier** de ces cas, quoique l'employé ait causé le dommage, il ne se serait pas pourtant conduit **contrairement** aux règles de conduite. Et la preuve de la **cura in eligendo** concernant l'employé ne serait pas **rapportée** par l'employeur. On pourrait en conclure que le dommage se fût **aussi** produit **même si** l'employé avait été choisi (187) avec **soin** (188). D'après l'auteur, il ne s'agirait, ici, en fait, que de la question de savoir si l'employeur a ou non eu recours à un auxiliaire **objectivement** convenable pour le travail en cause. Au sujet de la **cura in eligendo,**

(185) Cf. *id., op. cit.*, p. 175 et n. 369.
(186) Cf. *id., loc. cit.*, pp. 175 s.
(187) L'auteur *complète :* (...), surveillé et instruit..
(188) Voir les citations de l'auteur, II/1, p. 175 n. 372.

l'auteur relève que la conduite **irréprochable** de l'employé justifierait, selon les circonstances, cette conclusion qu'il était **adéquat** pour le travail dont il s'agit (189). Lorsque l'employé se trouve **objectivement** approprié à sa besogne, il serait, le plus souvent, permis d'admettre qu'il est adéquat pour la tâche lui confiée. Et, il n'y aurait pas là pour autant un état de fait, la solution duquel **nécessiterait** le recours à la **seconde** possibilité de libération. Dans de telles hypothèses, il s'agirait de cette question de savoir si les conditions d'application relatives à la **première** - et non la deuxième - preuve libératoire (exercice du soin requis) sont ou non réunies **objectivement.** Dans une semblable éventualité, si l'on reprochait **quand même** un défaut de soin à l'employeur, ce défaut de soin dans le **choix** de l'employé ne pourrait être **causal** pour la production du préjudice (190). Et alors, l'employeur pourrait s'exonérer; mais, il le pourrait précisément sur le fondement de la **première** preuve exonératoire.

Quant au **deuxième** cas d'application de la seconde preuve libératoire dont l'auteur fait mention (191) dans **ce contexte,** il aurait pour objet ce qui suit. Dans l'hypothèse relevant de ce cas d'application de la seconde preuve libératoire, l'employeur n'eût pas examiné **effectivement** si l'employé, dont il est question, était, ou non convenable pour le travail lui confié. Mais, même s'il avait réellement procédé à cet examen, il eût **pu** admettre qu'il pourrait lui confier ce travail (192). Dans ce cas, on pourrait constater - encore **plus** clairement que dans le cas précédemment exposé - que l'employeur s'est, **en fait,** servi d'un employé **objectivement** adéquat, **même** s'il s'est conduit **subjectivement** de manière **négligente** (193).. - Ce serait, par exemple, le cas dans l'espèce suivante (194). Un employeur **n'avait pas** obtenu des **renseignements** concernant son employé pendant qu'il **l'engageait.** Il ne l'avait fait que **plus tard.** L'exemple ci-après relaterait aussi cette hypothèse: un employé, **irréprochable** jusqu'alors, aurait endommagé un tiers par des **intrigues dolosives.** Et il l'aurait fait d'une façon **si raffinée** que **toute**

(189) L'auteur renvoie, ici, à certains passages dans son ouvrage: concernant la *cura in eligendo*, cf. II/1, p. 160 et concernant la *cura in instruendo* et la *cura in custodiendo*, cf. II/1, p. 161.

(190) L'auteur renvoie, à ce propos, au passage ci-après dans son ouvrage: cf. II/1, p. 158.

(191) Cf. *op. cit.*, p. 175, n° 3. - Dans notre étude, voir le texte juste avant la note 186.

(192) Cf. *id.*, *op. cit.*, p. 176 et n. 375.

(193) Cf. *id.*, *op. cit.*, p. 176; - voir aussi n. 376.

(194) Voir BIZR 19, n° 105, p. 198.

mesure de soin eût été **inefficace** à ce sujet. Dans cet exemple également, l'employeur aurait raison d'admettre qu'il avait agi avec soin, - **objectivement** parlant. Dans des cas pareils, la **relation** nécessaire entre l'endommagement et le travail de l'employé ferait, très souvent, **aussi** défaut.. Pourtant, l'employeur ne pourrait jamais s'abriter derrière ce prétexte que ses consignes n'étaient pas **suivies** par son employé (195).

A la **fin** de son exposé, **Oftinger** aboutit aux **conclusions** suivantes (196). **Même si** l'on tient compte, dit-il, des cas relevant **proprement** de la seconde preuve libératoire (197), le **domaine d'application** de cette preuve serait **restreint.** En effet, on pourrait en **exclure déjà** les motifs de libératoin qui seraient **autrement efficaces..** Il s'agirait, dans ces hypothèses, de l'exonération fondée sur l'absence de la **causalité. Quant** aux **autres** cas d'application possibles de cette preuve (198), ils appartiendraient **en fait** - ou **aussi** - au domaine d'application de la **première** preuve libératoire. L'auteur écrit qu'on peut, dès lors, se demander si la mention de ce motif de libération à l'article 55 du COS (art. 55 du COT) doit ou non être accueillie avec **faveur.** Car, si l'on considère que cette preuve se rapporte à l'exonération pour absence de causalité, elle serait **superflue.** Si l'on considère qu'elle concerne les cas qui pourraient proprement relever de son domaine d'application, on introduirait une solution **singulière** dans le Droit de la responsabilité civile, solution conduisant à la **non - unité** et semblant **arbitraire.** C'est pourquoi, selon l'auteur, il serait préférable qu'elle fût **négligée** (199)..

Notre exposé relatif aux considérations d'**Oftinger** se termine par ces lignes. Vu que nous avons **déjà** considéré, dans **d'autres** contextes, **tous** les aspects de ce problème de la seconde preuve libératoire, nous nous contentons, ici, de relever seulement que les idées de cet auteur se trouvent **accréditées** auprès de la doctrine, tant **suisse** que **turque.** Elles ont **influencé** bien des auteurs, et à ce **point** qu'elles ont été admises presque **telles quelles** par certains d'entre eux. - Pour le reste, nous renvoyons à **tout** ce que nous avons évoqué et discuté **jusqu'à présent** dans nos passages précédents..

---

(195) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 176 n. 376.

(196) Cf. *id.*, *op. cit.*, pp. 176-177.

(197) Il s'agit des cas relatés à *nos* passages commençant juste avant la note 183 et se terminant avant la note 185..

(198) Il est question des cas exposés à *nos* passages commençant juste avant la note 186 et se terminant avant la note 193..

(199) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 176 - 177. - Voir aussi p. 177 n. 377, où il cite *certains* auteurs qui abonderaient dans *son* sens et certains *autres* qui défendent une opinion *différente.*

3.2.16. Metzger

Pour **Metzger,** «en raison de son caractère **particulier** (200)», la seconde possibilité d'exonération ne pourrait pas avoir une valeur **indépendante** de la première preuve exonératoire (201).

Selon lui, **Schmid** serait dans **l'erreur** lorsqu'il affirme que «cette **nouvelle** (202) preuve libératoire apporte un **allègement** de la responsabilité du détenteur (d'animaux s'entend..) pouvant avoir une importance **pratique** (203), l'autre preuve devenant souvent **difficile** (204).»

Selon lui également (205), **Oftinger** irait, en revanche, **trop loin** lorsqu'il estime que cette preuve est pour le moins **superflue.**

Quant à **Matzger,** il croit que ces deux auteurs défendent, chacun, une opinion **erronée** (206). C'est parce que le premier accorderait une valeur absolument **indépendante** à cette preuve, et que le second **l'assimilerait** purement et simplement à la première, - ce qui aurait pour conséquence de démontrer son **inutilité** (207)..

Au point de vue de **Metzger,** la deuxième possibilité de libération jouerait un certain **rôle** dans le cadre de la responsabilité du détenteur d'animaux: elle **compléterait** et **préciserait** le sens de la première possibilité de libération. Par cette preuve, qui aurait pour objet la démonstration de l'absence de **causalité** entre le dommage et le manque de soin, le législateur aurait **souligné** qu'il avait l'intention d'édicter une responsabilité pour défaut de soin.. Il ne s'agirait pas, ainsi, d'une responsabilité en raison du **risque** créé par la détention de l'animal à l'article 56 du COS (art. 56 du COT). S'il en était autrement, il n'y aurait nulle raison de rechercher si le préjudice provient ou non d'un manque de soin de la part du détenteur de l'animal. Il est vrai que la première preuve libératoire prouverait **déjà** qu'il ne serait pas question du tout d'une responsabilité fondée sur le risque. Quant à la seconde preuve, elle **renforcerait** ce point de vue et elle le ferait **utilement** (208)..

---

(200) Souligné par nous-même.
(201) *Metzger*, p. 116.
(202) Les mots soulignés dans le texte le sont de notre part.
(203) Voir *Schmid E. W.*, Haftung für Tierschaden, Thèse Berne, Bern/Zürich, 1917, p. 175, - cité par *Metzger*, p. 116.
(204) Cf. *Metzger*, p. 116.
(205) Cf. pour *Metzger*, pp. 116 - 117; - pour *Oftinger*, II/1, pp. 176 - 177.
(206) Cf. *Metzger*, p. 117.
(207) Cf. *id.*, p. 117.
(208) Cf. *id., loc. cit.*

A son avis, cette preuve serait **aussi** utile sous une optique différente. Elle permettrait de dire à **qui** incombe la charge de la preuve concernant le problème de défaut de soin. Le cas échéant, ce serait le détenteur d'animal qui devrait prouver que, le défaut de soin dont il pourrait s'agir en l'espèce présenterait, en fait, un caractère **inadéquat** pour la production du préjudice. Afin de s'exonérer de sa responsabilité, le responsable devra établir ou bien qu'il a réellement pris les mesures de soin nécessaires, ou bien que le défaut de soin éventuel de sa part ne constitue pas, en réalité, la cause **adéquate** du dommage (209).

Suivant l'auteur, même s'il s'agit à cette disposition d'une simple preuve **d'absence** de **causalité,** la seconde possibilité d'exonération aurait également une valeur non négligeable dans la pratique. En effet, le juge examinant ces deux preuves libératoires **ensemble,** il ne retiendrait le défaut de soin de la part du responsable légal que si ce défaut de soin serait en même temps **causal** pour la production du dommage. Et, ce serait ici qu'interviendrait cette autre **utilité** de la deuxième possibilité de libération. En effet, le raisonnement du juge n'eût pas **nécessairement** été le même s'il n'y avait pas cette preuve. Le problème de la causalité n'étant pas facile à résoudre, il faut recourir à des **théories** sur la causalité, théories qui sont forcément d'une portée tout à fait générale. Or, ces théories seraient «beaucoup moins **familières»** à bien des juges qu' à **Oftinger..** On ne pourrait, donc, dire de manière catégorique que la seconde preuve est dépourvue de toute utilité **pratique** (210)..

Ainsi **Metzger** parvient-il à cette conclusion que «s'il est **erroné»** d'accorder à cette preuve une efficacité **indépendante** à côté de la première preuve libératoire, à l'instar de **Schmid,** ce serait «**aller un peu vite en besogne»** que d'affirmer qu'elle est **superflue,** comme le fait **Oftinger** (211)..

Nous partageons les idées de **Metzger,** au moins en grande partie. Nous avons déjà - et maintes fois - exprimé le souhait que l'on **maintienne** cette preuve dans les textes légaux où elle figure déjà (art. 55 et 56 COS et COT) et qu'on **l'introduise** dans celui où elle fait, par négligence seulement, défaut (art. 333 CCS et art. 320 CCT).. Nous ne reviendrons pas sur ces points, que nous avons, à plusieurs reprises, discutés (212). Constatons simplement que les avis relatifs à la seconde preuve libératoire sont nettement **partagés,** - en ce qui concerne et son

(209) Cf. *id., loc. cit.*
(210) Cf. *id., loc. cit.*
(211) Cf. *id.*, pp. 117 - 118.
(212) Voir nos passages précédents..

contenu et son **utilité**.. Nous en voyons un dernier exemple chez **Chamorel.**

3.2.17. **Chamorel**

Cet auteur, qui consacre au problème des pages entières (213), considère que pour se libérer par cette preuve, l'employeur doit établir qu'entre sa conduite - répréhensible ou non - et la production du dommage, il n'y a pas de rapport de **causalité** adéquate. Ce serait le **cas,** par exemple, s'il y a **force majeure** dans l'espèce jugée.. Et dans certains **autres** cas, il pourrait s'agir des **accidents** pour ainsi dire, que même un soin **plus** intense n'aurait pu détourner. Il conviendrait d'en chercher les causes **ailleurs** que dans l'absence ou l'insuffisance des mesures de soin commandées par l'usage et les circonstances. Ferait **aussi** partie du domaine d'application de la seconde preuve libératoire l'hypothèse suivante: l'employé aurait causé le dommage **volontairement;** et il se serait comporté d'une façon **si rusée, si dissimulée** (214) que n'importe que soin eût été **impuissant** à déjouer ses desseins (215)..

Mais, ce qui arriverait **le plus** fréquemment selon l'auteur, ce cerait le cas ci-après: le manque de soin relevé à la charge de l'employeur n'aurait **en rien** contribué à la réalisation de l'accident, du fait que celui-ci proviendrait d'une **autre** cause - telle que la **faute** du lésé, par exemple. Et l'auteur envisage à cet effet l'hypothèse suivante. Supposons que, dit-il, quelqu'un soit écrasé par une automobile en plein jour, que le conducteur marche à une allure modérée, qu'il connaisse d'ailleurs fort bien son métier de chauffeur, que la voiture soit en bon état et que les freins fonctionnent bien, mais que seuls les phares ne marchent pas. Et supposons encore que malgré le mauvais état des phares, cette défectuosité ne soit pour **rien** dans la survenance de l'accident.. Dans ces conditions, **Chamorel** relève que l'employeur du chauffeur réussirait à se libérer de la responsabilité prévue à son endroit par la loi (216).

L'auteur fait remarquer par ailleurs (217) que, la formule et la construction de l'article 55 du COS sont **différentes** de celles du § 831 du **BGB.** Alors que celui-ci exige nettement une **faute** de l'employeur, ce n'est pas le cas pour l'article 55 du COS qui se contente de la seule **activité** de l'employeur pour le déclarer responsable, et il ne permet

(213) Voir *Chamorel*, pp. 67 ss.
(214) L'auteur se réfère ici à *Oser*, rem. V 2 b à l'art. 55 COS.
(215) Cf. *Chamorel*, p. 69.
(216) Cf. *id., loc. cit.*
(217) Cf. *id.*, pp. 70 - 71.

l'exonération que s'il démontre l'existence du soin requis.. Il en résulterait que la disposition prévoyant le second motif de libération serait **très nécessaire.** Elle serait si nécessaire que son inexistence **modifierait** même toute la situation. Car, si cette autre norme n'existait pas, un rapport de **causalité** pourrait paraître comme non **indispensable,** - causalité liant le dommage au défaut de soin. Il suffirait qu'une relation fonctionnelle existe seulement entre le préjudice et **l'activité** de travail de l'employeur. Et ladite relation pourrait être **toujours** constatée, **toutes** les fois que l'employé causerait un dommage dans l'accomplissement de son **travail..** Ce serait cette conclusion que le législateur aurait voulu **éviter** en consacrant expressément cette seconde preuve de libération. Car, sinon, on pourrait facilement se trouver en présence d'une responsabilité **absolument causale** (cas de responsabilité sans faute **aggravée).**. Or, ce ne serait pas ce que la loi entendrait. La responsabilité de l'employeur n'est pas, d'après l'auteur, fondée sur une situation absolument objective en Droit **suisse.** Ainsi, on ne saurait dire que sa seule activité créant des **risques** ou que cette même activité nécessitant l'emploi des forces **auxiliaires,** l'employeur devrait répondre des dommages causés par ses employés (218). Dès lors, si la remarque de **Feder,** selon laquelle la disposition de l'article 831 du **BGB** prévoyant la seconde preuve libératoire est **inutile** outre que **superflue** (219), peut être considérée comme **juste** pour l'article 831 du **BGB,** elle ne conviendrait, en revanche, pas à l'article 55 du COS (art. 55 du COT) (220).

Nous **approuvons** les vues de **Chamorel.** Nous estimons cependant qu'elles ont besoin d'être **éclaircies** davantage.. Et, croyons-nous, on pourrait trouver les éclaircissements nécessaires dans différents passages de **divers** auteurs que nous avons examinés jusqu'à présent (221). Pour le reste, nous renvoyons à nos passages précédents, où nous avons étudié le problème sous bien des angles; - ce afin d'éviter des répétitions..

