



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ

DERGİSİ

Cilt : 3

Ocak - Haziran 1990

Sayı : 1

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Halil CİN : Influences Administratives Et Juridiques De L'Islam Et Des Turcs Sur Les Pays Du Maghreb	1
Dr. Hayati HAZIR : Devletin Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması	15
Dr. Hayati HAZIR : Demokrasi ve Siyasi Terör ...	35
Hasan TUNÇ : Türk Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması	51
Arş. Gör. Murat SEZGİNER : Güçlü Yürütme Anlayışı ve Türkiye'deki Görünümü	67
Doç. Dr. Mehmet ÜNAL : Yargı Kararı Konusu Olmuş Bir Miras Hukuk Probleminin Çözümü	95
Doç. Dr. Mehmet ÜNAL : Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları	103
Yrd. Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN : Haksız Filde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru ...	109
Yrd. Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması	135
Arş. Gör. Kürşad Nuri TURANBOY : Kat İrtifakının Hukukî Mahiyeti	173
Arş. Gör. Vahit DOĞAN : Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı	181
Arş. Gör. Sami KARAHAN : Markalarda İtibas ...	215
Arş. Gör. İbrahim ARSLAN : Kayıtlı Sermayeli Anonim Şirketlerde Sermayenin Artırılması	241

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

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ — KONYA

**INFLUENCES ADMINISTRATIVES ET JURIDIQUES
DE L'ISLAM ET DES TURCS
SUR
LES PAYS DU MAGHREB**

Prof. Dr. Halil CİN
Recteur de L'Université Selçuk
Konya / TURQUIE

**I — LE MAGHREB ET LE SITUATION AVANT L'ISLAM :
LA DOMINATION DES BERBERES ET DES ROMAINS**

Les historiens de l'Islam ont nommé toutes les villes de l'Afrique du Nord les pays du Maghreb ou La Berbérie parce que la majorité de la population était indigène. Cette nomination n'a pas été refusée par d'autres historiens. Ces terres, dites le Maghreb ou La Berbérie, ont été divisées en trois régions géographiques: **la première**, la partie Est de l'Afrique du Nord qui contient Tunisie et Bejaia, est appelée l'Ifriqiya; **la deuxième**, l'Ouest de l'Afrique du Nord, y compris la région Tlemcen, est nommée le Maghreb central (Magrib-i Evsat) qu'est l'Algérie d'aujourd'hui; quant à **la troisième** région, c'est Le Maghreb extrême (Magrib-i Aksa) et elle contient les terres marocaines (1). Il faut noter également que Le Maghreb extrême est appelé Berr'ül Udve et que l'on doit y joindre Cibâl-i Berbère, c'est-à-dire les montagnes berbères.

Dès la préhistoire, on appelle Les Berbères la population indigène installée dans toute l'Afrique septentrionale en dehors de l'Egypte et dont on n'a pas pu établir définitivement l'origine. Avec le temps, Les Berbères se sont mêlés aux arabes musulmans, d'une telle manière qu'il n'est pas possible aujourd'hui de les distinguer les uns des autres. Il y a une probabilité sur laquelle les historiens se sont arrêtés fortement: aux temps anciens, Les Berbères n'appartiendraient pas aux nations africaines, mais aux nations asiatiques; avec le temps, ils auraient quitté les plateaux de l'Euphrate et du Tigre pour s'installer dans les déserts africains et sur les côtes de l'océan atlantique. En bref, dans les pays

(1) Ahmed Kalkaşandı, *Subh'ül-A'sâ*, Egypte, 1915, t. 5, pp. 99 - 158; Şemseddin Sâmî, *Kamus'ül-A'lâm*, t. 2/1272 - 1273, t. 3/1791.

du Maghreb, Les Berbères sont plus anciens que les Carthaginois et les Himeriens et ils n'ont aucun rapport de race avec eux. En dehors de quelques exceptions, ils menaient toujours une vie tributaire et ils ne pouvaient pas constituer une unité politique; c'était la caractéristique la plus importante des Berbères (2).

Depuis des époques très anciennes avant l'Islam, les pays du Maghreb ont été toujours gouvernés par Les Berbères. Mais à partir de 42 après J. C., ces pays sont entrés sous la domination des Romains; pourtant cette domination n'était pas une domination absolue. Après de longues guerres entre Les Berbères et Les Romains, quoique les villes littorales aient été prises par Les Romains, les montagnes et les plateaux ont été restés sous la domination des Berbères. Ils n'ont pu les forcer qu'à leur donner la capitation et des guerriers, en laissant l'administration locale aux chefs indigènes. Dans ce sens, la domination romaine n'a pu durer que cinq siècles (3).

Avant l'Islam les divers religions (plusieurs religions) sont de'jà répandues chez les Berbères. Parmi eux, des Sabéens, c'est-à-dire ceux qui adoraient au soleil et aux étoiles, étaient en majorité. Il y avait aussi des idolâtres. Certains berbères peu nombreux avaient préféré le Judaïsme et le Christianisme. Tout cela signifie que les Romains n'ont pu réussir à faire accepter le Christianisme à aucun peuple du Maghreb en dehors de leurs propres émigrants (4).

Après cette courte introduction, nous allons essayer de montrer brièvement comment l'Islam a été entré dans les pays du Maghreb, et de montrer surtout ses influences administratives et juridiques sur les pays du Maghreb.

II — INFLUENCES ADMINISTRATIVES ET JURIDIQUES DE L'ISLAM SUR LES PAYS DU MAGHREB

La vraie domination romaine sur les pays du Maghreb n'a duré qu'un siècle et demi. Pendant cette époque, Les Berbères se sont révoltés continuellement et les gouverneurs envoyés par les romains ne se sont occupés que de réprimer les soulèvements et les querelles entre les sectes et d'opprimer le peuple sous des impôts très lourds.

-
- (2) Şemseddin Sâmî, *Kamus'ül-A'lâm*, 2/1270 - 1271; *Encyclopédie de l'Islam*, l'article «Berbères»; Ibn'ül-Esir, *El-Kâmil-Fit-Târih*, t. 3, pp. 25 - 26.
 (3) Kalkaşandî, 5/179; *Encyclopédie de l'Islam*, l'article «Berbères».
 (4) Kalkaşandî, 5/178; *Encyclopédie de l'Islam*, l'article «Berbères»; Şemseddin Sâmî, *Kamus'ül-A'lâm*, 2/1270 - 1271.

Après la naissance de l'Islam les musulmans se considéraient être tenus de communiquer l'Islam aux pays du Maghreb, et aux tribus berbères. Mais il y avait devant eux un obstacle très important: bien qu'ils fussent très nombreux, durant cinq ou six siècles un petit nombre parmi eux avaient adopté le Christianisme; en plus, ils étaient de bons guerriers et à la guerre, ils combattaient courageusement et sans pitié. Il faut noter qu'il existe quelques hadiths qui disent aux musulmans d'éviter de ces guerriers et de faire attention en communiquant l'Islam et qu'à ce sujet, le calife Omar avait envoyé une lettre avertisseuse aux commandants (5).

La première attaque musulmane aux pays du Maghreb a été réalisée en 27/647 à l'époque du calife Othman par une armée dont le commandant était Abdullah ben Ebu Sa'd. Excités et soutenus par les Romains, les maghrebins ont préféré combattre avec les musulmans en refusant l'Islam et la capitation (jizya); mais sortant vaincus de la guerre, ils ont été obligés de demander la paix (6). Quoique les Omeyyades aient continué plus tard à conquérir la Berbérie et à islamiser les Berbères, selon les hadiths, il y en a eu souvent qui se sont convertis de nouveau au Christianisme. Le gouverneur omeyyade Oqba ben Nafi, a pris complètement en 50/670 Tripoli et Tunisie, il en a créé la ville Kairouan et il a islamisé la plupart des pays berbères. Le gouverneur Musa ben Nosayr a joué un grand rôle dans l'expansion de l'Islam dans cette région et avec de courageux guerriers berbères, il a organisé des expéditions en Andalousie. Bien que le Christianisme n'ait pas pu dominer pendant cinq siècles même pas 15% des Berbères, pendant un peu plus de 25 ans, 90% des Berbères ont adopté l'Islam et leur entente avec les arabes a été devenue de jour en jour plus parfaite. Plus de 90% des tribus berbères qui ne s'étaient pas converties malgré tout cela à l'Islam ont adopté la religion musulmane au temps des Idrissides qui avaient proclamé leur indépendance en 172/788.

Dès lors, Les Berbères se sont mêlés avec les Arabes qui sont venus par groupes en Afrique du Nord de la Péninsule arabe et de Damas. Ils ont adopté l'arabe, langue du Coran, comme la langue politique et littéraire, et enfin ils ont oublié peu à peu leur propre langue, d'abord dans les villes puis dans les villages et ensuite dans les déserts. Les

(5) Şemseddin Sâmî, *Kamus'ul-A'lâm*, 2/1271.