4. Notre opinion

Nous nous trouvons avoir **déjà** opiné tout le long de ce travail. Maintenant, il s'agit d'exprimer notre **propre** point de vue concernant le problème de la seconde preuve exonératoire.

---

(218) Cf. *id.*, p. 71; cf. aussi *id.*, p. 70.

(219) Voir *Feder*, p. 105.

(220) Cf. *Chamorel*, pp. 70 - 71. - L'auteur *critique* à ce propos l'opinion de *von Tuhr* (§ 49) et de *Maag* (p. 81), selon laquelle la remarque de *Feder* dont il est question dans le texte principal serait aussi *juste* pour le Droit suisse.. Cf. *id.*, p. 70 et n. 4 ss.

(221) Voir tout notre travail..

Suivant **nous - même,** on pourrait parfaitement dire que ce que la loi requiert, c'est tout aussi bien l'existence **effective** des mesures de soin que le **comportement soigneux** du responsable. On pourrait affirmer qu'en vertu de la réglementation légale même, le responsable ne doit, **en aucun cas,** manquer **personnellement** de déployer le soin objectivement nécessaire.

Sinon, le but de **prévention** que le législateur poursuit, selon **nous - même,** en édictant des cas de responsabilité **de plano** où la démonstration du soin nécessaire possède un effet **libératoire** (221 **bis)** ne pourrait se **réaliser**. Cet objectif de prévenir les dommages **autant que possible** nous paraît une raison suffisante pour demander, dans ces espèces de responsabilité, **aussi bien** la **présence objective** des mesures propres à prévenir la production des dommages qu'une **conduite personnellement** soigneuse de la part du responsable.. Car, autrement, il se pourrait fort bien qu'il **n'**applique **pas** le soin voulu. Or, c'est, avant tout, afin **d'inciter** les responsables légaux que se trouvent, selon **nous - même,** prévues toutes ces responsabilités à caractère nettement **spécial..** En effet, suivant la réglementation légale, la responsabilité est **d'abord retenue, sans** aucun égard à un éventuel défaut de soin du responsable. Si ce n'est qu'**ensuite** que la loi lui permet **d'écarter** sa responsabilité déjà établie. Et, à cet effet, le responsable doit démontrer qu'il a **assuré** le soin requis. Mais, le but de **prévention** que poursuit le législateur ne serait **pleinement** réalisé que si l'on exige à **la fois** l'existence objective des mesures de soin et le comportement soigneux des responsables, - selon **nous - même** du moins..

On devrait, donc, **sanctionner** le manquement **subjectif** au soin nécessaire de la part des responsables légaux, tout comme l'on sanctionne le manquement objectif à ce soin. Il importe par conséquent de savoir s'il y a eu non, en l'espèce, un manquement de ce genre, que ce manquement soit **causal** ou non pour l'arrivée du préjudice. On peut, croyons-nous, parfaitement défendre cette idée que les responsables légaux ne sont pas, en vérité, tenus pour avoir **causé** le dommage d'une manière directe ou indirecte. Ou, on peut aisément affirmer qu'ils répondent du dommage **moins** pour l'avoir causé que pour ne pas avoir **assuré** le **soin requis.** C'est pourquoi, on ne devrait pas, estimons-nous, **récompenser** les responsables légaux de leur **omission.** Si l'on admet

---

(221 *bis)* Cf. *Huber E.*, Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, 2e éd., Basel, 1925, p. 297 n. 2. - Voir et comp. *Koçhisarlıoğlu* (III), p. 333..

une solution différente, on aurait quelque difficulté à expliquer **pourquoi** ce sont eux **seulement** qui répondent justement d'un préjudice en l'absence de toute preuve **certaine** de causalité. Par ailleurs, la **présomption** de causalité prévue par la loi ne se **justifie** pas au point de vue du Droit probatoire, - tout comme la présomption de défaut de soin du reste.. De telles présomptions **non véritables** ne peuvent se justifier qu'au seul point de vue de la **politique juridique..** Car, elles **dépassent** le cadre étroit de la preuve, ainsi la forme, pour atteindre le **fond** même du Droit. Ces présomptions légales ne sont pas, non plus, conformes aux données **statistiques:** rien ne nous permet d'admettre d'avance que les responsables légaux sont **d'habitude** non soigneux.. Alors, dans ces conditions, on peut se poser la question suivante: puisque l'on se passe fort bien d'une causalité réelle et **prouvée** pour déclarer une personne **responsable** d'un dommage, **pourquoi** lui accorde-t-on le droit de se **libérer** par la preuve de l'absence de causalité?.. La solution contraire ne serait soutenable que si les présomptions en cause étaient de **véritables** présomptions. Or, comme nous venons de le dire, il n'en est rien (221 **ter)..**

De telles présomptions de causalité n'ont, à vrai dire, pas de **place** dans le système de la responsabilité civile, ni dans le domaine de la responsabilité pour faute, ni encore moins dans celui de la responsabilité sans faute. En effet, en **l'absence** de la causalité, nulle responsabilité n'est, à notre sens, concevable. Dans les cas de responsabilité sans faute - dite aussi **causale (!)** en terminologie du Droit suisse -, cette exigence nous paraît encore plus primordiale. Car, la responsabilité sans faute requiert au moins la **causalité,** à défaut de laquelle on ne saurait **comment** la **justifier..**

Nous aimerions aussi à faire remarquer que les responsables légaux **supportent** le **risque** de la preuve: s'ils ne peuvent établir soit la présence du soin requis, soit le défaut de la causalité entre l'inexistence du soin et le préjudice, ils **continuent** de répondre du préjudice causé. Cela

---

(221 *ter*) En effet, les présomptions *véritables* sont *rattachées* à un fait *connexe, étranger et en dehors* du fait présumé, à partir duquel on aboutit à l'existence de ce dernier. A ce sujet, voir, par exemple: *Leipold D.*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebiete, Berlin, 1966, p. 92; *Rosenberg L.*, Die Beweislast, 4e éd., Münich/Berlin, 1956, pp. 203 ss.

Or, les «présomptions» prévues dans le cadre des responsabilités en question *manquent* ouvertement de tels faits connexes, dont on puisse tirer ces conclusions que le soin exigé ne se trouve pas déployé et que l'absence de soin est la cause adéquate du dommage produit..

démontre également qu'ils sont tenus du dommage sans égard à un éventuel manque de soin causal de leur part. Ils sont d'abord responsables du préjudice, **quitte** ensuite à se libérer; et leur libération n'est pas possible s'ils **échouent** dans l'administration de la preuve du soin exigé, même si, **en fait,** ils ont exercé ce soin. Une telle construction **technique** nous démontre qu'ils ne répondent pas pour avoir causé le dommage **personnellement.** Ils ne répondent que du dommage causé par **autrui.** Et, cette conclusion nous paraît **capitale.** Les responsables légaux ne sont en réalité tenus qu'en leur **seule qualité sociale,** qualité considérée par le Droit en vigueur comme **juridiquement relevante..** Il peut, ainsi, y avoir une causalité non **individuelle,** mais entièrement **sociale,** tout à fait différente de la première. Et cette causalité exige, selon notre entendement, que les responsables légaux ne puissent se libérer en démontrant simplement qu'ils ont, **personnellement,** bien agi. Elle ne nous commande de les libérer que si toutes les mesures de soin **objectivement** commandées, soit par l'usage, soit par les circonstances, ont été **assurées.** Mais, la responsabilité **individuelle** ne peut **disparaître** pour autant; car elle demeure **toujours** au coeur du problème de la responsabilité civile. La responsabilité **humaine** ne saurait s'en passer, ou elle ne pourrait s'en passer qu'au prix de grands dommages. **Nous-même,** nous ne le voudrions pas.. C'est pour cette raison **aussi** - outre l'idée de **prévention** - que les responsables légaux devraient, estimons-nous, établir à **la fois** l'existence **objective** du soin nécessaire d'une part et leur **conduite subjectivement irréprochable** d'autre part..

Et lorsque l'on apprécie la seconde preuve libératoire, nous pensons que la solution du problème ne devrait pas dépendre **exclusivement** de la réponse à donner à la question de l'absence de la causalité **objective,** comme elle ne devrait pas dépendre **seulement** de la réponse concernant le problème de la causalité **subjective.** Les deux causalités devraient être envisagées, pour admettre ou nier l'exonération.

Nous voudrions également relever qu'il s'agit, dans ces espèces de responsabilité, d'une causalité **différente** de celle du Droit commun, à un **autre** point de vue **encore.** Outre la causalité **proprement dite,** de nature tout à fait **personnelle,** une autre causalité complètement **impersonnelle** est pareillement en jeu.. Cette dernière, c'est ce que nous pouvons nommer **«causalité de la shpère»** (221 **quater**).. Cette causalité est fondée sur un lien entre le dommage et la sphère **d'existence** et de **responsabilité** de la personne responsable. Il suffit, pour retenir la responsabilité du détenteur de la sphère, que le préjudice se produise

(221 *quater*) Cf. *Bydlinski,* p. ex. p. 18.

dans **sa sphère** de responsabilité, où il mène son existence et où il détient **l'autorité**.. Car, il doit **répondre** de sa **sphère** comme de **lui-même** et de ses **propres** actes. C'est lui qui en est le détenteur, et c'est lui **seul** - et nulle **autre** personne à **sa place** - qui puisse **influer** sur les sources de dommages qui s'y trouvent.. Aussi est-ce lui **seul** qui puisse avoir la possibilité de **prévenir** les dommages qui se produiraient dans sa propre sphère d'existence et de responsabilité. Et, il est clair que la possibilité de **prévention** et la **responsabilité** vont **de pair**. Selon un principe du Droit **non** écrit, commet certainement une **négligence** celui qui **n'empêche pas** la production d'un dommage, alors qu'il est en **mesure** de l'empêcher.. Ce principe assez ancien doit aussi être consacré en notre matière. Il est d'ailleurs sous-jacent à toute la construction juridique de ces responsabilités hors cas.

Seulement, il s'agit ici d'une **autre** sorte de possibilité de prévention que sur le plan du Droit dit commun. En effet, il ne peut nullement être question d'une possibilité **individuelle** et **subjective** de prévenir les préjudices éventuels. Même si les responsables légaux ne peuvent individuellement empêcher la réalisation du préjudice, leur responsabilité est engagée; et ils ne sauraient la dégager au motif qu'ils ont des **excuses**, même valables, à ce sujet. Il ne leur serait pas permis de s'abriter derrière le fait qu'ils ne dépendaient pas d'eux d'éviter le préjudice.

Il est nécessaire et suffit à ce propos que la **sphère** dont les responsables légaux sont les détenteurs possèdent le moyen de prévenir le dommage en question. Et cette possibilité de prévention doit être appréciée **in abstracto**, sans tenir compte des moyens **personnels** des responsables.

En conséquence, pour échapper à sa responsabilité, le responsable doit démontrer l'existence d'une cause **étrangère** à sa sphère. A cet égard, son manque **personnel** de soin ne devrait pas constituer une telle cause. La seconde preuve exonératoire doit, ainsi, signifier qu'il n'y a **aucune relation logique** et **raisonnable** entre la production du dommage et la sphère d'existence du responsable légal.

A notre sens, on s'appuie, **en principe**, sur la teneur même de toutes ces normes à caractère **exceptionnel**. Or, elles ne parlent nulle part de la **causalité**: ni la première preuve libératoire ni la deuxième n'y font même pas allusion. L'article 320 CCT (art. 333 CCS) ne prévoit pas, du reste, la seconde possibilité d'exonération, - ce **contrairement** aux articles 55 et 56 COT (art. 55 et 56 COS).. - Les §§ 831 ss du **BGB consacrent** des dispositions **semblables** à celles des articles 55 et 56 du COT (art. 55 et 56 du COS). Dès lors, **pourquoi** ne serait-il pas permis

de dire que ces cas de responsabilité en quelque sorte **légale, n'** exigent **pas** que le défaut de soin en question soit **aussi causal** pour la production du préjudice?. En effet, ces normes ne demandent que les précautions requises soient **effectivement prises;** elles ne demandent pas **plus.**. Il est vrai que **toute** responsabilité suppose causalité - entre autres conditions, conditions pouvant varier selon l'espèce de responsabilité -, en l'absence de laquelle, une responsabilité quelconque, de quelque nature qu'elle soit, est impensable.. Mais, il n'est aucunement indispensable que la causalité dont il s'agit dans ces normes de responsabilité à tendance **objective** se rapporte au **manquement** des responsables à leur devoir, devoir qui serait prévu par la loi elle-même. Puisque l'on fait presque totalement abstraction de la **personne** du responsable pour fixer le genre et l'intensité des mesures requises, il ne nous paraît pas facile de soutenir encore qu'une telle responsabilité se trouve fondée sur la violation d'un devoir **personnel** de soin. Si ces responsabilités réellement basées sur l'inobservation d'un devoir juridique quelconque, ce ne pourrait être qu'un devoir **objectif** et **impersonnel.** Alors, la causalité qui serait en question ne concernerait qu'un **état de fait** entièrement **objectif,** à savoir la production d'un dommage dans la **sphère** de responsabilité, d'autorité et d'influence du responsable. Et s'il y a bien une causalité dans ces cas, ce ne peut être, en réalité, que la causalité de cette **sphère** (222).. En conséquence, l'absence de causalité, que pourrait avoir la deuxième preuve libératoire comme objet, ne pourrait avoir trait au défaut de soin, mais bien à la **sphère** de responsabilité du responsable légal.

Sous un angle différent, d'après **nous,** le **fondement** de toutes ces responsabilités ne pourrait résider ni dans la **faute** des responsables, ni dans un **manque** de **soin,** - même objectivement compris - de leur part (223). Outre que le soin exigé est décrit de manière **objective** et

(222) Cf. *Koçhisarlıoğlu* (I), entre autres endroits, pp. 27 ss, 40 ss et 151 ss; *id.* (II), pp. 302 ss, 305 ss, en particulier p. 305 et p. 307 ensemble. - En ce sens, voir aussi ATF 103 II 27, concernant la responsabilité du *chef* de *famille:* «Le texte légal est clair. L'article 333 CC parle d'un dommage en relation de *cause à effet* avec un *état de chose objectif,* savoir l'existence de *l'autorité domestique (...)*» Les mots soulignés dans l'arrêt le sont de *notre* part.

(223) Cf. *Koçhisarlıoğlu* (I), pp. 22, 23 s, 27 ss, 40 ss et p. 101; - comp. *Egger,* rem. 5 à l'art. 333 CCS; *Gilliard F.,* Vers l'unification du droit de la responsabilité, Société suisse des juristes, Rapports et communications, RDS 1967, pp. 216 s. - Voir encore *Koçhisarlıoğlu* (I), p. 101: «(...) il n'est pas indispensable *d'inventer,* pour justifier la responsabilité du chef de famille, un devoir de réparation qui serait la sanction d'un *prétendu*

impersonnelle (224), la **charge** de la **preuve** se trouve aussi **renversée,** de sorte que ce n'est pas au lésé d'établir le défaut de soin et son caractère causal, mais c'est au responsable de démontrer le contraire. Or, il se peut fort bien que le responsable ait **effectivement exercé** le soin voulu, mais qu'il ne puisse pas le prouver, ou qu'il ne puisse pas démontrer le défaut de causalité entre le dommage et l'inexistence d'une mesure de soin déterminée. Il supporte donc aussi bien le **risque** de dommage de la part de la personne ou de l'animal dont il répond que le **risque** de ne pas pouvoir faire la preuve. S'il échoue dans l'administration de la preuve du soin malgré l'exercice du soin **effectif,** il est tenu, **en réalité,** pour une **autre** cause que le défaut de soin. Et, vu la construction légale, cette cause ne peut se trouver que dans la **première** partie de toutes ces normes exceptionnelles.. Nous pouvons observer alors que la raison des responsabilités en question réside dans la **sphère** de **domination** des responsables.

S'il en est ainsi, comment **expliquer** la présence des preuves libératoires? A notre entendement, elles sont prévues à des fins de **prévention** (225).. La loi permet aux responsables de se libérer de leur responsabilité, **d'ores et déjà** établie du fait de la survenance d'un dommage dans leur sphère d'influence, au motif qu'ils pourraient, par là, être **incités** à exercer le soin nécessaire qu'ils n'exerceraient peut-être pas **autrement.** En conséquence, la raison d'être de ces deux preuves exonératoires ne devrait pas être recherchée dans le but d'atteindre, autant que possible, le manque de soin causal et celui de rendre possible l'exonération au cas **contraire.** La seconde preuve libératoire ne pourrait donc avoir pour objet l'établissement de **l'absence** de la **causalité** entre le préjudice et le défaut de soin.

Remarquons, par ailleurs, que la doctrine **dominante** - tant en Suisse qu'en Turquie - considère que la formule de la **première** preuve libératoire permet, voire même commande, d'exiger un rapport de **causalité** entre le dommage et l'absence de soin; elle affirme même que ledit

---

devoir de surveillance, qui est en réalité *inexistant* du reste intellectuellement *inconcevable.*» Voir *aussi op. cit.*, p. 101 n. 137: «Il est *cependant* parfaitement *possible* de parler d'un *devoir* à charge du chef de famille tendant à *empêcher* les actes dommageables des mineurs, etc. placés sous son *autorité.*» En ce sens, voir *Egger*, rem. 5 à l'art. 333 CCS.

(224) Voir *Koçhisarlıoğlu* (I), entre autres endroits, p. 24 et n. 8, - ainsi que les auteurs cités dans cette note.

(225) Cf. *Koçhisarlıoğlu* (III), p. 333. - Voir *Huber, E.*, Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, 2e éd., Basel, 1925, p. 297 n. 2.

rapport doit présenter un caractère certain. En ce cas, il n'y a rien d'étonnant qu'elle puisse, à la rigueur, soutenir que la seconde preuve libératoire revient souvent à la **première** (226). - **Nous** admetterions **aussi** qu'il pourrait en être ainsi dans **certains** cas (227). Mais, nous interprétons les choses **différemment** (228) et nous considérons les **deux** preuves exonératoires sous un **autre** jour (229). Selon **nous**, le **manque** de soin ne constitue pas le **fondement** des responsabilités en question, mais la **preuve** du soin permet **l'exonération.** En assurant le soin voulu, les responsables peuvent s'exonérer de leur responsabilité, **déjà** intervenue en vertu de la première partie des normes dont il s'agit. Ainsi sont-ils tenus de répondre du dommage causé, **dès que** le dommage se trouve causé par la personne ou l'animal dont ils répondent. Le seul effet de l'exercice du soin nécessaire, c'est de **décharger** les responsables de leur responsabilité engagée du fait du préjudice. Et quant à la seconde preuve exonératoire, elle peut **parfois** revenir à la **première.** En effet, puisque la démonstration du soin exigé est **déjà** libératoire, la deuxième possibilité de libération pourrait, dans certains cas du moins, signifier, **en fin de compte,** que le soin exigé se trouve en fait assuré

---

(226) En ce qui concerna la conception, selon laquelle la première preuve libératoire déjà exige un rapport de *causalité* entre le dommage et le défaut de soin, voir, par exemple: *Oftinger*, II/1, p. 150; *Deschenaux/Tercier*, p. 101; *Nater*, pp. 13 ss et p. 18; - *Tandoğan* (II), p. 65; *Eren* (II), pp. 292 - 293; *Oğuzman*, p. 196. - La jurisprudence dans ces deux pays se trouve aussi fixée dans ce sens. Voir, p. ex.: ATF 95 II 100 ss en Droit suisse; *YİBK*, *E* 1, *K* 3, *T* 27.3.1957 et *TD*, *E* 967/77, *K* 6563, *T* 5.12.1968 en Droit turc. - Pour *notre* part, nous ne pourrions concevoir que *difficilement* que, la *mauvaise éducation* et son caractère *causal* dans la production du dommage soient *aussi présumés* de par la loi dans le cadre de la responsabilité du chef de famille.. Voir, à ce propos, *Koçhisarlıoğlu* (III), entre autres endroits, p. 324. Il en devrait être *de même*, à *notre* sens, du défaut de soin de la part de l'employeur dans le *choix* de son employé..

- Et en ce qui concerne cette autre conception, selon laquelle la seconde preuve libératoire *revient*, en fait, à la *première* dans bien des cas, voir par exemple: *Oftinger*, II/1, pp. 174 ss; *Tandoğan* (II), p. 71.

(227) Voir *Koçhisarlıoğlu* (I), p. 152.

(228) Voir aussi *Koçhisarlıoğlu* (I), pp. 152 s.

(229) Voir aussi *Koçhisarlıoğlu* (I), entre autres endroits, pp. 43 ss, pp. 108 ss d'une part et pp. 151 ss d'autre part. Voir, par exemple, *nos* lignes suivantes: «On pourrait fort bien soutenir, au contraire, et à la rigueur, concernant l'art. 333 CC, qu'il *n'ya aucun* rapport entre le *fondement* de la responsabilité du chef de famille et la clause *d'exonération.* Ils pourraient avoir des fondements *différents*, fonctionner *différemment* et n'être associés que par le *texte* légal, non par le *sens* de celui-ci.» Voir, *op. cit.*, p. 44.

par le responsable (230).. Mais, d'après **nous,** la seconde preuve exonératoire peut être faite de **deux** manières. **D'abord,** le responsable peut établir que le préjudice provient, en réalité, d'une **autre** cause que l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond. **Ensuite,** le responsable peut prouver que, quoique le préjudice provienne réellement de l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond, il s'agit cependant d'un acte qui se trouve **en dehors** de la sphère **d'influence** du responsable (231). Ainsi, le responsable légal peut s'exonérer par l'une des preuves suivantes. Il peut s'exonérer, s'il peut démontrer que le soin assuré était **propre** à prévenir tout risque de dommage, **avant** même la réalisation du dommage en question. Il peut aussi s'exonérer, s'il peut démontrer que l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond n'aurait pu être **empêché** par l'application du soin nécessaire. A cet effet, il peut établir **ou bien** que l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond n'est, en réalité, pas la **cause adéquate** du dommage produit, **ou bien** que, quoiqu'il constitue la cause adéquate du dommage, il se trouve cependant **en dehors** de la sphère **d'influence** du responsable.. En tout état de cause, les **deux** possibilités d'exonération sont accordées aux responsables légaux pour de motifs tenant à la **prévention..** C'est pourquoi, estimons-nous, les responsables légaux doivent toujours démontrer qu'ils ont **effectivement** pris les mesures de soin commandées par les circonstances, ou que les mesures de soin en question n'étaient pas commandées par les circonstances du fait qu'il s'agit des actes dommageables des personnes ou des animaux, qui sont **en dehors** de leur sphère d'influence. **Notre** vue **diffère** donc **sensiblement** des autres.. Selon l'opinion consacrée à ce sujet, de même que les responsables peuvent se libérer par cette preuve qu'ils ont pris les mesures de soin requises, de même ils peuvent s'exonérer par cette **autre** preuve que les mesures de soin nécessaires n'eussent pas pu prévenir la production du dommage. Cette conclusion semble commandée par la **logique.** En cette dernière hypothèse, il s'agirait, alors, tout naturellement de l'absence de causalité entre le préjudice et le manque de mesures..

Par ailleurs, pour ne pas **confondre** la première et la deuxième des preuves libératoires, disons que celle-ci sert **aussi à compléter** le sens et la portée de celle-là. La seconde preuve exonératoire peut, **utilement,** aider à **mieux déterminer** et **circonscrire** la première; mais, elle n'est pas cependant la première preuve libératoire **elle-même..** Si la deuxième possibilité d'exonération ne servait à **rien,** il n'y aurait aucune

(230) Cf. *Koçhisarlıoğlu* (I), p. 152.
(231) Cf. *Koçhisarlıoğlu* (I), entre autres endroits, p. 152.

raison de l'instituer à part.. Elle doit, donc, avoir une valeur indépendante et présenter une certaine utilité.

Avant tout, grâce à cette preuve, on peut facilement écarter les causes qui ne prennent pas leur source dans la sphère de responsabilité du responsable. En effet, le responsable ne pourrait influencer de telles causes dommageables. Si le responsable légal peut bien répondre, plus ou moins comme une sorte de garant, des dommages produits dans sa sphère d'activité et de risque, il ne saurait, en revanche, assumer la responsabilité des préjudices qui lui sont étrangers, aussi bien que sa sphère de domination. Il s'agirait alors ou bien des dommages qui n'auraient rien à voir ni avec la personne du responsable ni avec sa sphère d'existence, ou bien des dommages qui n'auraient une relation avec le responsable ou sa sphère que de manière tout à fait occasionnelle. Dans le deux cas, il serait inique de le charger du poids de la réparation. Mais, relevons - le encore une fois, dans ces hypothèses, le responsable légal ne se trouve pas libéré pour avoir respecté son devoir de soin; il ne se libère que parce qu'il est question des causes de dommages non réalisées dans son cercle d'influence. Il est évident qu'il ne pourrait aussi répondre de tels dommages, puisque leur réalisation lui échappe forcément..

La seconde preuve exonératoire peut encore permettre d'éviter les solutions par trop absurdes.. Elle constitue un remède sûr contre des reproches mal fondés, - des reproches qui seraient, pour ainsi dire, «dans l'air».. On ne pourrait demander aux responsables légaux de prendre n'importe quelle mesure de soin. Les mesures qui n'auraient rien à voir avec le bon fonctionnement de la sphère d'activité des responsables ne devraient point entrer en ligne de compte, afin de retenir leur responsabilité. A l'opposé, les responsables légaux ne pourraient se libérer en démontrant l'existence de pareilles mesures. Ce n'est pas parce que les mesures en question ne se trouveraient pas en relation de cause à effet avec le préjudice qu'on permettrait ou non la libération des responsables légaux. Mais parce qu'on ne saurait exiger de leur part de semblables mesures, celles-ci n'étant pas du tout en rapport avec la raison d'être des deux preuves libératoires (232). N'étant pas propres à réaliser les fins de prévention que le législateur attribue à ces preuves libératoires, les mesures en cause doivent être tenues en dehors des hypothèses légales.

Et, pour que ces fins de prévention puissent être pleinement réalisées, il faut que les responsables légaux assurent, en tout état de cause, que

(232) Voir encore *Huber E., op. cit.*, p. 297 n. 2.

les mesures de soin nécessaires soient prises. Sinon, ils **demeurent** toujours engagés.. Ils doivent non seulement garantir les mesures **elles-mêmes,** mais ils doivent **aussi** garantir le **résultat** des mesures, de sorte que celles-ci **empêchent** la production de tous dommages relevant par nature de leur sphère d'influence. Autrement, il ne servirait à rien qu'ils garantissent les mesures de soin, **sans** garantir **aussi** leur **efficacité..** De sorte que si les mesures de soin peuvent, par nature, prévenir la réalisation d'un dommage donné, les responsables légaux sont **tenus** de le prévenir. Ils sont, donc, obérés d'une obligation de **résultat,** - si nous pouvons jargonner ainsi.. Leur tâche à cet effet nous paraît **difficile.** En effet, déjà la production du préjudice dans la sphère de domination des responsables légaux démontrerait par elle-même qu'ils n'ont pas **empêché** le dommage, alors qu'ils le pouvaient parfaitement. Et, on sait que **qui n'empêche pèche,** alors qu'il le peut (233).. Cette donnée de la réalisation du préjudice dans la sphère d'activité et de risque des responsables légaux, pourrait, le cas échéant, constituer même une espèce de **présomption,** - non pas légale, mais **du fait de l'homme.** Et les responsables pourraient **difficilement** s'exonérer. Ils devraient, dans ce cas, démontrer que le dommage s'est produit **malgré** le bon soin de leur part, - ce qui est plus dur à établir que la simple **existence** des mesures de soin exigées d'eux.. Ainsi, les responsables légaux ne pourraient être déchargés de leur responsabilité, tant qu'ils ne prouvent pas qu'ils n'ont pu **empêcher** (234) le préjudice en dépit du

---

(233) Comp. cette vieille règle du Droit: *Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest.* On peut la rendre en *français* ainsi: On n'est pas *coupable,* lorsqu'on a connaissance d'une mauvaise action qu'on ne peut *empêcher.. Nous* aimerions à exprimer l'idée *contenue* dans cette maxime de la manière suivante: *Nulle* faute n'a été commise par celui qui n'a *rien* à se reprocher quoiqu'il soit en *possession d'empêcher* un dommage, *mais bien* par *celui qui...* Pour cette règle, cf., entre autres sources, *de Maleville J.,* Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat, 2e éd., t. 3, p. 191.

(234) Voir, à ce sujet, la *formule* de l'article 1384 du CCF. Cet article déclare d'abord que la responsabilité des surveillants est *engagée;* et il permet ensuite qu'ils puissent s'en *dégager* sur cette preuve qu'ils n'ont pu *empêcher* le fait qui donne lieu à leur responsabilité. Sur le sens et la portée de la disposition de l'alinéa 7 de l'article en question - alinéa rendant possible l'exonération -, voir, p. ex.: *Mazeaud H./Mazeaud L./Tunc A.,* Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 6e éd., Paris, 1965, nos 766 ss; *Colin A./Capitant H./de la Morandière L. J.,* Traité de droit civil, t. II, Paris, 1956, n° 1151; *Planiol M./Ripert G./Esmein P.,* Traité pratique de droit civil, 2e éd., Paris, 1952, n° 631; *Aubry/Rau,* Droit civil français, 7e éd. sous la direction de *P. Esmein* et *A. Ponsard* et *N. Dejean de la Batie,* Paris, 1975, n° 420;

soin **adéquat** de leur part, **ou** que, **même s'ils** avaient **déployé tout** le soin requis, ils n'eussent pas **empêché** le préjudice. Remarquons tout de suite que, dans cette dernière branche de l'alternative, les responsables ne peuvent s'exonérer s'ils n'ont pas **réellement** pris les mesures indispensables.. Cette preuve ne saurait leur permettre d'écarter leur responsabilité, alors qu'ils n'ont **rien** fait pour détourner le préjudice, ou qu'ils n'ont pas fait **suffisamment** de choses à cet effet. Dans les **deux** cas, ils doivent donc démontrer qu'ils ont **assuré** les mesures de soin. Cette conclusion nous paraît nettement être commandée par le but de **prévention** que les preuves libératoires poursuivent selon **nous..**

Certains auteurs (235) pensent, tout comme **nous - même,** que la responsabilité pour le manquement dans sa **propre sphère** d'existence s'explique par les considérations de **prévention** des dommages, ainsi que celles de **domination** des risques. Il est tout indiqué **d'inciter,** par des responsabilités **menaçantes,** les personnes à **prévenir, autant que possible,** les dommages qui pourraient se produire dans leur sphère de **domination** et **d'intérêt.** Il ne faut jamais perdre de vue que le «détenteur» de la sphère est la personne **la mieux** placée pour dominer les sources de préjudices. Et, l'idée de prévention joue certainement un rôle **très important** dans le Droit de la responsabilité civile (236). - Si l'idée de prévention est importante dans la vie en **société,** l'idée **d'initiative** nécessaire est aussi importante; en effet, c'est d'elle que dépend le progrès, et c'est elle qui est le pivot de toute entreprise. Dès lors, il faut aussi lui accorder une place, et une place importante, dans la détermination de la **liberté humaine** ainsi que ses **limites..** C'est dans **l'équilibre** et **l'harmonie** de ces deux données que se trouvent, croyons - nous, toutes les réponses à toutes les questions posées par la responsabilité.. Il faut éviter de **décourager** les gens par la menace de responsabilité, qui risquerait fort de les gêner dans leur liberté de **mouvement** et d'**entreprise** (237). Il convient, donc, laisser aux gens un **champ** de liberté suffisamment **large** pour ne pas les oppresser..

Starck B., Droit civil, Obligations, Paris, 1972, n° 707; *Weill A./Terré F.*, Droit civil, Les obligations, 2e éd., Paris, 1975, n° 658; *Lambert G.*, Cours de droit civil, Droit du patrimoine, Principes généraux, Maisonneuve, 1971, pp. 246 ss; *Le Tourneau Ph.*, La responsabilité civile (Ancien *Lalou)*, Paris, 1972, nos 1161 ss.

(235) Cf. *Bydlinski*, p. 18.

(236) Sur l'importance de la *prévention* dans le Droit de la responsabilité civile, voir, p. ex.: *Marton G.*, Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, AcP 162 (1963), p. 20 et pp. 36 ss.