(6) Şibli, *Sadr-ı İslâm*, t. 7, p. 18; Ibn'ül-Esir, *El-Kâmil*, 3/91 - 93; Kalkoşandı, *Subh'ul-A'sâ*, 5/117 sq.

(7) Ibn'ül-Esir, *El-Kâmil*, 3/465 - 466, 4/105 - 109, 369 - 370; Şemseddin Sâmî, *Kamus'ul-A'lâm*, 2/1271 - 1272, 3/1791 - 1792.

tribus qui ont pu garder leur religion n'étaient que de certaines tribus désertiques restées loin de la civilisation islamique.

1 — Influences administratives

Les influences de l'Islam sur les pays du Maghreb ont été comme sur d'autres pays qui venaient de se convertir à l'Islam. Mais, comme le Prophète Muhammed a indiqué dans ses hadiths, les Berbères qui constituaient la majorité de la population des pays du Maghreb avaient un tempérament violent et un caractère offensif contre l'ordre établi. C'est pourquoi, leur structure administrative a subi aussi des changements semblables. Nous pouvons les diviser en trois groupes :

En premier lieu: c'est l'époque où La Berbérie était une province dépendant du Grand Etat Islamique. Les pays du Maghreb ont été dirigés, de 27/647 à 172/788, par un gouverneur nommé par des Omeyades ou par des Abbasides. Pendant cette époque de 150 ans environ, si l'on ne compte pas certaines interruptions, chez les pays du Maghreb, on constate les mêmes caractéristiques administratives des Etats omeyade et abbaside. Ces pays n'avaient que de privilèges limités. Certains Khârijides se sont dressés de temps en temps contre cette administration locale (8).

En deuxième lieu: grâce à l'Islam, se sont développée la conception politique et administrative des Berbères; par suite de l'affaiblissement des Abbasides et de la fondation d'un deuxième centre du Califat, le désordre s'est installé en Berbérie et chaque gouverneur a commencé à proclamer son autonomie. Avec le temps, les beylicats se sont transformés en de petits Etats à cause des guerres chaudes qui se sont éclatées entre eux. Jusqu'à ce que la chute de l'Andalousie ait été la fin des beylicats, ont surgi six à sept Etats berbères musulmans. La particularité commune de ces beylicats était le fait que, comme d'autres dynasties autonomes dépendant du calife, ils étaient des Etats fidèles à la tradition islamique. Avant de nous arrêter sur la structure administrative des beylicats, il serait utile de jeter un rapide coup d'oeil sur leur histoire politique.

A) Au temps de Hârûn Al-Raschîd, un commandant nommé Ibrahim ben Aghlab a été nommé gouverneur aux pays du Maghrib. Après avoir réprimé les troubles survenus dans ces pays, celui-ci a proclamé en 800 son autonomie. Pourtant il était encore dépendant des califes abbasides. Son beylicat était un beylicat autonome dit Emir. Cet Etat connu

(8) Kalkaşandı, 5/117 - 120, 179 - 180.

comme Aghlabides (Beni Aghlab) dont la capitale était Kairouan était constituée par deux Etats autonomes et musulmans (808 - 909) (9).

B) Pendant la domination des Aghlabides, l'un des petits-fils du calife Ali, Husayn ben Ali s'est enfui en 170/786 de la Mecque, accompagné par son oncle, Idris. Husayn ben Ali a été arrêté et tué et Idris s'est réfugié aux pays du Maghreb. Les tribus berbères se sont réunies autour de lui et grâce à lui, toutes les tribus berbères se sont converties à l'Islam dans une période très courte. Cet Etat, dit l'Etat des Idrissides, qui dominait le Maghreb extrême était aussi un Etat musulman (10).

C) Le premier Etat chi'ite, dit l'Etat fâtimide, a été fondé entre 901 - 908 au Maghreb par Ubaydullah qui se déclarait appartenir à la descendance du Prophète. La domination des Fâtimides au Maghreb n'a pu durer que 52 ans. Leur structure administrative n'est pas différente de celle des Abbasides.

D) En 360/970, un autre Etat berbère, dit l'Etat des Zirides, a été fondé par Yussuf Bulukkin ben Zîri. Il faut noter que l'Algérie a été fondée pour la première fois par des Zirides. Quoiqu'ils soient restés jusqu'en 440/1048 dépendant des califes fâtimides, à partir de cette date, les Zirides ont fait prononcer des sermons au nom des califes omeyyades de l'Andalousie. En outre, à partir de cette date, dans les pays du Maghreb, le Chi'isme a été remplacé par le Sunnisme. Notons que cet Etat aussi était une dynastie dépendant du calife; autrement dit, quoiqu'il fût indépendant au point de vue de l'administration, il était soumis au calife au point de vue de la religion (11).

E) Après la chute de l'Etat des Zirides en 445/1053, c'est l'Etat des Almoravides (1053 - 1147) qui dominera sur les pays du Maghreb, Cet Etat berbère qui était aussi un Etat musulman a été constitué par des tribus nommées Lamtoûna et Goudala. Le chef de la tribu Goudala qui était antérieurement un medjousi (celui qui adore au feu) a demandé à un commandant nommé Abd Allah ben Yâsin d'apprendre l'Islam à sa tribu. Cette tribu qui insistait d'abord à ne pas se convertir à l'Islam s'est attachée plus tard à Abd Allah ben Yâsin et il s'est uni avec la tribu Lamboûna. Enfin ces deux tribus devenues musulmanes ont fondé l'Etat des Almoravides. L'Islam les a sauvées d'une vie sauvage qu'elles

(9) Kalkaşandı, 5/120 sq.; Şemseddin Sâmi, 3/1792 sq.

(10) Kalkaşandı, 5/180 sq.

(11) Kalkaşandı, *Subh'ul-A'sâ*, 5/185 sq.; Şemseddin Sâmi, *Kamus'ul-Alâm*, 3/1792 - 1793.

menaient et, élevées à un niveau d'une vie civilisée grâce à l'Islam, elles ont pu fonder un Etat. Les Almoravides étaient soumis au calife (12).

F) Enfin, encore un chef berbère, Muhammed ben Toûmert a essayé de sauver les berbères des influences des troubles qui circulaient dans le monde musulman, de raconter les vues d'Al-Ach'ari, une branche de l'orthodoxie sunnite, sur l'unité divine absolue (tawhid) et sa réussite a été totale. Ibn Toûmert, considéré comme Mahdi, a fondé en 515/1121 un nouvel Etat berbère, dit les Almohades dont la domination a duré jusqu'en 1269. Après cette date, sur les terres du Maghreb, ont été fondés de petits Etats comme Merinides et Hafcides; et, à la fin de ce morcellement, les Berbères ont été restés jusqu'au début du XV. siècle sous l'influence politique des Espagnols, des Portugais et des Vénitiens (13).

Les Etats berbères qui se sont fondés pendant 500 ans avaient des traits communs: tous ces Etats ressemblaient à d'autres Etats musulmans au point de vue de l'armature. Ils ne s'en divergeaient que dans les détails..

L'Etat se constituait de deux classes: la première, c'était la classe militaire (cûnd), constituée par des militaires de haute grade, des vizirs et des fonctionnaires de haut rang comme des nichandji (secrétaire pour la signature du Sultan). La deuxième, c'était la classe des ulémas (Erbâb-ı Aklâm) qui comportait des Kadis, des mouhtesibs (Chefs de la police municipale) et des fonctionnaires semblables. Le traitement et le fief concédés à ces fonctionnaires; les uniformes du sultan et des autres hommes d'Etat de haut rang; la cérémonie de la montée journalière du sultan sur le trône, dit la madrasa; de même, le fait que, comme chez l'Empire ottoman, le sultan réunissait le divan et écoutait les plaintes du peuple; la prière cérémoniale du vendredi, les prières de la fête, les cérémonies de l'expédition, les promenades du sultan et d'autres cas semblables, toutes ces choses-là étaient comme chez d'autres Etats musulmans. Ce qui était différent, c'était leur nom. Dans la correspondance officielle, les hommes d'Etat berbères appliquaient les mêmes règles que les hommes d'Etat musulmans. Les documents nous montrent bien que les firmans des sultans ont été nommés **Zahiré** et qu'au début et à la fin de ces firmans, on a imité le style du Prophète. En bref, dans chaque question administrative de ces Etats, on trouve les traces et les

(12) Kalkaşandı, 5/188 sqp.; Açıkgözoğlu (Mehmed), *İslâm Devletleri Tarihi (L'Histoire des Etats islamiques)*, İstanbul 1975, pp. 85 - 86.