(237) Comp. en ce sens, p. ex.: (auparavant) *Mauczka J.*, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse, Leipzig/Wien,

Pour en revenir à la **causalité** de la sphère, nous croyons que la causalité de la sphère de domination et d'influence est une idée fort soutenable.. Et selon **nous,** dans toutes ces responsabilités où la responsabilité d'une personne se trouve engagée par l'**intermédiaire** d'une autre personne ou d'un animal, la **seule** causalité possible, c'est celle de la **sphère.** En effet, comment expliquer autrement qu'une personne réponde du fait d'une autre ou du fait d'un animal, **sans** qu'elle - même ne soit pour **rien** dans l'arrivée du préjudice? Nous attirons, encore une fois, l'attention sur ce que ces responsabilités sont engagées, **d'ores et déjà,** en l'absence de toute preuve de causalité reliant le dommage à la personne du responsable .Ce n'est qu' **ensuite** que la loi lui permet, sous certaines conditions bien définies, l'exonération. Dans cette construction juridique, il est clair, pour **nous,** qu'il ne peut s'agir d'une causalité proprement **humaine** et **individuelle,** - relativement à la personne du responsable. La seule causalité logiquement pensable, c'est celle qui peut s'établir entre le préjudice et la **source** du préjudice, source qui se trouve justement dans la **sphère** d'activité et de responsabilité du responsable. Et si le responsable est tenu de répondre aussi de **tels** dommages, c'est qu'il **domine** et qu'il **représente** en quelque sorte la sphère en question. Cette sphère est aussi sa sphère **d'intérêt..** Il est, dès lors, parfaitement naturel qu'il en assume toute la responsabilité et toutes les conséquences qui en découlent.. Ainsi, **l'imputation** du dommage se trouve réalisée par l'imputation à la sphère d'activité du responsable et, par là, à la personne du responsable elle-même. Dans le premier stade du raisonnement, on impute le préjudice à la **source** du préjudice; et dans le deuxième, on impute le préjudice à la **sphère** de responsabilité du responsable, puisque le préjudice prend sa source dans cette sphère; et, enfin, dans le dernier stade du raisonnement, on impute le préjudice au **détenteur** de cette sphère. C'est possible, à notre entendement, et c'est possible aussi bien **logiquement** que **juridiquement** (238)..

1904; (de nos jours) *Deutsch E.*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Eine privatrechtliche Untersuchung, Köln/Berlin/Bonn/München, 1963, pp. 68 s.

(238) Voir en ce sens: *Hegel G. W. F.*, Vorlesungen über Rechtsphilosophie, 1818 - 1831, Edition et commentaire par *K. - H. Ilting*, Bd. IV, § 116. L'auteur y relève que l'individu doit *répondre* aussi bien de ses *propres* agissements que ceux des «*éléments*» soumis à sa «*domination*».. Car, ces éléments appartiennent également à lui.. Ils sont, pour ainsi dire, les *siens*, dépendant de lui et soumis, par ailleurs, à sa *surveillance, etc..* L'auteur compte, parmi ces «éléments» de l'individu - éléments qui, selon *nous - même, prolongent* en quelque sorte sa personne - *les enfants* et les *animaux* aussi.. Il s'agit, là, de la *sphère* d'existence et de responsabilité

C'est ainsi que les responsables légaux répondent d'un dommage qu'ils n'ont nullement **causé personnellement,** - du moins selon le sens que nous donnons à ce dernier mot. Ils répondent purement et simplement du fait **d'autrui** ou de **l'animal,** parce que ces êtres se trouvent dans leur **sphère** de responsabilité. Sinon, comment expliquer d'ailleurs ce résultat qu'ils sont tenus de réparer le dommage, même s'ils n'ont, en fait, eu **aucune** possibilité de prendre les mesures de soin nécessaires et, par là, **d'empêcher** la réalisation du dommage? En effet, la doctrine dominante en Suisse et en Turquie soutient fermement que ce qui compte, c'est l'existence **objective** du soin **objectivement** décrit (239). Les responsables légaux doivent assumer la responsabilité du dommage «causé» par l'une des personnes ou par un animal soumis à leur **autorité** et leur **surveillance,** dès que se trouvent ces êtres dans leur sphère d'activité et de risque. Or, la doctrine dominante dans les deux pays mentionnés estime que les responsables légaux sont tenus de réparer le dommage, même s'ils sont **incapables** de discernement, ou qu'ils sont **absents,** ou encore qu'ils sont **malades** au point d'être cloués au lit (240).. Mais, le caractère **artificiel** du raisonnement saute aux yeux. En outre, comment concevoir un devoir légal qui ne pourrait être **réellement** respecté par le sujet juridique, devoir dont la violation **objective** engagerait, par ailleurs, sa responsabilité? De plus, il s'agit d'une responsabilité non pas de **sa propre** conduite, mais du fait d'une **autre** personne ou d'un animal.. Et, par-dessus le marché, une telle responsabilité n'est pas prévue à son endroit s'agissant de **ses propres** agissements (241).. Il serait donc, dans ces hypothèses, responsable **davantage** que de lui-même.. Il faut pour **justifier** un pareil point de vue des arguments **solides,** que nous ne pouvons découvrir chez la doctrine, ni la jurisprudence. Le devoir **objectif** de **soin** (**Sorgfaltspflicht** objectivement déterminée et appréciée..) a **encore** besoin d'être **approfondi** (242) en tant que **concept.** Il est ou devrait être clair que **nul** ne saurait être tenu d'un

---

de l'individu, - si nous ne abusons pas des mots. - *Voir encore: Larenz K.*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität», Leipzig, 1927; *id.*, Tatzurechnung und «Unterbrechung des Kausalzusammenhanges», NJW 1955, pp. 1011 s.

(239) Voir, entre autres auteurs: *Oftinger*, II/1, p. 99, par exemple; *Tandoğan* (II), pp. 53 et s; *id.* (I), pp. 343 et s; *von Tuhr/Peter*, p. 448.

(240) Voir, p. ex.: *von Tuhr/Peter*, p. 448.

(241) Voir l'art. 41 COS et COT, § 823 *BGB*.

(242) En ce sens, voir: *Oechslin K.*, Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik, Zürich, 1948, pp. 488 ss.

devoir juridique qu'il ne pourrait, de prime abord, **respecter. «Impossibilium nulla obligatio»**, dit une ancienne règle de Droit (243).

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, l'idée d'un devoir juridique qui ne s'**arrête** même pas à la frontière de **l'impossible**, ne concernerait, en vérité, que la notion **d'illicéité**, et non, à proprement parler, celle de **responsabilité.** Toute responsabilité devrait prendre **fin** à la frontière de **l'impossible.** Car, si les responsables ne peuvent **empêcher** la réalisation du dommage, pourquoi et à quel titre seraient-ils obligés de répondre du dommage? D'ailleurs, il est communément admis que **toute** responsabilité **cesse** dès qu'il est établi qu'il y avait **inévitabilité**, soit **subjective** (cas de responsabilité **pour** faute), sot **objective** (cas de responsabilité **sans** faute) (244).. C'est une règle **fondamentale** du Droit. - Par ailleurs, même si l'on

(243) Il est vrai que le concept *d'illicéité* surtout n'implique pas nécessairement la *possibilité* de se conformer à la norme, dont la violation est constitutive d'illicite. Voir, entre autres auteurs *turcs* et *suisses: Darbellay J.*, Théorie générale de l'illicéité, Fribourg, 1955, n° 79, p. 180 p. ex.; *Kaneti S.*, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru (L'élément d'illicéité dans les actes illicites) (en turc), İstanbul, 1964, p. 32.

Cette affirmation, qui peut prêter à la *critique* du reste, ne serait, à notre sens, valable d'ailleurs que pour les normes dites de *résultat.* Quant aux normes dites de *comportement,* elles exigent l'examen du comportement de l'agent, afin de décider de l'existence de l'illicite. Voir, à ce sujet: *Merz H.*, Die Widerrechtlichkeit gemäs Art. 41 Obligationenrecht als Rechtsquellenproblem, *In* Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, Bern, 1955, pp. 311 et ss.

De toute façon, le problème de savoir si l'illicéité est un concept *subjectif* ou, au contraire, un concept *objectif,* est un problème *discutable* et effectivement *discuté.* Voir, à ce propos, les études suivantes de divers auteurs, de divers pays: *Kaneti S., op. cit.*, entre autres endroits, p. 32; *Darbellay J., op. cit.*, entre autres endroits, pp. 127 ss et pp. 132 ss; *Hold von Ferneck A.*, Die Rechtswidrigkeit, Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. I, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena, 1903; *Merkel, A.*, Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. I,, Giessen, 1867, pp. 42 et ss; - voir *aussi: Nipperdey H. C.*, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, pp. 1777 et ss; *Bienenfeld R.*, Die Haftungen ohne Verschulden, Typenlehre und System der aussergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und scweizerischen Recht, Berlin/Wien, 1933, pp. 36 ss et pp. 398 ss; - voir également les auteurs cités par Bienenfeld..

(244) Au sujet de *l'inévitabilité* et ses conséquences en responsabilité civile, tant subjective qu' objective, voir, entre autres auteurs: *Giovanoli S.*, Force majeure et cas fortuit en matière d'inexécution des obligations selon le Code des obligations suisse (Avec une comparaison des droits

admet que l'illicéité est une notion **objective,** il est à faire remarquer que l'illicéité à **elle seule** ne peut fonder une responsabilité quelconque; il lui faut encore une **raison** qui justifie la responsabilité. Tout comme la **causalité,** l'illicéité est aussi l'un des éléments de la responsabilité, mais elle n'en est pas le **motif** ou le **fondement.** Celui-ci doit être recherché **ailleurs.** Et, si l'on conçoit que l'inobservation **objective** du devoir de soin, lui-même **objectif,** constitue le **fondement** de toutes ces responsabilités à base de devoir de soin, on **confondrait** alors l'illicéité et le fondement; - ce qui n'est pas permis.. En effet, l'illicéité est l'une des conditions de la responsabilité; elle se trouve dans **toute** espèce de responsabilité, que la responsabilité soit pour faute, ou qu'elle soit sans faute. Ainsi, un élément de toute espèce de responsabilité ne saurait constituer le **fondement** même d'une responsabilité sans faute. Sinon, on aurait, en fait, à faire à une responsabilité **sans** fondement du tout, - ce qui n'est pas possible..

Aussi pouvons-nous affirmer d'une part que les responsabilités, où il est question de la seconde preuve libératoire, ne peuvent, en réalité, se concevoir comme basées sur la violation d'un devoir de soin **impersonnel,** et d'autre part qu'elles ne sauraient être **sans** fondement. Ces réflexions nous amènent à nous demander, encore une fois (245), si le fondement de toutes ces responsabilités du fait d'autrui ou du fait d'animal ne peut se trouver dans une **situation objective,** décrite d'ailleurs par la loi elle-même, à savoir une certaine **qualité** juridique. Nous pouvons, croyons-nous, voir cette qualité dans le fait de **détenir** une **sphère** juridique, sphère qui **prolonge,** en quelque sorte, la personne du responsable. Dès lors, il est naturel qu'il en assume aussi la responsabilité, et qu'il réponde des actes et événements (246) dommageables produits dans son cercle de domination et d'influence.

Ainsi la seule qualité d'être **détenteur** d'une sphère juridique de responsabilité suffit-elle à engager la responsabilité du détenteur de la sphère. Et, si c'est le cas, la **causalité** dont il est question ne peut, non plus, se rapporter à la **personne** même du responsable, mais bien à sa

---

allemand et français actuels), Genève, 1933; *Stark E. W.*, Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (Höhere Gewalt, Selbst - und Drittverschulden), Thèse Zürich, Zürich, 1946; *Junod Ch.-A.*, Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, Genève, 1956.

(245) Voir *Koçhisarlıoğlu* (I), pp. 25 ss et p. 101, - entre autres endroits.

(246) Sur la notion *d'événement* en Droit de responsabilité civile, surtout *sans* faute, voir, en particulier: *Oechslin, op. cit.*, pp. 116 ss et p. 603, p. ex.; *Esser J.*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2e éd., München, 1969, pp. 78, 79 et 115 s; *Junod, op. cit.*, pp. 47 ss et pp. 138 ss.

sphère, où il domine et décide. Et cette domination et ce pouvoir de décision lui permettant - dans une certaine mesure du moins - **d'influencer** les sources de préjudices, il est compréhensible qu'il assume le poids de la réparation. **Qui peut éviter, doit réparer,** pourrions-nous dire.. Mais, il ne faut pas croire, pour autant, que la seule possibilité de prévenir les dommages constitue le fondement même de toutes ces responsabilités liées, en quelque façon, à la détention d'une sphère juridique déterminée. Cette possibilité d'influer sur les sources de préjudices n'est que l'une des **justifications** de ces responsabilités.. A ce propos, relevons qu'il convient de **distinguer,** et nettement, le **fondement** de la responsabilité d'avec la **justification** de la responsabilité (247). L'une de ces notions ne devrait pas être mise à la place de l'autre..

La causalité en question étant celle de la **sphère** de responsabilité, **l'absence** de causalité, elle aussi, ne pourrait avoir trait qu'à la **sphère,** et non, à proprement parler, à la personne du détenteur de la sphère, en tant que tel. La **seconde** preuve libératoire concernerait, le cas échéant, également la sphère de responsabilité (248). Et, les responsables

(247) Voir, à ce sujet, part exemple les distinctions soigneusement faites par *Bienenfeld R., op. cit.*, p. 51. - Selon *nous - même,* le fondement de la responsabilité est l'acte ou l'événement ou encore la situation (suivant la nature et l'espèce de la responsabilité en question..) qui font *naître* la responsabilité. L'ordre juridique accorde à certains actes ou événements ou encore situations un effet *constitutif* ou *générateur* de responsabilité. Quant à la *justification* de la responsabilité, c'est la *raison* de politique juridique servant de motif à la responsabilité. Le fondement de la responsabilité nous explique pourquoi elle *naît*, et la justification de la responsabilité nous explique pourquoi elle est *prévue.* Comme on peut le constater, ces deux problèmes *diffèrent* nettement l'un de l'autre. Pour reprendre les termes de *Bienenfeld,* le premier relève de la *systématisation* juridique, tandis que le second de la *politique* juridique..

(248) Pour la *notion* de la *sphère* de responsabilité (sphère d'existence, de domination, d'activité, de risque, d'influence, etc..) ainsi que les autres notions en dépendant, voir, les auteurs suivants: *Strohal E.*, Gutachten betreffend die Reform des österreichischen Schadenersatzrechtes, *in* Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a.b. Gesetzbuches, Dem österreichischen Advocatentage erstattet. Wien, 1880, pp. 139 ss; *Merkel R.*, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg, 1895; *Müller - Erzbach R.*, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106, pp. 309 ss, en particulier pp. 347 ss, et AcP 109, pp. 1 ss; *Wilburg W.*, Die Elemente des Schadensrechts, a.d. Lahn, 1941, entre autres endroits, pp. 6 ss, pp. 40 ss et pp. 187 ss; *Oechslin K.*, Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik, Zürich, 1948, en particulier pp. 466 ss et p. 610; - voir aussi *Koçhisarlıoğlu* (I), pp. 25 ss, p. 101, pp. 151 ss et différents autres endroits.

légaux ne pourraient s'exonérer de leur responsabilité, - **déjà** engagée en vertu de la loi, responsabilité **ex lege,** pour ainsi dire - qu'en démontrant l'existence d'une cause **étrangère** à leur **sphère d'activité.** Ils ne pourraient le faire qu'en prouvant le caractère **extérieur** du dommage à leur sphère de **risque.** Et, ils ne seraient à même de rapporter cette dernière preuve qu'en établissant que, le préjudice s'est produit **en dépit** de l'exercice **effectif** du **soin,** ou que le préjudice n'eût pu être **empêché** par le **soin** requis. Mais, il faut le souligner, dans ces **deux** cas, les responsables **légaux** ne sauraient se libérer de leur responsabilité que s'ils ont **réellement** pris **toutes** les **mesures** de soin exigées.. Et en ce qui concerne la **seconde** preuve exonératoire, les responsables légaux peuvent la rapporter de façon suivante. Ils peuvent **ou bien** prouver que le dommage provient, en fait, d'une **autre** cause que l'acte de la personne ou de l'animal, dont ils répondent. Ils peuvent **ou bien** prouver que, **quoique** le dommage **provienne** réellement de l'acte de la personne ou l'animal dont ils répondent, cet acte est **pourtant extérieur** à leur sphère d'activité. Dans ces deux dernières hypothèses, il s'agirait, en fait, d'une cause pour ainsi dire **étrangère** à la sphère de responsabilité des responsables légaux, et par conséquent à eux-mêmes.