(13) Kalkaşandı, 5/126 sq., 191 sq.; Şemseddin Sâmî, *Kamus'ul-A'lâm*, 3/1792 - 1793; Açıkgözoğlu, 86 - 87; Süleymaniye Kütüphanesi (La Bibliothèque de Süleymaniye), *Esat Efendi*, 2362, vrk. 150/a - 150/b.

influences de l'Islam et des Etats islamiques. Comme chez d'autres Etats islamiques, chez ces Etats, le sultan est la tête de l'organisation, mais à l'exécution des lois, il agit au nom du calife. Pour les questions juridiques, il n'a un pouvoir de législation que comme exécuteur. Toutes ces questions que nous avons essayé de résumer ont été en détail dans les sources notées à la fin de notre communication (14).

En dernier lieu: sur les terres du Maghreb, il y avait un autre groupe de berbères tout différent. Ils étaient musulmans, mais n'acceptant aucune dépendance, ils ne sont pas entrés sous le joug d'un Etat. Ils continuaient à vivre en Etats tributaires, en cités dans les régions montagneuses du Maghreb.

2) Influences juridiques

Pendant 500 ans, et même, si l'on compte l'époque où ils étaient soumis au Grand Etat Islamique, pendant une époque de 650 ans, le système juridique qui dominait dans les pays du Maghreb, c'était le droit islamique. L'une des quatre sectes sunnites de l'Islam, la secte malikite, si l'on met à part l'intervalle dû à la domination chi'ite, a été adoptée par tous les pays du Maghreb et par les Berbères. La raison la plus importante de cette adoption, c'était le fait que la plupart des juristes étaient nord-africains ou andalous. Pourtant, quoiqu'ils ne fussent pas de l'origine africaine, Essad ben Firat et Sahnou'n qui avaient recueilli et rédigé les vues juridiques de l'Imâm Mâlik étaient des grands juristes élevés en Afrique du Nord. Ces deux juristes ont rendu des grands services aux pays du Maghreb. On sait bien que les Kara-Khanides qui étaient un Etat turc ont joué un grand rôle dans le développement de la secte hanefite; de même, le rôle des juristes de l'Afrique du Nord a été grand dans le développement de la secte malikite. Al-Mudevvenet'ul-Kubra, l'ouvrage en 7 volumes des grands juristes, Essad ben Firat et Sahnou'n, est considéré la base du droit malikite (16). Quoique, par suite de l'influence de la domination chi'ite, la secte malikite ait été en partie déconsidérée, le grand sultan des Zirides, Magr ben Bâdis, l'a faite accepter officieusement comme secte officielle de l'Etat et il n'a pas hésité de la propager dans tous les pays du Maghreb (17).

A côté des lois religieuses basées sur la secte malikite, se sont

(14) Voir, Kalkaşandi, *Subh'ul-A'sâ*, 5/137 - 149, 203 - 210.

(15) Kalkaşandi, 5/210 - 211.

(16) Hudari (Muhammed), *Tarih-ul-Tesri'il-İslâmî*, 210 - 211, 262 sq.

(17) Şemseddin Sâmi, *Kamûs'ül-A'lâm*, 3/1793.

développées aussi des lois coutumières, dites «moeurs et coutumes» sur lesquelles nous allons nous arrêter un peu plus tard.

III — INFLUENCES ADMINISTRATIVES ET JURIDIQUES DE L'EMPIRE OTTOMAN SUR LES PAYS DU MAGHREB

1) Acceptation de la domination de l'Empire ottoman par les Maghribins

A partir de la chute des Almohades en 667/1268, les pays du Maghreb ont été partagés entre trois dynasties berbères: Les Merinides à Fes, les Abdalwadites à Tlemcen et les Hafcides à Tunis. Mais toutes ces dynasties n'ont pas pu se sauver d'être jouets dans les mains des Espagnols et des autres pays européens. Et avec la chute l'Andalousie, les pays du Maghreb ont été tout à fait ruinés. A la fin du XV. siècle, les pays du Maghreb et les musulmans qui vivaient dans ces pays étaient dans une très mauvaise situation. Pendant cette époque, l'Empire ottoman dont le maître était le sultan Selim I^{er} avait atteint son apogée; la flotte turque, commandée par Khayreddin Barbaros, dominait la Méditerranée. Khayreddin Barbaros et son frère Baba Arudj ont pris tour à tour Bejgia, Alger et Tlemcen. Pendant ce temps, le frère de Barbaros, Baba Arudj a été mort. Mais Khayreddin Barbaros a continué tout seul à courir de victoire en victoire. Le peuple algérien qui a vu les victoires de Barbaros a envoyé en 925/1519 une lettre au Sultan turc pour entrer sous la domination de l'Empire ottoman. Le peuple algérien désirait voir Khayreddin Barbaros comme leur gouverneur. La domination de l'Empire ottoman serait un honneur pour ce peuple (18). Ce document historique qui se trouve actuellement dans l'archive du Palais Topkapi montre très bien les influences favorables des Turcs sur les pays du Maghreb, surtout sur le peuple algérien. Voici le résumé de cette lettre rédigée et signée par des cadis (Juges), des prédicateurs, des juristes, des imâms et des commerçants, c'est-à-dire par tous les algériens :

«A l'Autorité suprême,

Après nos prières pour votre bonheur et pour votre réussite, nous, algériens, vous dirons que: nous estimons beaucoup votre autorité suprême et nous croyons à la nécessité de la continuation de votre souveraineté. Nous exprimons respectueusement à votre Sublime Porte

(18) *Kanunnâme Mecmuası (La Revue de Kanoun - Namé)*, Süleymaniye Kütüphanesi (Bibl. Süleymaniye), Esat Efendi, 2362, vrk. 150/a - 150/b; Şemseddin Sâmî, *Kamus'ül-A'lâm*, 3/1792.

que nos phrases ne sont pas suffisantes pour raconter nos sentiments. Nous ne sommes heureux que si vous êtes heureux. Nous avons une grande confiance en vous. Voici en résumé le désastre qui a frappé le peuple algérien :

Après avoir envahi l'Andalousie, les chrétiens sont venus jusqu'à la forteresse Ouahran. Ils ont pris Bejaia et Tripoli afin d'attaquer d'autres villes. Ils veulent envahir l'Algérie. Nous sommes restés enfermés comme un point qui se trouve au milieu du cercle. Les ennemis nous ont pressés par tous les côtés. Nous nous sommes mis sous la protection d'Allah. Ils ont voulu nous prendre sous leur domination. Nous avons pensé et nous avons vu que le fléau et le désastre deviennent de plus en plus violents. Vaincus aux chrétiens, nous avons demandé la paix en pensant à notre race, à nos enfants et à nos biens. Par la peur d'être esclaves et d'être dispersés, nous nous sommes soumis pour l'instant aux envahisseurs. Nous appartenons à Allah et nous rentrerons à Lui. Ensuite les chrétiens ont pris Ouahran, Bejaia et Tripoli. Ils voulaient envahir aussi notre pays. Mais juste à ce moment-là, Arudj Bey, protecteur des musulmans et de l'Islam, combattant pour Allah, est arrivé avec un certain nombre de guerriers. Nous l'avons accueilli respectueusement et avec joie. Car c'est lui qui nous a sauvé de notre peur. Avant de venir chez nous, Arudj Bey était arrivé de Tunis à Bejaia. Il a voulu délivrer cette ville des chrétiens. Il a assiégé la forteresse de Bejaia. Après avoir pris la grande bastion, il est entré dans la forteresse. Les musulmans et les chrétiens se sont combattus jour et nuit. Certains des chrétiens se sont enfuis; les autres ont été tués: Arudj Bey a été martyrsé pendant les guerres de Tlemcen. Son frère Khayreddin a été devenu son successeur et il nous a protégé. Nous n'avons trouvé chez lui rien d'autre que la justice et les respects pour les lois du Prophète. Khayreddin Bey a toujours un grand respect pour votre autorité suprême; il combat pour l'Islam et il donne sa vie, ses biens pour l'amour d'Allah. Il ambitionne d'honorer le mot Allah. Notre affection pour lui est sincère et continuelle, car tout son but est de servir à votre Autorité suprême, il combat pour Allah avec nous sur le cheval, il suit toujours strictement les ordres d'Allah. Dans sa croyance, il est comme une étoile. Dans ce cas-là, nous vous demandrions cela :

Notre Emir Khayreddin avait pris la résolution d'aller chez vous. Ayant peur des chrétiens, les notables de notre ville n'ont pas voulu le laisser partir. Nous sommes peu nombreux et faibles. C'est pourquoi, nous avons envoyé à votre Sublime Porte le savant Seyyid Ebûl-Abbas, Ahmed ben Ali. Notre Emir et nous, nous sommes vos très dévoués serviteurs. La région de Bejaia, le peuple du Maghreb oriental et

occidental sont à votre service. Notre Emir vous présentera nos autres problèmes.

Que la miséricorde et le salut d'Allah soient sur vous.

10 - 20 Zilka'de 925/1519 (4 - 14 Novembre 1519)

Muhammed ben Mansur qui s'est consacré à la prière et à la piété dans la Grande Mosquée d'Alger, nous a envoyé une lettre où il écrit qu'il prie Allah pour vous et pour la continuité de votre Etat, parce que Khayreddin a sauvé le peuple algérien.» (19).

Cette demande du peuple algérien a été acceptée par l'Empire ottoman et Khayreddin Barbaros a été nommé comme **beylerbey** (gouverneur) d'Alger. A partir de ce jour, en Algérie, on a commencé à prononcer des sermons au nom des Sultan ottomans. De temps en temps, surtout au temps de Kanouni Sultan Suleyman, il y a eu lieu certains soulèvements et certaines attaques européennes; mais les gouverneurs habiles de l'Empire ottoman les ont étouffées facilement (20). Et maintenant, jetons un rapide coup d'oeil sur la situation administrative et juridique au temps de l'Empire ottoman.

2). La situation administrative des pays du Maghreb à l'époque de l'Empire ottoman

L'Empire ottoman a transformé presque tous les pays du Maghreb en une province distinguée sous le nom de la Ville du Maghreb (Vilâyet-i Maghreb) ou la Province algérienne (Eyalet-i Cezayir). Parmi les sandjaks importants de cette province, on compte Mahdia, Médea, Marakech, etc... Le premier beylerbey, c'est Khayreddin Pacha. La différence la plus importante entre cette province et les autres réside dans leur structure administrative. Cette province a, au contraire des autres, une autonomie administrative. Au début, l'Empire ottoman a nommé gouverneurs dans ce pays certaines renommées comme Khayreddin Pacha, Hassan Pacha (son fils) et Sinan Pacha. Il y a envoyé aussi des janissaires. A côté des sorps des Maghribins ont été constitués ainsi les corps des Algériens. Avec le temps, le Divan, constitué des aghas (chefs) des Janissaires a commencé à se mêler à l'administration et le beylerbey a dû recouvrer aux vues du Divan pour mener bien l'administration. Quand l'influence

(19) L'Archive du Palais Topkapi, E. 6456.

(20) Voir, İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi* (L'Histoire de l'Empire ottoman), t. II, p. 363 sq.; Süleymaniye Kütüphanesi (Bibl. Süleymaniye), Esat Efendi, 2362 vrk. 150 sq.

du Divan a commencé à augmenter, les aghas des Janissaires ont choisi un chef, nommé **dey**. Avec le temps, l'administration du pays a été laissée à ces dey indigènes. A partir de ce jour, les gouverneurs envoyés par la Sublime Porte n'étaient plus que des représentants de l'Empire. Pendant cette époque, comme il y a eu lieu de sérieux désaccords entre les deys et les gouverneurs, il y a eu lieu de grands troubles dans les élections de dey. Et pendant l'époque de Ahmed III, quand on a donné le titre Vizir et le titre gouverneur à deys, les deys sont devenus des maîtres souverains de la Province algérienne. Pourtant, chaque personne choisie dey affirmait sa fidélité et son obéissance au Sultan ottoman par l'intermédiaire de l'un de ses fonctionnaires (21). Les musulmans maghrébins qui ne se montraient fidèles à l'Empire ottoman qu'au point de vue spirituelle, étaient sincères à leur fidélité. Si bien qu'ils forçaient ouvertement les Français et les Espagnols d'obéir au Sultan ottoman. En ayant eu assez de ces pressions, les Français ont prié le Sultan d'intervenir et par l'intervention de celui-ci, les musulmans maghrébins ont renoncé à leur pression. Tout cela est indiqué dans les cahiers étrangers de l'Archive ottomane (22).

Les Français étaient toujours contre les Algériens. Enfin, après des années 1820, la France a organisé une expédition générale en Algérie et les troupes françaises ont envahi la région algérienne. Après cet envahissement, le dey d'Alger a recouru en 1243/1827 au Sultan ottoman. Bien qu'il y eût un traité de paix entre la France et l'Empire ottoman, le Sultan ottoman n'a pas hésité de secourir l'Algérie contre la France (23). Mais cette aide n'a pas pu être complète et l'Algérie a été restée jusqu'en 1960 sous le joug de la France; cela est une vérité amère. Ces années ont été les années les plus horribles des pays du Maghreb (24).

3) L'Epoque ottomane et la vie juridique dans les pays du Maghreb

L'Empire ottoman a eu toujours du respect pour la culture et les croyances nationales du peuple qui vivait sur les terres qu'il avait annexées à ses siennes; il est resté complètement neutre envers les sectes. Cette règle était valable aussi pour les sectes musulmanes. L'Empire ottoman qui avait adopté la secte hanefite comme secte

(21) Şemseddin Sâmî, *Kamus'ül-A'lâm*, 3/1793.

(22) Başbakanlık Osmanlı Arşivi (Archive ottomane du Gouvernement), *Ecnébi Defterleri (Cahiers étrangers)*, Feuilles concernant La France et l'Algérie.

(23) Başbakanlık Osmanlı Arşivi (Archive ottomane), Dosya Tasnifi, Dosya No: 78.

(24) Şemseddin Sâmî, 3/1793 - 1794.

officielle a laissé les maghribins qui ont adopté la secte malikite tout à fait libres dans leur vie juridique. C'est-à-dire, pendant une époque de 300 ans qui va de 1520 à 1820, le système juridique des pays du Maghreb a été le droit islamique basé sur la secte malikite.

Les registres de Sharî'a (registres de prescriptions juridico-religieuses) qui se trouvent dans les pays du Maghreb nous montrent très bien que les lois islamiques basées sur la secte malikite ont été appliquées strictement dans ces pays. N'a-t-on pas appliqué les Lois ottomanes qui étaient les fruits des lois coutumières et qui remplissaient un vide laissé par le droit islamique dans les domaines pénal, administratif et financier? La réponse de cette question n'est pas affirmative. Car, bien que l'Empire ottoman ait fait pour chaque régence (y compris l'Egypte) des Kanoun-Namés privés (loi fondamentale), à ce sujet, il n'a rien fait pour les pays du Maghreb.

Les Maghrébins ont rempli le vide qui se trouvait dans le domaine de la loi coutumière avec des règles de moeurs et coutumes qui n'étaient pas contraires au droit islamique. Toutes les institutions juridiques des Berbères ne sont pas basées sur ses moeurs et coutumes; Seules les institutions dans le domaine coutumière sont les fruits de ses moeurs et coutumes. Chez eux, les règles des moeurs et coutumes n'étaient valables que si le conseil du village les a confirmées. Chez les Berbères marocains, chaque tribu avait son propre Kanoun-Namé qui organisait la loi coutumière. Ce Kanoun-Namé était fait par un conseil de vieillards, dit **Anfaliz**. Pourtant, il existe des règles des moeurs et coutumes contraires au droit islamique, surtout chez certaines tribus berbères qui ne sont pas musulmans. Mais, il n'est pas juste de le généraliser dans tous les pays du Maghreb. (25).

CONCLUSION

Bien que, pendant presque 5 siècles, seulement 10 - 15 % des Berbères qui, selon la plupart des historiens, seraient venus de la Mésopotomie, aient adopté le Christianisme, en 25 - 30 années, presque 90 % des Maghribins ont adopté l'Islam. C'est un événement très important que l'on doit étudier dans tous ses détails. Si 90 % des Berbères ont adopté l'Islam dans une période très courte, c'est que l'Etat islamique a fait preuve d'une grande tolérance à l'égard des non-musulmans au point de vue politique, sociale et culturelle.