Il est clair que si les responsables légaux doivent bien répondre des préjudices **intrinsèques** de leur sphère d'activité, ils ne sauraient, en revanche, aussi répondre des préjudices **extrinsèques** de leur sphère.. Dans ce dernier cas, il serait question **ou bien** des préjudices dus à **d'autres** causes que l'acte de la personne ou l'animal dont les responsables légaux répondent, **ou bien** des actes de la personne ou l'animal ne **relevant** pas, par leur essence, de la sphère de responsabilité des responsables légaux, - **échappant** donc à **l'influence préventive** de cette sphère. Dans la première branche de l'alternative, il est **naturel** que les responsables légaux ne soient pas tenus de réparer le dommage; puisque celui-ci n'est, à proprement parler, pas l'oeuvre de la personne ou l'animal dont ils répondent. Et dans la deuxième, il est **logique** qu'ils ne soient pas obligés d'indemniser le lésé; parce que, quoique le dommage soit l'oeuvre de la personne ou l'animal dont ils répondent, il est question cependant d'un dommage qui n'eût pas **dû** et partant **pu** - et non pas un dommage qui n'eût pas **pu** et partant **dû** - être **empêché** par l'activité **préventive** de leur sphère d'influence et de risque. Le dommage ne **dépendrait** pas, alors, de l'action **spécifique** de leur sphère.. En tout état de cause, les responsables légaux doivent **toujours** établir **l'exercice effectif** du soin requis pour écarter leur responsabilité. Ainsi, qu'il s'agisse de la première preuve libératoire, ou qu'il s'agisse de la seconde preuve libératoire, les responsables **légaux** ne pourraient s'exonérer qu'à **ce prix..**

Conclusions

1.1. La **jurisprudence** paraît, d'une manière toute générale, **disette,** sinon **muette,** sur la question. Toutefois, quelques **points** de **repère** peuvent, quand même, être décelés.

1.2. La jurisprudence ne semble envisager la seconde preuve libératoire que lorsque le défaut de soin présente, en l'espèce, un caractère **douteux..**

1.3. Cette preuve pourrait, pour la jurisprudence, permettre, le cas échéant, de décider de la **nécessité** ou **l'opportunité** d'une précaution de soin déterminée.

1.4. Toujours selon la jurisprudence, la preuve en cause pourrait aussi **faciliter** l'administration de la **première** preuve libératoire.

1.5. Au point de vue de la jurisprudence, cette preuve pourrait servir à **choisir** entre diverses mesures de soin, toutes également **possibles..**

1.6. Et au cas où l'on considérerait cette preuve comme faite, elle **suffirait** à elle seule à l'exonération des responsables légaux, - même si la **première** preuve libératoire ne se trouve pas, expressément ou implicitement, rapportée dans le cas jugé.

1.7. Et enfin, si le manque de soin semble **problématique in casu,** mais qu'il ne saurait, de toute façon, être **causal** pour la production du dommage, le second moyen de libération paraît avoir une vertu libératoire par lui-même, en accordant aux juges la possibilité de se **passer** de trancher la question concernant l'exercice effectif du soin indispensable.

2.1. Quant à la **doctrine,** elle n'est pas, non plus, très **abondante** sur le sujet.. Mais, on peut dire qu'elle témoigne, tout de même, de **l'intérêt** à l'égard des problèmes posés par la deuxième possibilité d'exonération.

2.2. Suivant certains, la formule même de la seconde preuve libératoire est de nature à donner lieu à **discussion.** Elle serait **équivoque,** et elle serait, de ce fait, propre à créer des **malentendus..**

2.3. La mention **expresse** de cette preuve serait, pour certains, tout à fait **superflue,** alors que pour d'autres, il n'en serait pas **ainsi.**

2.4. D'aucuns estiment que la seconde preuve exonératoire est complètement **inutile.** Et certains pensent qu'elle est, au contraire, **utile.** Et enfin quelques-uns croient qu'elle est même **très utile..**

2.5. Pour ce qui est des **arguments** avancés dans l'une et l'autre direction, ils **varient** suivant les auteurs.

2.6. D'après maints juristes, la deuxième preuve de libération n'aurait trait qu'à la seule **causalité**.. Elle signifierait simplement que l'omission des mesures de soin doit être en rapport de cause à effet avec le dommage pour retenir la responsabilité des responsables légaux; **sinon**, ils peuvent naturellement s'en libérer.

2.7. Toutefois, le **sens** et la **portée** de la seconde preuve exonératoire en tant que problème de causalité créent des **divergences** de vue.. Sous l'angle d'une **certaine** opinion, il ne pourrait s'agir de l'exonération que sur le fondement de la **négation** de causalité. Sous l'angle d'une opinion **différente**, il ne pourrait être question de l'exonération qu'à base de l'idée de causalité **hypothétique.**

2.8. Selon la conception généralement consacrée, la causalité étant **présumée** dans toutes ces responsabilités qui impliquent le deuxiéme moyen de libération, on aurait affaire à la preuve **contraire** à la présomption de causalité dans le cadre dudit moyen. Pourtant, il faut le souligner, il ne suffirait jamais que la démonstration de l'absence de la causalité soit uniquement **possible**.. La preuve à cet effet devrait présenter un caractère **certain** pour que l'on admette la libération des responsables.

2.9. Bien que le second moyen exonératoire ait des rapports étroits avec la causalité, ces rapports s'établiraient néanmoins d'une **autre** façon que lorsqu'il s'agit de l'exonération du fait des motifs dits **généraux** de libération - qui **interrompent** la causalité, savoir la **force majeure**, la **faute** du **lésé** et la **faute** du **tiers**. Dans la **première** hypothèse, le défaut de causalité intéresse le manque ou l'insuffisance de soin; tandis que dans la **deuxième**, il est relatif à l'acte dommageable même. Dans la première on s'occupe du «fait» du responsable légal - «auteur» **médiat** du dommage -, alors que dans la deuxième celui de la personne ou l'animal - cause **immédiat** du dommage.

2.10. A en croire **certains**, cette autre preuve libératoire ne s'avérerait **utile** que dans des cas **rares**. Les principes généraux de la responsabilité civile **suffiraient**, dans la règle, à résoudre les problèmes relevant de la deuxième possibilité libératoire.

2.11. Pour **d'autres**, il n'en serait pas ainsi, et cette autre preuve aurait un domaine d'application **propre** à elle.

2.12. Afin d'appliquer la seconde preuve exonératoire, on devrait,

le cas échéant, **comparer** le déroulement **réel** des faits avec celui **hypothétique.** Cette preuve ne serait en cause que si la règle juridique «ordonnant» l'exercice du soin requis en l'espèce se trouve considérée comme **non respectée** par les responsables légaux. Dans le but d'en décider, il faudrait, attentivement, apprécier les circonstances **réelles** d'une part et les circonstances **hypothétiques** d'autre part.

2.13. Dans le cadre de cette possibilité exonératoire, il conviendrait, paraît-il, nettement **distinguer** les hypothèses suivantes.

Il faudrait **d'abord** se demander si le préjudice se fût ou non **aussi** produit en **l' absence** du défaut de soin de la part des responsables légaux, **d'autres** faits ou événements ayant été survenus - faits ou événements également **propres** à produire le **même** préjudice.

Il faudrait **ensuite** se demander si le défaut de soin en question est ou non **causal** pour la production du préjudice dont il s'agit.

Il faudrait **encore** se demander si le préjudice serait ou non arrivé, supposé que les responsables légaux eussent **pris** toutes les mesures de soin exigées, alors qu'ils ne les ont pas, **en fait,** prises.

2.14. Au cas où la seconde preuve libératoire serait réellement **rapportée,** cela signifierait que le défaut de la preuve concernant l'exercice du soin indispensable et partant l'inobservation de leur «devoir» de soin de la part des responsables légaux se trouvent, en réalité, **sans objet..**

2.15. La consécration de cette autre preuve libératoire **attesterait,** par ailleurs, d'une manière éclatante que la loi rattacherait toutes ces responsabilités légales à la **violation** d'un **devoir** de **soin** par les responsables.

2.16. Mais, cette autre preuve **dépasserait,** au fond, les **limites** lui fixées par la démonstration que l'application du soin requis serait, en vérité, **sans objet** en l'espèce, du fait que **d'autres** circonstances pourraient **également** entrer en ligne de compte dans l'arrivée du dommage visé.. En effet, elle posséderait **aussi** d'autres possibilités d'**application,** allant au-delà des frontières habituelles d'une telle preuve, à savoir l'interruption de la causalité.

2.17. Toutefois, le sens et la portée réels de cette preuve ne se révéleraient pas très **clairement,** - du moins d'après certains auteurs..

En laissant de côté les cas «normaux» d'interruption de la causalité, on pourrait déterminer le **champ** d'application de la seconde preuve libératoire comme suit.

L'auteur direct du préjudice peut s'être conduit de manière **irréprochable.**

Le responsable légal peut bien avoir violé son «devoir» de soin **subjectivement,** mais non **objectivement.** Il peut, ainsi, avoir été **négligent** en fait d'exercice du soin; pourtant, sa conduite ne saurait être qualifiée de **négligente** au point de vue objectif..

Et enfin, le lésé peut avoir adressé un reproche **inexact** à l'endroit du responsable, alors que le reproche exact résiderait **ailleurs..**

Dans tous ces cas, la seconde preuve d'exonération pourrait trouver application.

2.18. Bien qu'il en soit ainsi, **certains** auteurs font quand même remarquer que le domaine d'application propre à cette preuve se montrerait **restreint.** Aussi son admission paraîtrait-elle comme des plus **douteuses.** Car, **ou bien** elle se révélerait **superflue, ou bien** elle conduirait à des solutions **singulières** en Droit de responsabilité civile, créant, par là, des **diversités** indésirables.

2.19. Un domaine d'application **différent** de la deuxième preuve d'exonération, serait constitué par le cas **fortuit** qui n'atteint pas le degré **d'intensité** nécessaire pour être considéré comme un cas de **force majeure.** Si la responsabilité est fondée sur une **faute** du responsable légal, comme c'est le cas en Droit **allemand,** le **casus mixtus** aurait également un effet libératoire sous le point de vue de cette autre preuve exonératoire.

2.20. La seconde preuve exonératoire présente, en tout état de cause, un aspect **hypothétique.**

2.21. A défaut de la **première** preuve exonératoire, il serait **toujours** possible de l'administrer.

2.22. Quant aux **fonctions** de cette autre preuve libératoire, selon **certains,** elle n'aurait pas une fonction **indépendante** de la première preuve libératoire, - **revenant** souvent à la première.

Suivant **d'autres,** elle remplirait, au contraire, une fonction **spécifique,** bien différente de celle de la première preuve. Elle aurait, entre autres fonctions, à **alléger** toutes ces responsabilités **aggravées** à dessein par le législateur. En effet, elles s'**écartent** toutes de la responsabilité du Droit commun par certains traits, - dont la charge de la preuve en particulier. Cette preuve posséderait aussi une fonction de nature tout à fait **pratique;** la première preuve libératoire apparaissant, même

souvent, comme **difficile** à rapporter, cette autre preuve la **remplacerait** utilement..

Et pour **d'aucuns,** cette preuve ne serait **ni dépourvue** de toute fonction, **ni,** non plus, appelée à exercer une fonction **absolument** autonome. Elle remplirait une **certaine** fonction au sein de la construction technique de ces espèces de responsabilité, fonction non **négligeable,** mais aussi non **considérable.** Sous le rapport de cette dernière conception, qui semble **éclectique,** cette autre preuve exonératoire rendrait, entre autres services, les suivants. Elle démontrerait, par elle-même, que c'est aux **responsables** légaux de prouver **l'absence** de la causalité entre le dommage et le défaut de soin, et non au lésé d'établir le **contraire.** A ne prendre en considération que la première preuve libératoire, on pourrait, en **douter.** En outre, la seconde preuve libératoire **faciliterait** aussi la tâche du juge. Celui-ci pouvant avoir quelque **difficulté** à déterminer le lien causal, la possibilité de tenir compte, le cas échéant, aussi de la preuve en question, lui serait parfois d'un certain secours. Il serait à noter que les **théories** sur la causalité sont d'un **accès difficile,** même pour les gens très familiarisés avec les théories que sont précisément les théoriciens..

3.1. Quant à **notre** propre point de vue, nous serions tout **disposé** à approuver cette **dernière** manière de voir, aussi bien que les **autres** exposées jusqu'à présent.

3.2. Mais, **quand même,** nous considérons les choses sous un **autre** jour, adoptant une position **quelque peu différente..**

3.3. A notre entendement, les responsables légaux peuvent **toujours** s'exonérer de leur responsabilité, en prouvant que le dommage provient, **en fait,** d'une **autre** cause que l'acte de la personne ou l'animal **dont** ils répondent. Cette possibilité d'exonération **va de soi.** Car, il s'agirait d'un motif d'exonération de portée **générale,** valable dans tous les cas de responsabilité civile.

Il ne serait pas question, alors, d'un dommage **matériellement** produit dans la **sphère d'autorité** des responsables légaux. La **cause** du dommage serait, ainsi, **extérieure** et par là **étrangère** aussi bien à la personne des responsables que leur sphère de responsabilité.. Dès lors, l'exonération doit s'imposer..

3.4. Les responsables peuvent **aussi** s'exonérer de leur responsabilité, en établissant **l'existence effective** du **soin** propre à empêcher la réalisation du dommage. Ils démontreraient, de la sorte, que le dom-

mage se trouve arrivé **en dépit** du soin requis de leur part.. C'est là la **première** preuve libératoire.

3.5. Les responsables peuvent, **en outre,** s'exonérer par la démonstration de **l'inexistence** d'une relation de **cause** à **effet** entre le dommage et le manque de soin de leur part. C'est la preuve de l'absence de la causalité **proprement** dite.

3.6. Les responsables peuvent **aussi** s'exonérer, en démontrant cette fois que bien que le dommage provienne **réellement** de l'acte de la personne ou l'animal dont ils répondent, il s'agit d'un dommage qui ne **relève** pas de leur sphère de responsabilité, **échappant** ainsi à **l'influence préventive** de celle-ci et partant de leur personne.

Ils ne devraient pas, non plus, réparer ces dommages. Car, les dommages de ce genre ne sont pas **intellectuellement** et **moralement** produits dans la sphère d'activité et de risque des responsables, même s'ils sont **matériellement** survenus dans leur sphère..

Tous les cas d'application de cette preuve ont, en fin de compte, pour effet d'établir que le dommage se trouve, par sa **nature** même, **extérieur** et **étranger** à la sphère de domination des responsables.

3.7. Les responsables peuvent **enfin** s'exonérer, en rapportant la preuve de **l'impossibilité physique** ou **morale d'empêcher** le fait dommageable, qui donne lieu à leur responsabilité. Dans cette hypothèse, il leur faudrait prouver qu'ils n'eussent **pu ou dû** prévenir la réalisation du dommage, ou qu'ils n'eussent **pu et** partant **dû** détourner le dommage.

Ladite preuve signifierait que **malgré** tout le **soin** possible de la part des responsables légaux, le dommage est **quand même** survenu.

Par ailleurs, elle mettrait en relief que l'acte dommageable présentait un caractère **imprévisible** et **inévitable.** Notons que l'imprévisibilité et l'inévitabilité en question changent de **nature** en fonction du fondement assigné aux responsabilités légales.. Ainsi seraient-elles **aussi subjectives** ou **objectives,** suivant qu'on voit à la base de ces responsabilités une **faute** (système actuel allemand) ou un **défaut** de **soin objectif** (système actuel suisse et turc).

Ce serait le cas, par exemple, lorsque l'acte de la personne ou l'animal, dont les responsables répondent, se manifesterait **si soudainement** que toute mesure a ou aurait été **inefficace,** se montrant **impuissante** à détourner le dommage. Dans de tels cas, le fait dommageable en cause **déjouerait** ou eût **déjoué,** en réalité, tout soin, - même **des plus minutieux..**

3.8. Nous **soutenons** - et avec **fermeté** - que les responsables, **légaux** à **notre** sens, des actes dommageables des personnes ou animaux ne sauraient **jamais** s'exonérer s'ils n'ont pas **effectivement assuré** l'**ensemble** des mesures **propres** à écarter **toute possibilité** d'actes dommageables. L'existence de la seconde preuve libératoire ne pourrait ni ne devrait permettre de s'écarter de cette règle, - selon **notre** manière de voir du moins.. Déjà le **bon sens** commanderait cette solution. Mais, la **ratio legis,** surtout elle, nous mène aussi à formuler ce principe. Car, les preuves libératoires, toutes **deux,** ont été dictées - comme **nous** avons **essayé** de le démontrer - par le souci de **prévention** des dommages, et nulle autre idée..