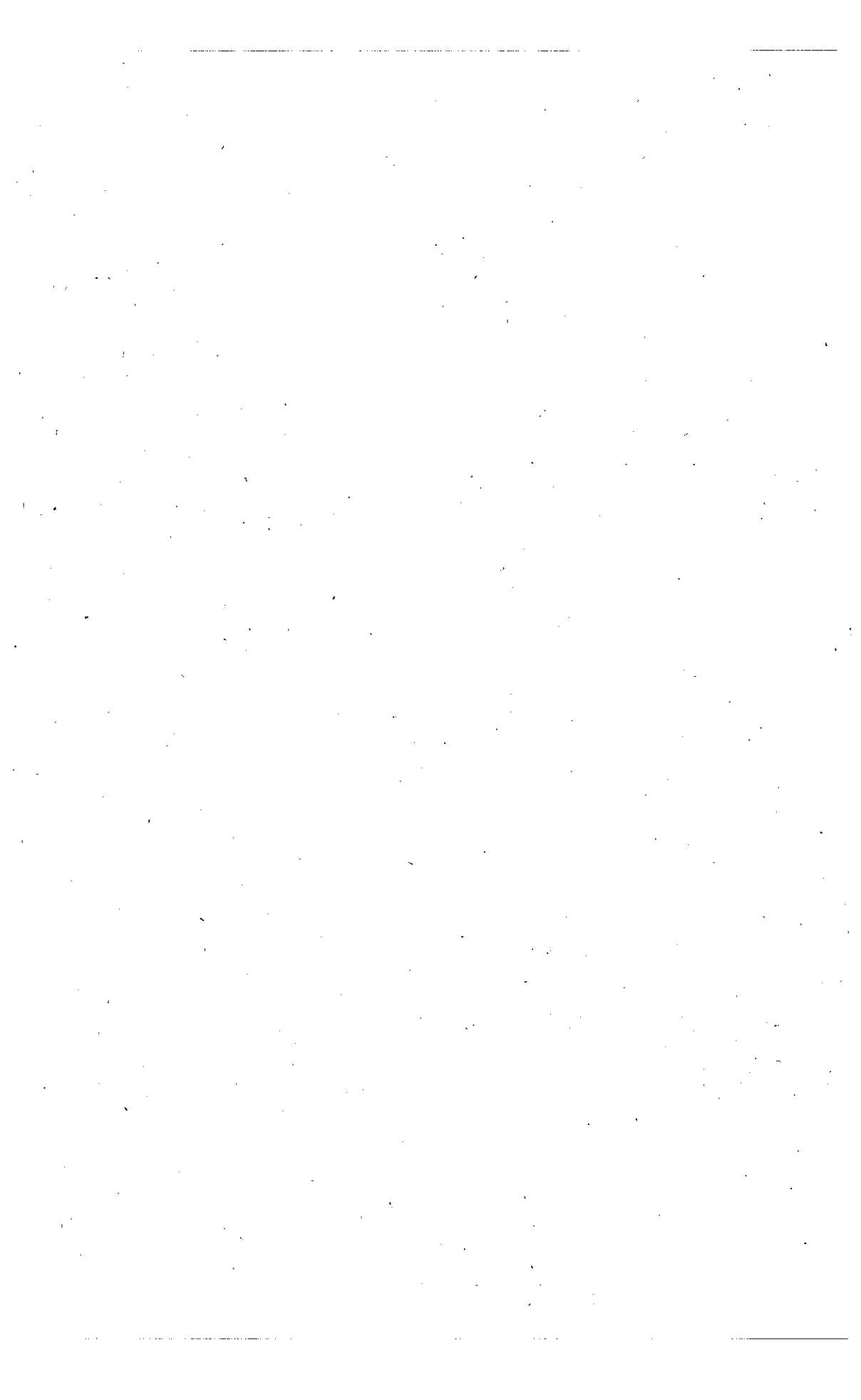
(25) Cf. *Encyclopédie de l'Islam*, l'article «Berbères.»

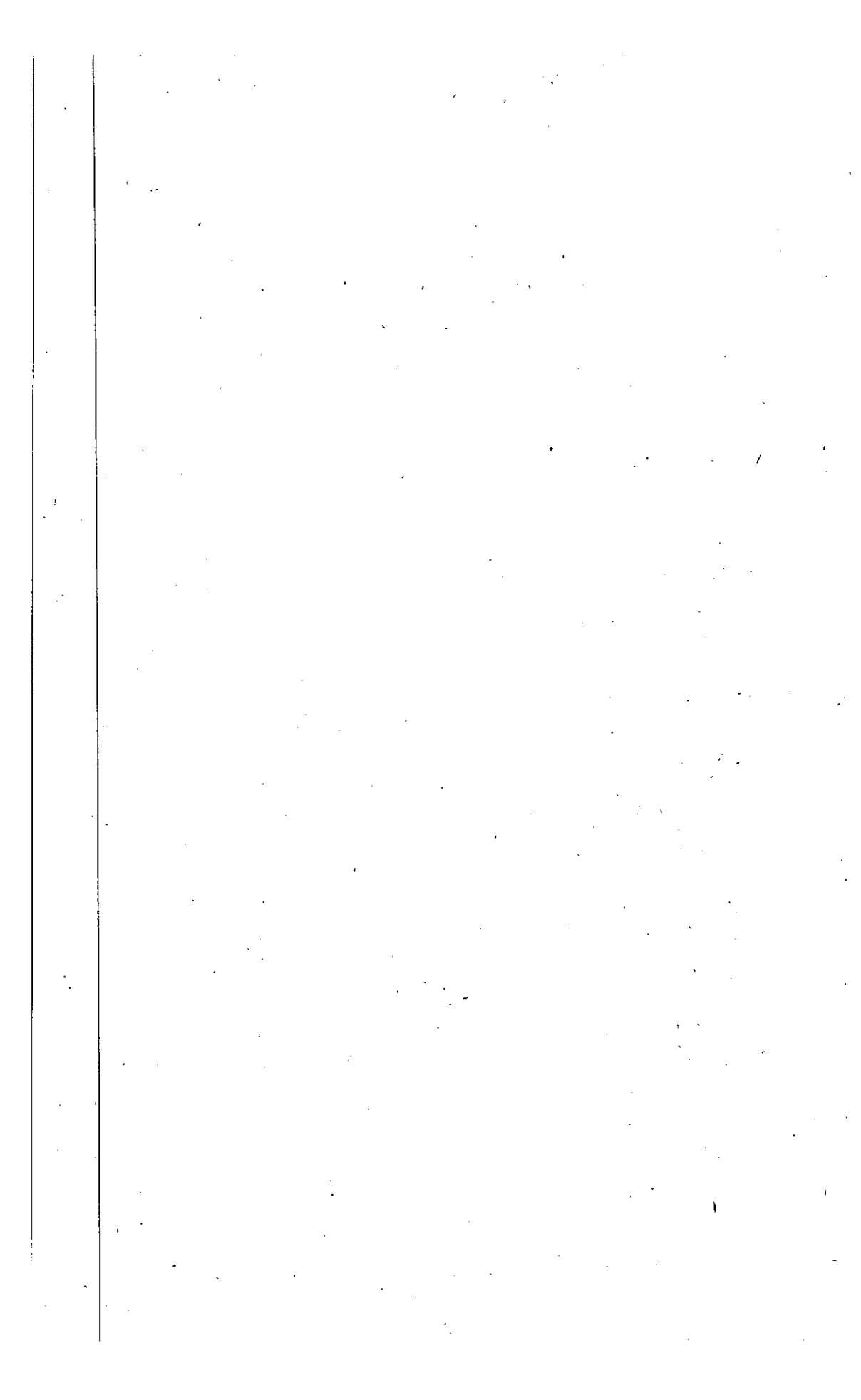
Selon les sources, les Maghrébins étaient de tempérament rude et nerveux et par là ils vivaient une vie de tribu. Mais après avoir adopté l'Islam, ils ont vécu en bon accord avec les Arabes et ils ont quitté dans un temps très court non seulement leur religion, mais encore leur langue et leurs coutumes. Dans 500 ans, ils ont fondé dix Etats dépendant du calife comme les autres Etats musulmans. Les Maghribins qui n'avaient pas d'autres lois que des lois tributaires, grâce à l'Islam, non seulement ils ont élevé des juristes renommés, mais encore ils sont devenus protecteurs officiels de la secte malikite.