S'il en est ainsi, le **fondement** de toutes ces responsabilités ne pourrait résider dans une **faute** ou un **défaut** de **soin** de la part des responsables. Ce fondement serait **ailleurs..** Selon **nous,** c'est une certaine **qualité** qui peut seule rendre compte de ce fondement. Et cette qualité ne peut être logiquement autre chose que le fait d'être **détenteur** d'une **sphère** juridique de **responsabilité.** C'est par l'intermédiaire de cette sphère que la responsabilité des personnes dont il s'agit se trouve engagée. Elles répondent, ainsi, **ès qualités.** C'est **en tant** qu'**exerçant** une **fonction** déterminée, dont elles sont investies par la **loi,** qu'elles sont tenues de réparer les dommages causés par **certains** sujets de droit ou animaux. C'est pourquoi, les responsables en question répondent **d'emblée, sans** aucune référence à un défaut de soin, de quelque nature que ce soit.. C'est seulement **ensuite** qu'ils peuvent se **libérer** de leur responsabilité **déjà** engagée en vertu de la loi. Ils répondent, pour ainsi dire, **ex lege,** et **l'exercice** du **soin** exigé leur permet de **s'exonérer.**

Si l'on n'admet pas cette explication, on ne pourrait, croyons-nous, savoir **pourquoi** et **comment** certaines personnes - et **seulement** elles - se voient obligées d'indemniser les lésés, du fait des dommages qu'elles n'ont pas **causés** elles-mêmes. Une pareille responsabilité n'existe pas suivant le Droit commun de la responsabilité, qui est basé sur le comportement **personnel** - illicite et fautif - du responsable. Il est vrai qu'on pourrait, à la rigueur, voir dans le défaut de soin le **fondement** même de toutes ces responsabilités spéciales. Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que selon la **construction** légale, le **défaut** de soin **n'a pas** pour effet de **fonder** la **responsabilité,** mais que **l'exercice** du soin a un effet **libératoire.. En outre,** la **charge** de la **preuve** se trouve aussi réglementée **aux dépens** des **responsables** légaux.. Or, il se pourrait fort bien que les responsables aient, **en fait, exercé** le soin requis, mais qu'ils ne puissent parvenir à le **prouver.**

Dans ces conditions, il ne **nous** paraît plus possible de soutenir que les responsabilités en question soient réellement engagées du fait du manquement au devoir de soin..

3.9. Et s'il en est ainsi, le **défaut** de **soin** n'est pas le **fondement** de la **responsabilité,** mais l'**exercice** du **soin** constitue le **fondement** de **l'exonération.**

Il faut relever encore qu'aussi bien la responsabilité que l'exonération interviennent **objectivement..**

3.10. Dès lors, les responsables légaux doivent, pour s'exonérer, **garantir** toutes les mesures de soin nécessaires. Cette exigence nous paraît **si absolue** qu'on ne puisse **jamais** s'en passer. Elle s'impose, par conséquent, aussi dans le cadre de la **seconde** preuve libératoire. Elle est la condition **sine qua non** de l'exonération. C'est pourquoi, les responsables légaux seront **toujours** obligés d'en rapporter la preuve, s'ils veulent se libérer de leur responsabilité.

Nos réflexions **nous** conduisent **aussi** à **opiner** pour la **proposition** que les responsables légaux répondent à titre de **garants** en ce qui concerne tous les dommages produits dans leur **sphère** de responsabilité, - à l'**exclusion** de ceux qui proviennent de leur **propre** fait **fautif.**

Telles sont **nos conceptions..**

ABREVIATIONS

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AD	Adalet Dergisi (Revue de Justice) (en turc)
al.	alinéa
art.	article
ATF (BGE)	Arrêts du Tribunal fédéral sulsse - Recueil officiel (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes - Amtliche Sammlung)
Aufl.	Auflage
Bd. (e)	Band (Bände)
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
c	cild, cilt (tome) (en turc)
C.	Considérant (s)
CCF	Code civil français
CCS	Code civil suisse
CCT	Code civil turc
cf.	conférer
chap.	chapitre
comp.	comparer
contra	contre
COS	Code des obligations suisse
COT	Code des obligations turc

DÜHFD	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université de Dicle) (en turc)
E	Esas (principal) (en turc)
éd.	édition
FE	Fribourg Extraits (Exraits des principaux arrêts du Tribunal contonal de Fribourg)
HD	(Yargıtay) Hukuk Dairesi (Chambre civile de la Cour de cassation turque) (en turc)
HGB	Handelsgesetzbuch
İBD	İstanbul Barosu Dergisi (Revue du Barreau d'İstanbul) (en turc)
ib., ibd., ibid.	ibidem (le même) (ouvrage, endroit)
id.	idem (le même) (auteur)
in	en, dans
inf., infra	plus loin, ci-dessous, en bas, ci-après, etc
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université d'İstanbul) (en turc)
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), Paris, 1927 ss
JW	Juristische Wochenschrift
K	Karar (décision, arrêt) (en turc)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, - herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
loc. cit.	loco citato (endroit cité)
n.	note (s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n° (s)	numéro (s)
op. cit.	opere citato (ouvrage cité)
p.	page

p. ex.	par exemple
pp.	pages
pro	pour
RDS (ZSR)	Revue de droit suisse (Zeitschrift für schweizerisches Recht)
Recht	Zeitschrift «Das Recht» - Rundchau für den deutschen Juristenstand
rem.	remarque
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs - Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Rechtsprechung (Entscheidungen) des Reichsgerichts in Zivilsachen - Amtliche Sammlung
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJB (ZBJV)	Revue de la Société des juristes bernois (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins)
RSJ (SJZ)	Resmi Kararlar Dergisi (Revue de décisions officielles) (en turc)
RSJ (SJZ)	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristenzeitung)
s	suivant (e)
SJ/JCP	La Semaine juridique - Jurisclasseur périodique
ss	suivants (es)
sup., supra	plus-haut, ci-dessus, en haut, ci-avant, etc
T	Tarih (date) (en turc)
t	tome (s)
TD	(Yargıtay) Ticaret Dairesi (Chambre de commerce de la Cour de cassation turque) (en turc)
VersR	Versicherungsrecht - Juristische Rundschau für die Individualversicherung

WarnR	Warneyer - Rechtsprechung des Reichsgerichts
YD	Yargıtay Dergisi (Revue de la Cour de cassation) (en turc)
YİBK (İBK)	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (Arrêt d'unification de la Cour de cassation turque) (en turc)
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi (Revue des arrêts de la Cour de cassation turque) (en turc)

BIBLIOGRAPHIE (*)

Ayiter N. Türk Hukukuna Göre Aynı Çatı Altında Yaşama Vakıası - (En turc) - (Le fait de vivre sous le même toit selon le droit turc) - AÜHFD 17 (1960), 1 - 4, pp. 351 ss

Bieder A. Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem schweizerischen Obligationenrechte - RDS 5, pp. 327 ss

Brehm R. Responsabilité civile du chef de famille envers les tiers - FJS 848 (1967)

von Büren B. Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil - Zürich, 1964

Bydlinski F. Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht - Stuttgart, 1964

von Caemmerer E. Gesammelte Schriften - Bd. I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht - Tübingen, 1968

Carbonnier J. Droit civil - Les obligations - 6e éd. - Paris, 1969

Chamorel J. La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés, en matière extra-contractuelle (art. 55 CO) - Thèse Lausanne, 1925

Dabin J. La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé - Bruxelles/Paris, 1935

Deschenaux H./Tercier P. La responsabilité civile - 1ère éd. - Berne, 1982 - (Traduit en turc par S. Özdemir - Sorumluluk Hukuku - Ankara, 1983)

Egger A. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch - Das Familienrecht - Die Verwandtschaft (Art. 252 - 359) - 2e éd. - Zürich, 1943

Engel P. Traité des obligations en droit suisse - Dispositions générales du CO - Neuchâtel, 1973

(*) Ne se trouvent citées - en principe - dans cette bibliographie que les études qui touchent *directement* le sujet de ce travail. - Les autres sont uniquement indiquées dans nos notes.
— En outre, les titres qui figurent dans notre bibliographie ne sont cités dans notre étude que par l'indication du *nom* de leur auteur.

Enneccerus L. / Lehmann H. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts - Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse - 14e éd. - Tübingen, 1954 - 15e éd. - Tübingen, 1958

Eren F. Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi - (En turch) - (La théorie de la causalité adéquate au point de vue de la responsabilité civile) - Ankara, 1975 (I)

——— Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - C II - (En turc) - (Droit des obligations - Dispositions générales - t. II) - Ankara, 1986 (II)

Erman W. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Bd. I - 4e éd. - Münster / Westfallen, 1967

Esser J. Schuldrecht - Allgemeiner und besonderer Teil - Ein Lehrbuch- 2e éd. - Karlsruhe, 1960

Feder E. Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche - Berlin, 1902

Feyzioğlu F. N. Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - C I - (Droit des obligations - Dispositions générales - t. I) - 2e éd. - İstanbul, 1976.

Fikentscher W. Das Schuldrecht - 7e éd. - Berlin / New York, 1985

Frey. H. Die zivilrechtliche Haftung des Leiters einer privaten Lehr - oder Heilanstalt für ausserkontraktliches, widerrechtliches Handeln der seiner unterstellten Personen - Thèse Zürich, 1911

Gayler E. Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen - Ein Beitrag zur Frage der Kausalhaftung - Thèse Zürich, 1944

Geigel R. / Geigel R. Der Haftpflichtprozess - Mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts - 14e éd. - München, 1969

Gönensay, S. Başkasının Fiilinden Mes'uliyet - (En turc) - (La responsabilité du fait d'autrui) - Ebül'ulâ Mardin'e Armağan - (**In** Mélanges offerts à Ebül'ulâ Mardin) - İstanbul, 144, pp. 133 ss

İmre Z. Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri - (En turc) - (Cas de responsabilité sans faute en doctrine et en droit turc) - Thèse İstanbul, 1949

Jerusalem H. Die Haftpflicht der Aufsichtspersonen nach § 832 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich - Thèse Leipzig, 1903

Kaneti S. Les grandes lignes de la responsabilité extracontractuelle en droit civil turc - RIDC 24 (1972), n° 3, pp. 629 ss

Karahasan M. R. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku - (En turc) - (Droit de responsabilité et de réparation) - Ankara, 1981

Keller A. Haftpflicht im Privatrecht - Bern, 1970

Keskin O. K. Ev Reisinin Mesuliyeti - (En turc) - (Responsabilité du chef de famille) - AD 65 (1974), 4 - 5, pp. 310 ss

Koçhisarlıoğlu C. La responsabilité du chef de famille selon l'art. 333 CC - Thèse Lausanne, 1981 (I)

—— La personne du responsable selon l'art. 320 CCT (art. 333 CCS) en droit comparé - DÜHFD, t. I, n° 1 (1983), pp. 295 ss (II)

—— La bonne éducation comme cause d'exonération du chef de famille - DÜHFD, t. I, n° 2 (1984), pp. 307 ss (III)

Labhart M. Die Haftung des Familienhauptes nach Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 333, unter Berücksichtigung des deutschen Rechts - Thèse Leipzig, 1916

Maag H. Zivilrechtliche Haftung für schädigendes Verhalten Dritter - Thèse Zürich, 1924

Masur K. B. Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB - Thèse Breslau, 1908

Merkel R. Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen - Strassburg, 1895

Metzger J. La responsabilité du détenteur d'animaux - Lausanne, 1956

Nater H. Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55, angesichts der wirtschaftlich - technischen Entwicklung - Thèse Zürich - Bern/ Frankfurt, 1971

Oftinger K. Schweizerisches Haftpflichtrecht - Bd. I - 2e éd. - Zürich, 1958 - 4e éd. - Zürich, 1975 - Bd. II (II/1; II/2) - 2e éd. - Zürich, 1958 - 1962

Oser H. / Schönenberger W. Das Obligationenrecht (Art. 1 - 183) - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch - 2e éd. - Zürich, 1929

Oğuzman K. Adam Kullananların BK 55 Gereğince Mesul Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında - (En turc) - (A propos de la non-nécessité d'une faute de l'employé pour la mise en oeuvre de la responsabilité de l'employeur suivant l'art. 55 CO) - İÜHFD 22 (1958), n° 1 - 2, pp. 182 ss

Palandt O. Bürgerliches Gesetzbuch - 27e éd. - München, 1968

Papa G. Indagini sulla responsabilità civile del capo di famiglia - Thèse Bern, 1949

Pfeiffer W. Die ausserkontracktliche Haftung für Handlungen dritter Personen nach §§ 831 und 832 des BGB für das Deutsche Reich - Thèse Erlangen, 1900

Planck G. Bürgerliches Gesetzbuch - Bd. II - Berlin, 1900

Reisoğlu K. İstihdam Edenlerin Mesuliyeti - (En turc) - (La responsabilité des employeurs) - (Sans lieu), 1958

Reisoğlu S. Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - (En turc) - (Droit des obligations - Dispositions générales) - 6e éd. - Ankara, 1986

RGRK Das BGB - Kommentar - Herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern - 11e éd., 1959

Ruhl W. Die Haftung der Aufsichtspflichtigen nach § 832 BGB, unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung - Thèse Würzburg, 1907

Sachs A. Die Haftung der Eltern für Delikte des Kindes, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu BGB § 832 - Thèse Heidelberg, 1911

Saymen F. H. Başkasının Fiilinden Mesuliyet - (En turc) - (La responsabilité du fait d'autrui) - İBD 1942, pp. 70 ss

Schäfer K. Staudinger's Kommentar zum BGB - Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse - Teil 5: §§ 823 - 835 - 10/11e éd. - Berlin, 1975

Silbernagel A. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch - Familienrecht - Die Verwandschaft (Art. 252 - 334) - 2e éd. - Bern, 1927

Soergel H. Th. / Siebert W. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - 9e éd. - Stuttgart, 1959 - 1961

Stoll H. Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens - JZ 1958, pp. 137 ss

Sungurbey İ. De la non-exigence de la faute de l'employeur ou de l'employé dans la responsabilité de l'employeur - Arrêt d'unification des Chambres civiles réunies de la Cour de cassation, du 27 mars 1957 - Communication faite au Congrès international de Droit comparé, tenu à Bruxelles en 1958 - Annales de la Faculté de droit d'İstanbul, 7 (1958), 8, pp. 138 ss - Le même article paru en turc in İBD 31 (1957), pp. 154 ss

Şenol Ş. İstihdam Edenin (Adam Çalıştıranın) Mesuliyeti - (En turc) - (Responsabilité de l'employeur) - AD 74 (1983), n° 3, pp. 529 ss et n° 4, pp. 617 ss

Tandoğan H. Quelques problèmes relatifs à la responsabilité civile en droit allemand, suisse et français - **In** Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı (**In** Mélanges pour la 40e année de la Faculté de droit d'Ankara) - Ankara, 1966, pp. 317 ss (I)

—— Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku - (En turc) - (La responsabilité extra-contractuelle non fondée sur la faute) - Ankara, 1981 (II)

Tekinay S. S. / Akman S. / Burcuoğlu H. / Altop A. Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - C I (En turc) - (Droit des obligations - Dispositions générales - t. I) - 5e éd. - İstanbul, 1985

von Tuhr A. Partie générale du Code fédéral des obligations - Traduit de l'allemand par M. de Torrenté et E. Thilo - 2e éd. par E. Thilo - Lausanne, 1933 - 1934

von Tuhr A. / Peter H. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts - Bd. I - 3e éd. - Auf Grund der Ausgabe von A. Siegwart neu bearbeitet - Unter Mitarbeit von H. Schulin - Zürich, 1979

Tunc A. L'enfant et la balle - Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance - SJ/JCP (1966), I, 1983

Ünal M. Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu - (En turc) - (La responsabilité civile du chef de famille en droit civil turc) - Thèse Ankara - Ankara, 1979

Völker H. Die deutschrechtliche Entwicklung der Haftung aufsichtspflichtiger Personen nach § 832 BGB, unter besonderer Berücksichtigung des französischen, schweizerischen und österreichischen Rechtes- Thèse Köln, 1937

von Wattenywyl R. Aussercontraktliche Haftung des Aufsichtspflichtigen - Thèse Zürich - Zürich, 1926

KIDEM TAZMİNATININ HESABINDA ESAS ALINACAK SÜREYE İLİŞKİN BİR HUKUK GENEL KURULU KARARI ÜZERİNE

Halûk Hâdi SÜMER (*)

Y.H.G.K.'nun E. 1984/9 - 417, K. 1985/118 sayı ve 27.12.1985 tarihli Kararı

I — OLAY VE KARARIN ÖZETİ : Karara konu teşkil eden olayda, davacı işçi, 15.1.1953 tarihinden 1.11.1974 tarihine kadar, davalı T. Şeker Fabrikaları A.Ş.'ne bağlı Alpullu, Konya, Burdur, Erzurum ve Kastamonu Şeker Fabrikalarında çalıştıktan sonra, T. Şeker Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından 1.11.1974 tarihinde Kütahya Şeker Fabrikasına tayin edilmiştir. Davacı işçiye, Kütahya Şeker Fabrikası'na tayini esnasında o ana kadar çalıştığı 22 yıl 3 ay için kıdem tazminatı ödenmiştir. İşçi, Kütahya Şeker Fabrikası'nda 9 yıl daha çalıştıktan sonra 31.8.1983 tarihinde emekliye ayrılmıştır. Bu kez de kendisine 9 yıl çalışması karşılığı olarak kıdem tazminatı ödenmiştir. İşçi, açtığı dava ile Kütahya Şeker Fabrikası'nda çalışmasından dolayı kendisine sadece 9 yıl için kıdem tazminatı ödendiğini, oysa Kütahya Şeker Fabrikası'nın malî idarî yönden T. Şeker Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürlüğüne bağlı olduğunu, bu nedenle aynı işverenin değişik işyerleri durumunda bulunduğunu, işletmenin kendi bünyesi içindeki bir üniteden diğerine naklin hizmet sözleşmesinin feshi sayılmayacağını, bu nedenle Kütahya ve diğer fabrikalarda geçen hizmetlerin tümü nazara alınarak emekli olduğu tarihteki son ücreti üzerinden kıdem tazminatının hesap edilip, ödenenlerin tenzilinden sonra bakiye miktara karar verilmesini istemiştir.

Mahallî mahkeme para değerindeki düşüşü de dikkate alarak davayı reddetmiştir. Kararın davacı tarafından temyizi üzerine Y.9.H.D., 6747 sayılı Şeker Kanunu hükümleri karşısında davacının, davalı T. Şeker Fabrikaları A.Ş.nin bir işçisi olduğu, ayrı bir tüzel kişiliği ve iştiraki nedeniyle Kütahya Şeker Fabrikası A.Ş.nin T. Şeker Fabrikaları A.Ş. bünyesinde yeralan bir kuruluş niteliği taşıdığını, bu nedenle davalı şirket,

---

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

davacının gerek Kütahya'daki gerekse diğer fabrikalardaki, çalışmalarından dolayı bir bütün olarak ve son ücreti üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatından sorumlu olacağını, davacının Kütahya Şeker Fabrikasındaki hizmet süresi de nazara alınmak suretiyle, emeklilik nedeniyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihdeki ücreti üzerinden ve tüm hizmet süresine göre kıdem tazminatı hesaplanıp, ödenenlerin tenzilinden sonra istekte dikkate alınarak bakiyesine karar vermek gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Mahallî mahkemenin kararında direnmesi üzerine karar davacı tarafından temyiz edilmiş ve dosya H.G.K.'na intikal etmiştir.

H.G.K., Anonim Şirket halindeki şeker fabrikalarının ana sözleşmelerindeki hükümlere ve tabiyet kararlarına göre personel ve işçi alma ve nakil ve atama işlerinde T. Şeker Fabrikaları A.Ş.ye bağlı bulunduğunu teyit etmiş ve hizmet ilişkisi devam ederken kıdem tazminatı adıyla yapılan ödemenin gerçekten, hukuk anlamında kıdem tazminatı olmadığına karar vermiştir. H.G.K.'na göre, eğer alacak doğmadan ve muaccel olmadan bir ödeme yapılmışsa böyle bir ödemeyi alacağın tediyesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. İleride yapılacak sarfiyata yada doğacak alacağa mahsuben avans veyahut karz olarak nitelemek daha uygun düşer ve bu durumda mahkemece yapılacak iş; davacının ilk işe başladığı tarihden emeklilik nedeniyle işçi tarafından sözleşmenin feshedildiği tarih arasında geçen bütün hizmetin son ücreti üzerinden kıdem tazminatını hesap ettirip yapılan ödemeleri bundan düşmek suretiyle kalana hükmetmekten ibarettir.

II — Kıdem tazminatı, belirli bir çalışma süresini dolduran işçinin hizmet sözleşmesinin kanunda gösterilen nedenlerle son bulması halinde kıdem süresine ve ücretine göre değişen miktarda işverence işçiye (ölümü halinde mirascılarına) ödenmesi gereken bir paradır (Ü. Narmanlıoğlu, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1973, s. 4).

Kıdem tazminatının şartları İş Kanununun 29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı kanunla değişik 14. maddesi ile belirlenmiştir. Buna göre:

1 — İş kanunlarına tabi bir işçinin bulunması

Hizmet sözleşmesiyle çalışanların tamamı kıdem tazminatı isteme hakkına sahip değildir. Bunlardan sadece İş kanunu hükümlerine tâbi olarak çalışanlar kıdem tazminatına hak kazanabilirler. Bu yüzden, süreksiz bir işte (İş K. md. 8) veya İş K. md. 5 de yazılı işlerde çalışan işçiler kıdem tazminatından yararlanamazlar (K. Tunçomağ, İş Hukuku, C. 1,

3. B., İstanbul, 1984, s. 405). Ayrıca Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tâbi olarak çalışan işçiler de kıdem tazminatı isteyebilme hakkına sahiptirler (Deniz İş K. md. 20; Basın İş K. md. 6).

2 — Hizmet sözleşmesinin kanunda belirtilmiş biçimde sona ermesi

İş Kanununda kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri sınırlı olarak belirtilmiştir. Bunlar dışındaki sona erme hallerinde tazminat ödenmesi veya bu yolda sözleşmelere hüküm konulması imkanı yoktur (M. Ekonomi, İş Hukuku, C. 1, 3. B., İstanbul, 1984, s. 232). Bu haller şunlardır:

a) Hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi

aa) İşçinin haklı nedenle feshi

İşçi, İş K. md. 16'da gösterilen hallerden birine dayanarak hizmet sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanır.

bb) İşverenin haklı nedenle feshi

İşverenin, işçinin hizmet sözleşmesini İş K. md. 17'de gösterilen sağlık sebebleri ve zorlayıcı sebeblerden birine dayanarak feshetmesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

b) Hizmet sözleşmesinin feshi ihbarı

aa) İşçinin hizmet sözleşmesini feshi ihbar etmesi

İşçi, hizmet sözleşmesini feshi ihbar ettiği her durumda kıdem tazminatına hak kazanamaz. İşçinin kıdem tazminatı isteyebilmesi için hizmet sözleşmesini «muvazzaf askerlik hizmeti» veya «kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak» için feshedilmiş olması gerekir. 29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı kanunla, «kadının hizmet sözleşmesini evlendiği tarihden itibaren bir yıl içinde kendi arzusuyla sona erdirmesi» halinde kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı hükmü İş K. md. 14'e ilave edilmiştir.

bb) İşverenin hizmet sözleşmesini feshi ihbar etmesi

Hizmet sözleşmesinin işverence feshi ihbarı (İş K. md. 13) halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanır. İşverenin bildirim sürelerine uymadan sözleşmeyi haksız olarak feshetmesi halinde de işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

c) İşçinin ölümü

Belirli veya belirsiz süreli hizmet sözleşmesine göre çalışan işçinin ölümü halinde kıdem tazminatı, kanunî mirascılarına ödenir (İş K. md. 14/14).

3 — İşçinin enaz bir yıl çalışmış olması

Hizmet sözleşmesi yukarıda belirtilen hallerde sona eren işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için enaz bir yıl çalışmış olması gerekir. Bir yıllık sürenin başlangıcı fiilen işe başlama tarihidir. Buradaki bir yıllık süre fiilen çalışılan süre değil, işçinin istirahat, izin ve diğerleri gibi hizmet sözleşmesinin askıda kaldığı bütün durumları kapsar. Ancak grev ve lokavt sırasında geçen süre kıdem tazminatının hesabıda dikkate alınmaz (2822 s. Kanun md. 42/5).

İşçinin kıdemi, hizmet sözleşmesinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır (İş. K. md. 14/2). Buna göre, işçinin kıdem tazminatı isteyebilmesi için aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde toplam bir yıl çalışmış olması zorunludur. Ancak aynı işverene ait bu işyerlerinin mutlaka aynı işkoluna girmesi gerekmediği gibi; işçinin de bu değişik işyerlerinde aynı işi yapması gerekmez. Buna karşılık, işyeri ve işçinin İş Kanununa tâbi bulunması zorunludur (Tunçomağ, C. 1, s. 411).

III — 1 — Yukarıda da açıklandığı üzere, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için hizmet sözleşmesinin kanunda belirtilen hallerden biri ile sona ermiş olması gerekir. Oysa karara konu teşkil eden olayda işçinin hizmet sözleşmesi sona ermemiş; işçi T. Şeker Fabrikaları A.Ş. tarafından Kastamonu Şeker Fabrikasından Kütahya Şeker Fabrikasına tayin edilmiştir. Bu nedenle işçiye, Kastamonu Şeker Fabrikası tarafından kıdem tazminatı ödenmesi mümkün değildir.

2 — İşçi ancak 31.8.1983 tarihinde Kütahya Şeker Fabrikasından emekliye ayrılmak üzere hizmet sözleşmesini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanmıştır. İşçinin kıdem tazminatı, «hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne» alınarak hesaplanacaktır (İş K. m. 14/3).

Acaba işçinin çalıştığı şeker fabrikaları aynı işverene bağlı değişik işyerlerimidir? Olayda işçi, T. Şeker Fabrikaları A.Ş. tarafından işe alınmış ve 15.1.1953 tarihinden 1.1.1974 tarihine kadar değişik yerlerdeki Şeker Fabrikalarında çalıştırılmıştır. Yine işçinin Kastamonu Şeker Fabri-

kasından Kütahya Şeker Fabrikasına tayini yapılmış, işçi burada 9 yıl daha çalıştıktan sonra yine T. Şeker Fabrikaları A.Ş. tarafından işçinin tayininin ilgin Şeker Fabrikasına yapılması üzerine işçi emekliye ayrılmıştır. Ayrıca, Kastamonu Şeker Fabrikası işçinin Alpullu, Konya, Burdur, Erzurum ve Kastamonu Şeker Fabrikalarında geçen 22 yıl 3 aylık kıdemi üzerinden ödeme yapmıştır. Bu hususlar, Şeker Fabrikalarının T. Şeker Fabrikaları A.Ş.nin değişik işyerleri olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

3 — Kanunun öngördüğü şartları taşımayan ve bu nedenle kıdem tazminatı olarak kabul edilmeyen, Kastamonu Şeker Fabrikası tarafından, işçinin 22 yıl 3 aylık kıdemi esas alınarak yapılan ödemenin hukukî niteliği ne olacaktır? Yargıtay, kararda bu ödemenin, «ileride yapılacak sarfiyata yada doğacak alacağa mahsuben avans veyahut karz» olarak nitelendirmektedir.

Bu ödemeyi, avans veyahut karz olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çünkü tarafların iradesi bu yönde değildir. Bu nedenle bu ödemeyi avans veya karz olarak nitelendirmek tamamiyle varsayımdan ibarettir. Kanaatimce, bu ödeme sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi olmalıdır. Sebepsiz zenginleşmenin tüm unsurları bu ödemede gerçekleşmiştir. Şöyleki;

a) Sebepsiz zenginleşmenin ilk unsuru bir şahsın malvarlığında bir artma, çoğalma olmasıdır. Olayda işçiye yapılan ödeme ile işçinin malvarlığında bir çoğalma meydana gelmiştir.

b) Sebepsiz zenginleşmenin ikinci unsuru, bu artışa karşılık bir başkasının malvarlığında bir eksilme (azalma) olmasıdır. Kastamonu Şeker Fabrikasının malvarlığında bu ödemeyi yapmakla bir eksilme meydana geldiği açıktır.

c) Sebepsiz zenginleşmenin üçüncü unsuru, zenginleşmenin sebepsiz olmasıdır. Bir diğer ifade ile, kazandırıcı işlem denilen (bir başkasının malvarlığında artış sağlayan) işlemlerin haklı bir sebebe dayanmaması gerekir. Olayda, 22 yıl 3 aylık kıdem üzerinden Kastamonu Şeker Fabrikasının yaptığı ödemenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Bu ödemeyi avans veya karz olarak nitelendirmek ise tamamiyle bir varsayımdır.

d) Sebepsiz zenginleşmenin son unsuru ise, zengişleme ile fakirleşme arasında uygun illiyet bağının olmasıdır.

BK. md. 61'in ilk cümlesine göre, «Haklı bir sebep olmaksızın âharın zararına mal iktisap eden kimse, onu iadeye mecburdur.» Geriverme

borcu, bir şahsın malvarlığında hukuk açısından değer taşıyan bir sebebe dayanmaksızın meydana gelen zenginleşmeyi kapsar. Sebepsiz zenginleşme iddiasında bulunan kişi, bunu belirli bir süre içerisinde dava açmak suretiyle ileri sürmelidir. Bu süreye uyulmazsa, zenginleşme sebepsiz de olsa, artık geri istenemez. BK. md. 66'ya göre bu dava, malvarlığı azalan tarafın verdiğini geri almaya hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılmalıdır. Yani davacı, zenginleşmenin dayandığı sebebin haksızlığını öğrendikten sonra engeç bir yıl içinde açmış olmalıdır. Bunun dışında yine aynı maddede, dava hakkının sebepsiz zenginleşme olayından sonraki on yıl içinde herhalde kullanılmış olması gerekeceği hükme bağlanmıştır. Şu halde, on yıl geçtikten sonra yeni de öğrenilmiş olsa, sebepsiz zenginleşme davası açılamayacaktır.

IV — Sonuç olarak, işçinin kıdem tazminatı, Şeker Fabrikalarında geçen çalışma süresi toplanarak hesaplanacaktır. Kanunda belirtilen sebeblerle hizmet sözleşmesi sona ermeden; bir diğer ifade ile kıdem tazminatının şartlarını taşımadığı halde, kıdem tazminatı adıyla yapılan ödeme kıdem tazminatı olarak kabul edilemez. Bu ödeme BK. md. 61'e göre sebepsiz zenginleşme olup, bu zenginleşme BK. md. 66'da öngörülen bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir. Bu süreler geçtikten sonra zenginleşme doğuran ve kıdem tazminatı adıyla yapılan ödeme geri istenemez. İşçiye kıdem tazminatı olarak yapılan ödemeyi avans ve karz nitelendirmek, tarafların o andaki iradelerine aykırı bir sonuçdur ve tamamiyle bir varsayımdan ibarettir. Dolayısıyla işçinin kıdem tazminatı tüm kıdem süresi esas alınarak hesaplanacaktır. Daha önce 22 yıl 3 ay için kıdem tazminatı adıyla yapılan ödemeyi ise T. Şeker Fabrikaları A.Ş., ancak, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri isteyebilecektir. Bu nedenle bu yönde bir talep olmadan bu ödemenin kıdem tazminatından mahsubu mümkün değildir. Ancak karara konu teşkil eden olayda bir farklılık sözkonusudur. Olayda, işçi dava açarken daha önce kıdem tazminatı adıyla kendisine yapılan ödemenin, tüm hizmet süresi dikkate alınmak suretiyle hesaplanacak kıdem tazminatından tenzilini istemiştir. HUMK. md. 74/1'e göre, «hakim her iki tarfaın iddia ve müdafalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez.» Bu nedenle, davacı işçinin talebi doğrultusunda kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemenin, tüm kıdem süresi dikkate alınarak hesaplanan kıdem tazminatından tenziline karar verilmesi hukuka uygundur kanaatindeyim.

FORSCHUNGSFÖRDERUNGSINSTITUTIONEN IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. S. OPPOLZER (*)

Moderne Forschung aller Art kostet sehr viel Geld. In manchen Staaten werden die Gelder für die Forschung zentral vom Staat vergeben, in anderen Ländern gibt es zahlreiche verschiedene Einrichtungen, die voneinander und vom Staat unabhängig die Forschung fördern. In der Bundesrepublik Deutschland ist das letztere der Fall. Ich will versuchen zu zeigen, **wie** verschiedene Einrichtungen ihre Aufgabe der Forschungsförderung betreiben.

Natürlich wird Forschung auch im großen Umfang in der Industrie betrieben. Auch die einzelnen Ministerien der Bundesregierung und der Länderregierungen unterhalten staatliche Forschungseinrichtungen. Hier wird jedoch überwiegend Forschung betrieben, die unmittelbar auf praktische Anwendung zielt. Darüber will ich hier **nicht** sprechen. Ich konzentriere mich auf die Organisationen, die unabhängige (nicht an Zwecke und Aufgaben gebundene) Forschung fördern, u.a. Grundlagenforschung.