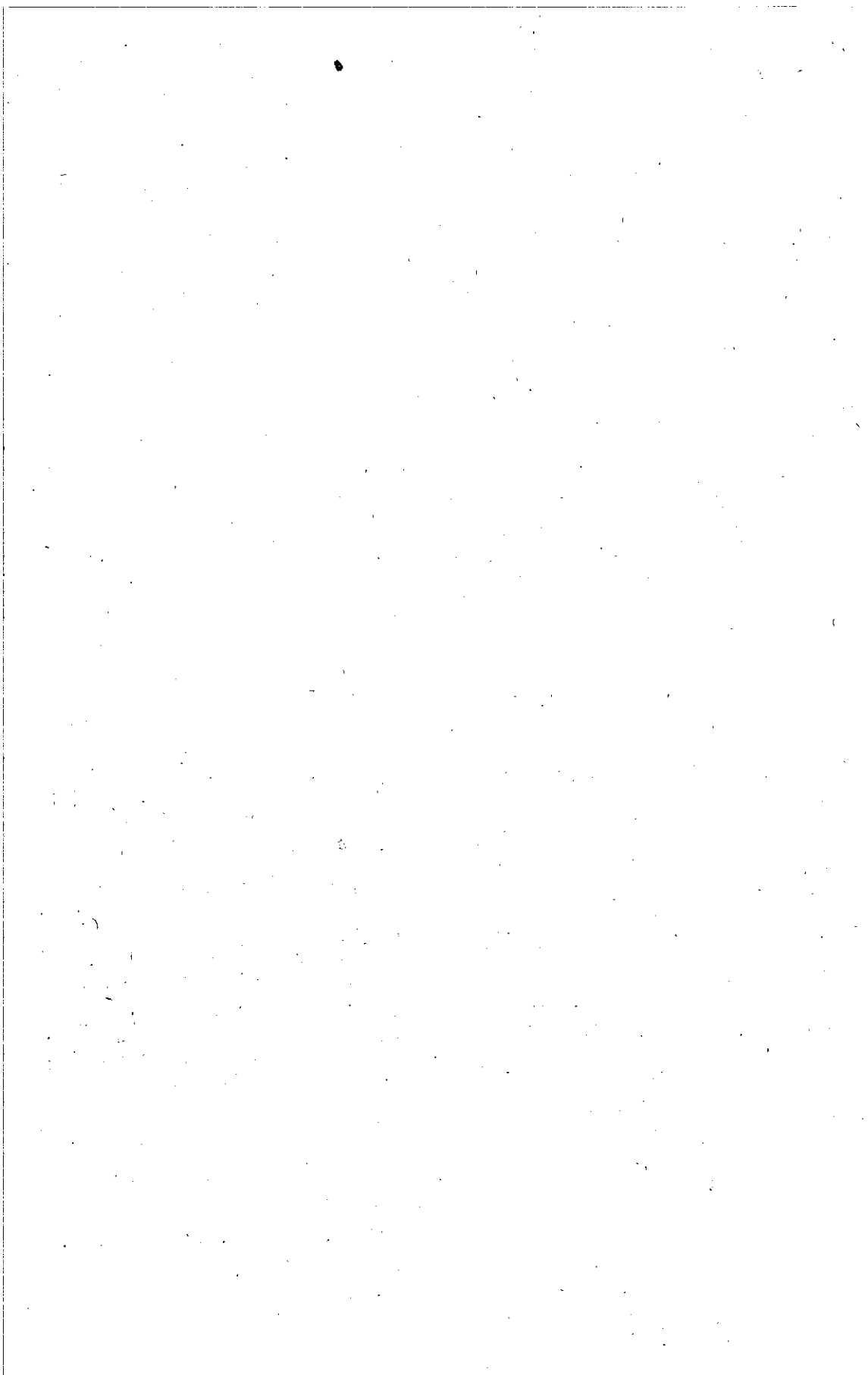
Les Maghrébins qui ont accepté volontairement la souveraineté de l'Empire ottoman ont fait pendant cette époque de grands progrès dans les institutions administratives et juridiques.

En bref, dans les pays du Maghreb où, depuis 1240 ans, l'Islam a été considéré comme religion et comme une vue du monde, pendant presque 500 ans, les turcs musulmans ont joué un grand rôle dans le développement des institutions culturelles, sociales et juridiques. Des influences réciproques entre les cultures sont bien naturelles. Ainsi, le fait que l'Islam a une influence sur la culture européenne, et surtout en Espagne et au sud de l'Italie est une vérité historique.

Je vous remercie tous de m'avoir écouté avec patience.







DEVLETİN EĞEMENLİĞİ VE İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI KORUNMASI

Dr. Hayati HAZIR (*)

GİRİŞ

Klasik kamu hukuku kitaplarına bakıldığında zaman eğemenliğin devletin ayırdedici bir özelliği olarak ele alındığı ve onunla birlikte incelendiği görülür. Bugün bile tamamen terkedildiğini söyleyemeyeceğimiz eğemenlik, uzun bir tarihi geçmişe dayanmaktadır. Yüzyıllar boyunca Avrupa'da süren iktidar kavgalarında krallıklar, içeride feodal güçlere karşı üstünlüklerini kabul ettirdikleri gibi, dışarıda da Papalık ve İmparatorluk karşısında bağımsızlıklarını elde etmişlerdir. Bu mücadele sırasında Fransa krallarının hukukî dayanaklarını oluşturan eğemenlik kavramı, ülke içinde iktidarın tek ve mutlak olmasını, ülke dışında da kendilerinden üstün bir kudret tanımadıklarını ifade etmekteydi.

İşte, o günlerden beri devletle birlikte ele alınan eğemenlik kavramı, bugün şiddetli tenkitlere maruz kalmasına rağmen, özellikle dış politikada halâ devletlerin bu kavrama sıkı sıkıya sarıldıkları görülmektedir. Bir taraftan devletler arasındaki çeşitli alanlarda işbirliğini ve dayanışmayı sağlayarak barışçı bir dünya kurmaya yönelik teşkilatlanmalar yoğunluk kazanırken ve özellikle insan haklarının korunması milletlerarası bir mesele haline alırken, öte yandan devletlerin eğemenliklerini yüzyıllar öncesi manası ile sürdürmek istemelerinden doğan çelişkiler istenilen hedeflere ulaşılmasına en büyük engeli teşkil etmektedir. Genellikle insan hakları konusunda büyük mesafeler almış istikrarlı demokrasiler bakımından eğemenlik, tamamiyle olmasa bile klâsik mahasını geniş ölçüde kaybetmiş olmasına karşılık, bu anlamda henüz emekleme merhalesinde olan ülkeler eğemenliklerini her türlü değer üzerinde tutmaya titizlikle devam etmekte olmaları yüzünden insan hakları alanında meydana gelen birçok ihlâlin önlenemediğine şahit olmaktayız.

Bu kısa giriş bile bize, bugüne kadar üzerinde, lehinde ve aleyhinde çok şey yazılmasına rağmen, eğemenliğin halâ aktüalitesini devam ettirdiğini göstermektedir. Biz bu incelememizde eğemenlik hakkında bu-

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

güne kadar söylenen şeyleri tekrar edecek değiliz. Amacımız ülkemizdeki gelişmeleri dikkate alarak insan haklarının uluslararası alanda korunması söz konusu olduğunda egemenliğin buna engel olup olmayacağını araştırmaktır. Ancak, bunu yapabilmek için, önce egemenlik kavramı hakkında okuyucuya ön bilgilerin verilmesi kaçınılmaz görünmektedir. Böylece, insan haklarının bizzat devletçe ihlâl edildiği yolundaki iddiaları araştıran milletlerarası bir teşkilatın yapacağı araştırma faaliyetlerinin egemenliğin ihlâlî manasına gelip gelmeyeceği veya «iç işlerine» müdahale sayılıp sayılmayacağı konusunda daha objektif bir kanaate varmamız mümkün olacaktır.

I. EĞEMENLİK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI VE MANASI

1. Egemenlik Kavramının Ortaya Çıkışı

Günümüzde dahi devletlerin bir türü vazgeçemedikleri egemenlik kavramının manasını tesbit edebilmek için öncelikle, kısa olarak onun ortaya çıkışını ve kaynağını araştırmamız gerekir. Yukarıda temas ettiğimiz gibi, egemenlik ortaçağın sonlarını ve yeniçağın başlarını kapsayan geniş bir tarihi süreç içerisinde ortaya çıkmış siyasi bir kavramdır ve onu ünlü Alman hukukçusu Jellinek'in deyiimiyle bir düşünür masa başında icat etmemiştir (1). Ortaçağ ve ondan önce egemenlik kavramına rastlamayışımız, bu kavramın devletle birlikte ortaya çıktığını gösterir (2). Modern devletin temellerinin atılması ise, uzun ve çetin tarihi mücadelelerin sonucudur. Özellikle, Fransız krallarının ülke içinde feodal senyorlarla, ve krallık üzerinde üstünlük iddiasını sürdüren kilise ile giriştikleri savaşlarda dayandıkları en etkili kavram egemenlik olmuştur (3).

Fransız hukukçusu Jean Bodin'in ilk defa «Devletin Altı Kitabı» (*Les Six Livres de la République*) adlı eserinde formüleştirdiği bu terimi Fransa kralları, ülke içinde kendi iktidarlarına rakip olabilecek bir iktidar, ülke dışında ise, kendilerinden üstün bir kudret tanımadıklarını ifade eden bir «hukukî formül» olarak kullanmışlardır. Bodin'in Latince «üstün güç» anlamına gelen «*superanus*» kelimesinden türettiği «*souveraineté*» egemenlik kelimesi önceleri böyle bir siyasi amacı elde etmek için kullanılmışken, geliştirilerek hukukî bir doktrin haline getirilmiştir (4).