Wir unterscheiden dabei :

I. Forschungseinrichtungen, deren eigentliche Aufgabe die Forschung selbst ist («Institutionelle Förderung»). Der Geldbedarf ist nicht auf bestimmte Programme festgelegt.

II. Organisationen, die einzelne Projekte oder Programme fördern.

Zu beiden Typen werde ich einige Angaben über das ungefähre Budget, und, wenn nötig, über die Organisationsform machen.

I.1. Die wichtigsten Einrichtungen der ersten Gruppe sind die **Universitäten.** Ihre Aufgaben sind, nach alter Tradition, Forschung und Lehre auf allen Gebieten. Die jährlichen Ausgaben werden von den Bundesländern getragen, in denen die Universitäten liegen. Neubau und

---

(*) Der Präsident an der Universität Bamberg

Ersteinrichtung planen Bundesregierung und die jeweilige Landesregierung gemeinsam und finanzieren je 50 %.

Auch andere Großinvestitionen (z.B. Großcomputen) werden von Bund und Ländern gemeinsam finanziert.

Im Jahr 1985 z. B. haben alle Hochschulen der Bundesrepublik zusammen (120 Universitäten und Fachhochschulen) etwa 22 Milliarden DM «gekostet». Eine mittelgroße Universität kostet das Bundesland ca. 500 - 600 Millionen DM. Man kann allerdings die Kosten für Forschung und für Universitätslehre nicht voneinander trennen, da nach europäischer Tradition der Forscher zugleich Lehrer ist.

I.2. Neben den Universitäten gibt es die (etwa 60) Forschungsinstitute der **Max-Planck-Gesellschaft.** In diesen Instituten wird fast nur Grundlagenforschung betrieben, meist auf den Gebieten der Natur - und Geisteswissenschaften. Die Bundesregierung und die 11 Landesregierungen finanzieren die Max-Planck-Institute zu je 50 %. Das Land, in dem das jeweilige Max-Planck-Institut liegt, muß etwas mehr bezahlen. Alle Max-Planck-Institute (benannt nach dem bekannten deutschen Atomphysiker) haben im Jahr 1985 etwe 880 Millionen DM gekostet.

I.3. Selbständig sind eine Reihe von Großforschungseinrichtungen für biologische, medizinische und naturwissenschaftlich-technische Forschung und Entwicklung. Sie arbeiten in der Regel interdisziplinär und mit konzentriertem Einsatz von Apparaten und Finanzmitteln. Ein typisches Beispiel ist die Kernforschungsanlage (KFA) in Jülich.

Diese Großforschungseinrichtungen kooperieren mit Universitäten und anderen Forschungseinrichtungen, auch mit der privaten Industrie. Es gibt auch internationale Verträge über die Zusammenarbeit und die gegenseitige Verwertung von Ergebnissen. Bei diesen Großforschungseinrichtungen tragen die Bundesregierung 90 %, die beteiligten Länder 10 % der Kosten. Der Gesamtaufwand war 1988 etwa 2,5 Milliarden DM.

I.4. Die Fraunhofer-Gesellschaft dient der Forschung und Entwicklung auf technisch - naturwissenschaftlichen Gebieten. Sie übernimmt Auftragsforschung vom Staat und auch von Privat-Firmen, vor allem zum Zweck praktischer Anwendung. Durch diese Forschung werden Einnahmen erzielt, die etwa 60% der Kosten decken. Die restlichen 40% tragen zu 9/10 der Bund, zu 1/10 die Länder, in denen die Fraunhofer-Institute liegen. Damit finanzieren Bund und Länder einen Teil der Innovationskosten der Industrie, der größere Teil wird jedoch von den interessierten Firmen getragen.

I.5. Außer den bisher genannten Einrichtungen (Max-Planck-Institute, Fraunhofer-Gesellschaft, Großforschungseinrichtungen) gibt es noch ca. 50 weitere Institute, die überregional wichtig sind, und die deshalb mit starker Beteiligung der Bundesregierung gefördert werden (während «normale» Forschungseinrichtungen, genauso wie die Universitäten, nach der Verfassung eine Angelegenheit der Bundesländer sind). Zu diesen überregional, d.h. für die ganze Republik wichtigen Einrichtungen, gehüren ganz verschiedene Dinge, wie z.B. das Germanische Nationalmuseum, einzelne Fach - Informationszentren, oder das Heinrich Hertz - Institut für Nachrichten - Technik. Alle diese Forschungsinstitute mit zentraler Finanzierung sind in der sogenannten **«blauven Liste»** zusammengefaßt. Sie haben zusammen 1986 ein Budget von etwa 430 Millionen DM.

II. Institutionen der Projekt - Förderung

Die hier zu nennenden Einrichtungen forschen nicht selbst, sondern fördern die Forschung durch gezielte Vergabe von Geld.

II.1. Die wichtigste dieser Organisationen ist die **Deutsche Forschungsgemeinschaft** (DFG), die in mancher Beziehung dem türkischen TÜBITAK entspricht. Sie ist eine selbstverwaltende Organisation der deutschen Wissenschaft, die zwar größtenteils vom Staat (Bund und Länder) finanziert wird, aber sich selbestverantwortlich regiert.

Kennzeichnend für diese Selbstverwaltung ist das Gutachter - System :

Alle Wissenschaftler eines Faches (mindestens promoviert) wählen selbst alle vier Jahre die Gutachter aus ihren eigenen Reichen. Diese Gutachter sorgen dafür, daß beantragte Projekte nur nach ihrer wissenschaftlichen Qualität gefördert werden. Im sogennannten Normalverfahren kann jeder Wissenschaftler seinen Antrag stellen. Wenn die Gutachter das Programm für gut und originell halten, bekommt er Geld. 1986 wurden in diesem Normalverfahren etwa 475 Millionen DM bewilligt, das sind 45% der Forschungsgemeinschaft (Gesamt-Budget: 1,1 Milliarden). Natürlich sind die Summen im Einzelfall sehr verschieden hoch:

Physiker oder Techniker, auch Archäologen brauchen meist erheblich höhere Beträge als Philologen oder Juristen.

Neben solchen Einzelprojekten werden auch Gemeinschaftsprojekte gefördert. Dabei sollen durch Zusammenarbeit mehrerer Forscher, die das Geld gemeinsam bekommen, an bestimmten Universitäten Schwerpunkte für einzelne Forschungsrichtungen gebildet werden. Für

dieses «Schwerpunktsystem» hat die DFG 1986 rund 186 Millionen DM (= 17% ihrer Ausgaben) verwendet.

Die wichtigste Form der konzentrierten Förderung sind aber die Sonderforschungsbereiche. Dabei handelt es sich um interdisziplinäre Programme mehrerer Forscher, die aber in der Regel am gleichen Universitätsstandort arbeiten. Die Programme sind in der Regel auf 10 - 15 Jahre angelegt. Die Bewilligung des Geldes durch die Forschungsgemeinschaft erlaubt langfristige Planung und selbständige Disposition durch die zugehörigen Forscher. Sie müssen allerding alle 3 Jahre den Gutachtern ausführlich berichten, was sie getan haben, sonst wird die Bewilligung nicht verlängert.

Es gibt über 100 solcher Sonderforschungsbereiche. Die meisten kombinieren naturwissenschaftliche oder medizinische Fächer zu einem bestimmten Programm, es gibt aber auch philologische, historische oder wirtschaftswissenschaftliche Sonderforschungsbereiche.

Wichtig sind im Programm der Deutschen Forschungsgemeinschaft auch die Maßnahmen zur Nachwuchsförderung. Das Heisenberg - Programm fördert z. B. mit 15 Millionen DM jährlich junge Wissenschaftler, die nach Auffassung spezieller Gutachter besonders hervorrangend sind. Sie können auf diese Weise auch ohne feste Stelle (Kadro) an den Forschungsinstitutionen der Universitäten usw. bleiben, bis sie eine Dauerstelle bekommen. Mit dem Leibniz - Programm und dem Gerhard - Hess - Programm werden Nachwuchswissenschaftler beim Aufbau von Arbeitsgruppen unterstützt. Der «Leibniz - Preis» hat inzwischen die Funktion eines kleinen nationalen Nobelpreises.

II.2. Einer der größten Industriebetriebe der Bundesrepublik, die VW - AG., gehört zum Teil dem Bund und dem Land Niedersachsan. Die Erträge der Bundes - und Landesaktion an diesem Werk fließen in die **Stiftung Volkswagenwerk.**

Die Stiftung Volkswagenwerk verfügt auf diese Weise über jährlich etwa 150 Millionen DM, die für die Wissenschaft ausgegeben werden. Die Förderungspolitik der VW - Stiftung ist anders als bei der DFG; es werden vorwiegend Schwerpunkte gefördert, die thematisch und zeitlich wechseln. Zum Beispiel gab es viele Jahre lang einen Schwerpunkt «Moderner Vorderer Orient» (Modern Orta Doğu Memleketleri). Heute gibt es 12 Schwerpunkte mit philologisch - sozialwissenschaftlicher Thematik und 11 naturwissenschaftlich - technische Schwerpunkte.

Eine wichtige Besonderheit der VW - Stiftung ist die genaue Analyse der Wissenschaftsentwicklung jedes Faches. Dementsprechend

wird je nach der Fachentwicklung (im internationalen Vergleich) manchmal mehr direkte Projektförderung betrieben, manchmal mehr Nachwuchsförderung, manchmal mehr die Starthilfe bei der Einführung einer Forschungseinrichtung an den Universitäten, und manchmal mehr die Förderung bestimmter internationaler Zusammenarbeit. Eine Gruppe von (ehrenamtlichen) Gutachtern aus Professoren aller betroffenen Fächer wird zur Beratung und Beurteilung herangezogen. Die VW-Stiftung ist sehr beweglich bei der Auswahl ihrer Schwerpunkte. Wenn ein Schwerpunkt einmal eingerichtet ist, kann die Förderung von Wissenschaftlern sehr schnell und unbürokratisch erfolgen.

II.3. Als Beispiel einer kleineren, aber sehr effizienten Stiftung sei die **Fritz Thyssen - Stiftung** genannt. Sie basiert auf der Stiftung eines großen westdeutschen Industrie-Konzerns und verfügt über eine Bewilligungssumme von jährlich etwa 7 Millionen DM. Die Thyssen - Stiftung fördert entsprechend ihrer Satzung besonders die Geisteswissenschaften, mit Schwerpunkten wie z.B. «Grundlagen der geisteswissenschaftlichen Forschung.» Die Thyssen - Stiftung folgt dem Förderungsmodell zahlreicher US - amerikanischer Stiftungen, die auch meist nach dem Namen des Stifters benannt sind.

II.4. Die **Alexander - von - Humboldt - Stiftung** hat den berühmtesten deutschen Naturforscher des frühen 19. Jahrhunderts zum Namenspatron, weil gerade Alexander von Humboldt beispielhaft die internationalen Kontakte pflegte. Zweck der Humboldt - Stiftung ist es, jungen ausländischen Wissenschaftlern (post doc) aller Fächer einen 1 - bis 2 jährigen Gastaufenthalt an deutschen Instituten zu ermöglichen. Außerdem hilft sie, die so entstandenen Verbindungen dauerhaft zu erhalten, indem sie auch den Gastaufenthalt junger deutscher Wissenschaftler an den ausländischen Instituten ehemaliger Humboldt - Stipendiaten unterstützt.

Die Humbold - Stiftung kann jährlich bis zu 480 Stipendien (für 1 - 2 Jahre) vergeben, wofür im Jahr etwa 46 Millionen DM zur Verfügung stehen. In fast jedem Staat gibt es eine Gruppe «ehemaliger Humboldt-Stipendiaten», die den wissenschaftlichen Kontakt zu ihren früheren Gastgebern aufrechterhalten. Die Edebiyat Fakultät von Istanbul Üniversitesi hat gerade vor 3 Monaten dem Generalsekretär der Humboldt - Stiftung, Dr. H. Pfeiffer, die Ehrendoktorwürde verliehen, um die erfolgreiche internationale Kontaktplege anzuerkennen.

II.5 Der «Stifterverband für die deutsche Wissenschaft» ist ein Zusammenschluß von Wirtschaftsunternehmen (Industrie - und Handelsfirmen), die die Förderung der Wissenschaft nicht nur als Ehrenpflicht

ansehen, sondern auch als langfristig profitabel. Letzten Endes gewinnt jeder Betrieb durch den Gesamtfortschritt der Wissenschaft. Wenn eine Firma wie Mercedes einen Agenten nach Konya schickt, dann ist est gut, wenn er nicht nur Techniker und Kaufmann ist, sondern auch die türkische Sprache und Mevlana - Philosophie studiert hat. Die meisten großen deutschen Firmen haben das begriffen und setzen sich sehr für die Forschung ein.

Der Stifterverband unterstützt die Forschung durch Geldzuweisung an die Deutsche Forschungsgemeinschaft, Max-Planck-Gesellschaft, Alexander - von - Humboldt - Stiftung etc. Er fördert aber auch selbst Projekte in den Schwerpunkten:

— Internationale wissenschaftliche Zusammenarbeit
— Medizinische Forschung
— Philosophie, Geschichte
— Struktur und Organisation der Wissenschaft
— Wissenschaft und Öffentlichkeit

In neuerer Zeit hat der Stifterverband ein Programm «Stiftungsprofessuren» entwickelt. Dabei handelt es sich um Professorenstellen, die der Verband für einige Jahre finanziert, wenn der Staat die Stelle später übernimmt. Eine Variante ist die «Vorgezogene Emeritierung», bei der ein erfolgreicher Professor vorzeitig (vor dem 65. Lebensjahr) in Pension gehen darf, damit ein junger Nachwuchswissenschaftler berufen werden kann.

Die «Stiftungsgastprofessur» schließlich soll die zeitweise Berufung ausländischer Gastprofessoren ermöglichen.

Der Stifterverband ist ein gemeinnütziger Verein mit etwa 5000 Mitgliedern (Einzelunternehmer, Gesellschaften, Verbände). Er bekommt sein Geld durch spezielle Einzelstiftungen mit oder ohne Zweckbindung und durch die treuhänderische Verwaltung von über 100 Einzelstiftungen. Der Stifterverband kann jährlich etwa 60 - 70 Millionen DM ausgeben.

Die Konzeption eines solchen Stifterverbandes dürfte Ihnen als Türken sehr vertraut sein. Es ist eine moderne, sehr aktuelle Form des islamischen Vakif - Systems.

III. Forschungsförderung durch die Europäische Gemeinschaft (EG)

Die EG hat 1984 ein erstes Rahmenprogramm zur gemeinsamen Förderung von Forschung und technologischer Entwicklung verabschiedet.

Eine europäische Forschungsgemeinschaft soll der große grenzfreie Binnenmarkt werden, der bis 1992 verwirklicht werden soll.

Die EG fördert den größten Teil ihrer Programme so, daß sie 50% der Kosten übernimmt. Die restlichen 50% tragen die Universitäten oder sonstige Forschungseinrichtungen, die an einem von der EG ausgeschriebenen Programm arbeiten. Eine Kooperation von Universitäten und Industrieunternehmen wird besonders gerne gesehen, ebenso eine Kooperation von Wissenschaftlern und Forschungsanstalten aus verschiedenen Staaten. In besonders wichtigen Fällen ist auch eine 100%ige Übernahme der Kosten möglich.

Bei den Planungen für den EG - Rahmenplan 1987 - 1991 wird davon ausgegangen, daß etwa 2 Millionen DM jährlich über die EG für Forschung ausgegeben werden. Das wird etwa halb soviel sein wie die Summe der Forschungsausgaben der bisherigen 12 Mitgliedsländer der EG.

Unter dem Gesichtspunkt des Beitrittsgesuches der Türkei zur EG ergeben sich auch für die türkische Wissenschaft interessante Perspektiven. Eine breite, internationale Öffnung der Forschung kommt allen zugute. Eine Voraussetzung ist allerdings auch das eigene finanzielle Engagement, und das kann durchaus über die Möglichkeiten des Staates hinausgehen.

Ich hoffe, gezeigt zu haben, daß in der Bundesrepublik Deutschland das System der «Stiftungen» sehr erfolgreich die Forschung fördert. Die Wissenschaft und die private Wirtschaft sind dadurch zum Nutzen beider verbunden. Ob ein ähnliches «Stiftungssystem» auch bei Ihnen existiert oder funktioniert, können Sie selbst besser beurteilen. In jedem Falle aber dürfte es in der Türkei als moderne Analogie des «Vakif - Systems» volles Verständnis finden.