- (1) KAPANI, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 4. baskı (ANKARA - 1988), sö 57.
- (2) FRIEDRICH, J. Carl, *Man and His Government*, (NEW-YORK - 1963), s. 548.
- (3) FRIEDRICH, Op. cit, 549 - 550, Keza aynı yazar, *Constitutional Government and Democracy*, Rev. ed. (NEW-YORK - 1950), s. 18 - 19. AKBEY, Muvafak, *Umumî Amme Hukuku*, (ANKARA - 1961), s. 458 - 461.
- (4) KAPANI, Op. cit, s. 56.

Böyle bir kurtarıcı formülün ortaya çıkmasıyla Ortaçağ devletinden milli devlete geçişte güçlenen merkezi otorite kendine sağlam bir zemin ve yeni bir meşruluk anlayışı bulmuş oluyordu. Devletin merkezileşmesiyle birlikte, bütünleşme de sağlanmıştır, fakat aynı zamanda kralın iktidarı da o derece pekleşmiştir (5). Artık kral, eğemen gücün sembolü olması sebebiyle, yalnız merkezi otoriteyi değil, aynı zamanda bütün mahalli kuruluşları da kendi iradesine bağlayabilmişti. Böylece eğemenlik sayesinde monarşi, birbirleriyle yarışan muhalif güçleri ortadan kaldıran ve merkeze doğru çeken bir mıknatıs olmuştu (6). Eğemenliğin kralın şahsında toplanmasıyla, Avrupa'da Monarşi, Fransız kralı XIV. Louis'nin «devlet benim» sözünde en özlü ifadesini bulan gücünün doruk noktasına çıkmıştır.

Ortaçağın sonlarına doğru henüz gelişme merhalesinde olan merkezi monist devletin varlığını tehdit eden bir takım tehlikeleri bertaraf etmekte sihirli bir silah görevi yapan eğemenlik, gerçekten o dönemlerde halkın ihtiyacına uygun gelmiştir. Gerçekten feodal düzenden, merkezi devlet düzenine geçişte bu kavramın oynadığı rolü kimse inkâr edemez. Modern devletin ortaya çıkışında teorik temel fonksiyonu gören eğemenlik, aynı zamanda feodalite döneminde parçalanmış, küçülmüş ve dağılmış olan iktidarı birleştirmek suretiyle de, «**iktidarın rasyonelleşmesini**» sağlamıştır (7). Böylece, klâsik eğemenlik teorisinin, siyasi modernleşme sürecinde önemli bir dönüm noktası olduğunu kabul etmek gerekir (8). Bu olumlu yönüne karşılık, kralların kötü yönetimleri arttıkça mutlak krallığa ve dolayısıyla, eğemenliğin krallıkla bir tutulmasına karşı Batı Avrupa devletlerinde bu kavrama bir direnme başlamıştır.

2. Eğemenliğin Değişik Mânaları

Eğemenliği, devletin mantıki ve mutlak kıstası olarak kabul eden Bodin (9), onu «**tebaanın ve vatandaşların üzerinde kanunlarla sınırlanmayan en yüksek ve mutlak yetki**» olarak tanımlamıştır. Bu tanıma göre, eğemenlik, devletin asli ve ayrılmaz bir unsurudur. Devlet için naslı bir zaman sınırlaması sözkonusu edilemez ise, eğemenlik için de aynı şekilde bir zaman sınırlaması düşünülemez. Başka bir açıdan, eğemenlik ken-

(5) LIPSON, Leslie, *The Great Issues of Politics*, 2 nel ed. (ENLEWOOD CLIFFS - 1960), s. 293 - 294.

(6) LIPSON, İbid.

(7) KAPANİ, Op. cit, s. 57.

(8) Bu hususta Avrupa ve Amerika'daki siyasi modernleşme yönünden ilgi çekici bir inceleme için bkz. HUNTİNTON, Samuet P., «Political Modernization: Amerika vs. Europa» *World Politics*, 18 (1966), s. 373 - 414.

(9) FRIEDRİCH, *Man and His Government*, s. 552.

di alanında başka bir kuvvet tanımadığından bölünme kabul etmez. Bu tanımlama eğemenliğin devletin varlığının aslı unsuru olduğunu gösterir.

Gerçekten Bodin'in devlet tanımı da bu doğrultudadır: «Devlet, eğemen bir güç tarafından iyi yönetilmeyi isteyen ağleler topluluğundan ibarettir» (10). Demek ki, devlet ancak, eğemen kudreti kullanan bir hkumet teşkilatının mevcut olduğu yerlerde meydana gelebilir. Böylece eğemenlik devletin varolabilmesi için zaruri bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu eğemenliğin ilk ve orijinal anlamıdır ki, iktidarın kendisini değil, fakat onun belirli bazı karakteristik niteliklerini ifade eder. şöyle ki, eğemen olan bir iktidar bir taraftan yabancı bir devlete hiç bir sretle tabi değildir, diğer taraftan aynı iktidar içeride de bütün iktidarlardan üstündür (11).

Eğemenlik bu manasının dışında, yani devlet iktidarının niteliğini ifade etmesinden başka, gene kaynağını Bodin'den alan değişik bir manada kullanılmıştır. Buna göre, eğemenlik doğrudan doğruya devlet iktidarının kendisini, onun muhteva ve kapsamını ifade eden bir terim olarak kullanılmıştır. Gerçekten Bodin, eğemenliğin yukarıda verdiğimiz tanımının dışında kitabının başka bir yerinde daha değişik bir tanımlama veriyor. Bu ikinci ve değişik tanımlamaya göre eğemenlik devletin 'kanun yapmak savaş ve barış ilân etmek para basmak, vergi toplamak vs.» gibi yetkilerini kapsamaktadır. Böylece Bodin, devlet iktidarının **olumlu** yetkilerini, **olumsuz** bir kavram olan eğemenliğe dahil ederek onu devlet iktidarı ile özdeşleştirmiştir. Halbuki ilk manasıyla eğemenlik, devlet iktidarının diğer bir iktidara tabi olmamasını, veya kendisinin üzerinde başka bir iktidarın bulunmamasını ifade etmekteydi (12). Bu ikinci manasıyla eğemenliğin devletin zaruri bir unsuru olduğu yolundaki kanaat o zamanlardan günümüze kadar kuvvetlenerek devam etmiştir.

Bizzat Bodin'dan kaynaklanan eğemenliğin bu iki manasından başka zamanla ona değişik nc bir mana daha verildiği görülmektedir. Buna göre, eğemenlik devlet iktidarını kullananların bir özelliğidir. Devleti, hükümdarın kişiliğinden ayırtetmeyen patrimonial devlet düşüncesine dayanan bu anlayış, eğemenliğin kralın subjektif bir hakkı olduğu düşüncesine dayanır. lke kralın mlk kabul edildiğine göre, eğemenlik de o mülke sahip olan kralın subjektif bir hakkıdır. Böylece, mutlak mo-

(10) FRİEDRİCH, Loc. Cit., s. 550.

(11) AKBAY, Op. cit, s. 466.

(12) ÖZMAN, Aydoğan, «Devletin Eğemenliği ve Milletlerarası Teşekküller» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (1964), s. 1-4, s. 58, AKBAY, Loc. cit, s. 467.

narşilerin gelişme seyrine bağlı olarak eğemenlik de değişik bir mana kazanmış, ikisi arasında kuvvetli bir bağ kurulmuştur (13).

Bu tanımlama kargaşalığından başka, eğemenliğin bir de «iç eğemenlik» ve «dış eğemenlik» şeklinde ikiye ayrılması bir gelenek olarak devam etmektedir. İç eğemenlikte devletin ÷k ÷zrindeki fert ve topluluklara karşı üstün bir otoriteye sahip olması, ÷lke içinde devlet iktidarı ile yarışacak başka bir iktidarın bulunmaması anlatılmak istenmektedir. Buna karşılık dış eğemenlikten bir devletin dışarıda başka bir devlete bağlı olmaması, onlarla hukukten eğit durumda bulunması demektir. Diğer bir deyişle dış eğemenlik, devletlerarası ilişkilerin **hukuki eğitlik statüsüne** dayanması manasına gelir (14). Bunun dışında, ve milletlerarası politikanın gerektirdiği yükümlölükler ve şartlar muvacehesince hiç bir devletin tam manasıyla hür ve eğemen bir iradeye sahip olduğu ileri sürülemez. Keza, dış eğemenlik deyimi yerine ikame edilen «**bağımsızlık**» deyimi için de aynı yargı geçerlidir. Zira, bağımsızlık da hukuki eğitlik statüsüne dayanır. Devletin bizzat kendisinin karar vermesi sonucunda yüklendiği yükümlölükleri hukuki eğitlik statüsüne dayanır. Devletin bizzat kendisinin karar vermesi sonucunda yüklendiği yükümlölükleri hukukî eğitlik statüsüne uygun olarak yerine getirmesi borcudur (15).

Eğemenliğin mahiyetinin açık olmaması sebebiyle gerek tanımlamada karşılaşılan güçlükler, gerekse terminoloji alanındaki karışıklıklar doktrin alanında iki büyük mesele ortaya çıkmıştır. Uzun tartışmalara yol açan bu meselelerden birincisi ve konumuz bakımından önemli olanı, eğemenliğin devlet iktidarının **zarurî ve vazgeçilmez** bir unsuru olup olmadığı, ikincisi de eğemenliğin devlet içinde **kime ait olduğu meselesidir**. Konumuzun sınırları itibariyle ikinci mesele üzerinde durmayacağız. Birinci meseleyi de sadece **hukuk devleti** ve **insan hakları** yönünden ele alacağız.

3. Hukuk Devleti ve İnsan Hakları Karşısında Klâsik Eğemenlik Kavramı

Ortaya atılışından beri devletin veya devlet iktidarının en önemli özelliği kabul edilen klâsik eğemenlik kavramı çağımızda ağır tenkitlere maruz kalmıştır. Gerçekten günümüzün devlet anlayışında ve devlet iktidarının mahiyetinde meydana gelen değişmeler ve gelişmeler, mutlak üstünlük, sınırsızlık ve bölünmezlik gibi niteliklere sahip olan klâsik eğemenlik kavramının savunulmasını imkânsız kılmaktadır.

(13) ÖZMAN, İbid.

(14) KAPANI, Op. cit, s. 57.

(15) FRIEDRİCH, Op. cit, s. 551.

Günümüzün devleti, hukuk dilinde onsekizinci yüzyılın «polis devleti» kavramının karşısı olarak «hukuk devleti» kavramı ile nitelendirilmektedir. Vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini hiçbir baskı altında kalmadan geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti içinde mümkündür. Bu bakımdan hukuk devleti, demokratik toplumun ulaştığı en önemli merhalelerden birini teşkil eder (16). Mutlak ve sınırsız bir iktidar anlayışına dayanan eĝemenliğin hukuk devleti kavramıyla bağdaşmıyacağı açıktır. Gerçekten, kendisinden hiçbir üstün güç tanımayan, bağımsız ve sınırsız bir irade kudreti manasına gelen eĝemenlik, sınırlı iktidar anlayışına dayanan hukuk devletinin tam karşısıdır.

Tarihi gelişim seyri içinde ele aldığımız zaman, hukuk devleti ilkesinin yerleşmesi yolunda yapılan mücadeleler, mutlak iktidarlara karşı kişi haklarının korunması mücadelesi olduğu görülür. Bu mücadelenin özünü ise, devlet kudretinin sınırlanması, daha açık bir ifade ile, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlanması teşkil eder. Eĝemenliğin mutlak meşruluk kriteri olarak kabul edildiği mutlak monarşilerde yürütme organı kural olarak kral ve bakanlarından meydana geldiğinden, dolayısıyla kişi haklarını hukuk güvenliğine kavuşturmak için, yürütme organının hukukla bağlanması yeterli görülmüştür. Kişi haklarının Rousseau'cu eĝemenlik anlayışına dayanan milli iradede doğan yasama organına karşı korunması düşüncesi daha sonra ortaya çıkmıştır. Gerçi yasama organının yargı yoluyla denetlenmesi eĝemenliğin anavatanı olan Fransa'da (bu prensip köklü bir demokrasi geleneği olan İngiltere'de de) benimsenmemiş olduğu halde, yürütmenin yargı yoluyla denetimi bütün demokratik ülkelerde benimsenmiştir. Böylece, merkezi devletin ortaya çıkmasında ve gelişmesinde önemli bir rol oynamış olan eĝemenlik terim olarak günümüz hukuk devleti karşısında terk edilmese bile artık savunulmaz duruma gelmiştir.

Mesele milletlerarası ilişkiler açısından ele alındığı zaman günümüzde, onu icad edenlerin tasarladıkları şekilde «eĝemen devlet» bulunduğunu düşünmek mümkün değildir. Bir yazarın da çok isabetle belirttiği gibi (17) «maalesef eĝemenlik nazariyesini icad eden veya geliştiren yazarlardan hiçbirisi devletlerin birbiriyle olan münasebetleriyle ilgilenmiyorlardı. Hepsi devleti in abstracto ele alıyorlar, hiçbir eĝemenlik nazariyesinin birçok devleti kapsayan bir âleme nasıl uygulanabileceği husu-

(16) ÖZBUDUN, Ergün, *Türk Anayasa Hukuku*, (ANKARA - 1986), s. 94 - 95; Keza, MACİVER, R. M. *The Web of Government*, Rev. ed. (NEW-YORK-1965), s. 151 - 155.

(17) BRIERLY, L. J. *Régles Générale du Droit de la Paix*. R.d.c. (1936/IV. T. 58. s. 25), ÖZMAN, Op. cit, s. 55'den naklen.

sunu düşünmüyorlardı.» Buna rağmen, günümüzde Birleşmiş Milletler Antlaşmasında yer aldığı cihetle, «devletin eğemenliği» ve «milli yetki» kavramları devletlerce halâ itibar görmektedir. Oysa, **insan haklarının** milletlerarası bir boyut kazanması karşısında artık devletlerin bu kavramlara sığınarak sorumluluklarından kurtulmaları mümkün görülmemektedir. Hele demokratik devletlerin sınırsız bir eğemenliği savunmaları düşünülemez, çünkü demokratik devletin kendisi bizzat sınırlı devlettir (18).

Günümüzde demokratik ülkeler bile, insan haklarının milletlerarası korunmasında eğemenlik ve milli yetki kavramlarına sığınarak sorumluktan kurtulmak istiyorlar. Bunun mümkün olup olmadığını anlamak için **milli yetki** kavramını da, konumuzun sınırları açısından açıklamakta yarar vardır.

4. Eğemenlik Hakkında Son Gözlemler ve Milli Yetki Meselesi

Birleşmiş Milletler Antlaşması bir yandan çeşitli maddelerinde insan haklarının bütün dünyada gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi gereğini çeşitli maddelerinde tekrarlar, öte taraftan bu hakların tesirli bir şekilde korunmasını engelleyecek bir kurula da yer vermiştir. Birbiriyle çelişen ve çatışan bu iki hükmü yazarlar, Birleşmiş Milletler Antlaşmasının «en zayıf tarafı» olarak nitelendirmektedirler (19).

Devletlere bazı konularda yetkilerini serbestçe kullanabilme imkanı veren bu hüküm Antlaşma'nın 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan **özü itibarıyla bir devletin milli yetkisi içinde bulunan işler** ifadesidir. Madde'nin metni aynen şöyledir : «İş bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü ne özü itibarıyla bir devletin milli yetkisi içinde bulunan işlere Birleşmiş Milletlerin karışmasına cevap verir, ne de üyeleri bu gibi işleri işbu Antlaşma gereğince bir çözme tarzına bağlamaya icbar eder; bununla beraber, VII. bölümde derpiş edilen zorlama tedbirlerinin uygulanmasına bu prensip hiçbir surette halel getirmez.»

Birleşmiş Milletler teşkilatı kurulmadan önce Milletler Cemiyeti Mısak'ın 15. maddesinin 8. paragrafında geçen «**münhasır selahiyet**» terimi ile devletlerin eğemenlikleri ile milletlerarası teşkilâtlanmalar bağdaştırılmak istenmiş, daha doğrusu bir takım meselelerin devletlerin iç eğemenliklerine dayanarak çözülmesini uygun bulmuştur (20). Cemiyet Mısak'ının devletlere tanıdığı bu yetki Birleşmiş Milletler Antlaşmasında bir

(18) MACIVER, Op. cit, s. 153.

(19) KAPANİ, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, (ANKARA - 1967), s. 77.

(20) ÖZMAN, Op. cit, s. 95.

ilke haline getirilmiştir (21). Öyle ki, Misak'ın aksine olarak milli yetki sadece belli bir konu hakkında değil, fakat antlaşmanın bütün hükümlerini kapsayan bir niteliktedir (22).

Böylece, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında yer alan milli yetki prensibi dolayısıyla, devletlerin egemenliğinin kısıtlanmasında geriye doğru adım atıldığı söylenebilir. Gerçekten Birleşmiş Milletlerin bütün faaliyetlerini kapsayan bir yetki sınırlandırılması şeklinde kabul edilen milli yetki, bütün üyelerin birçok yönlerden serbestçe kullanabilecekleri gerçek bir **veto hakkı** niteliğini kazanmaktadır (23). Hangi konuların milli yetki kavramına dahil olduğunun belirlenmemiş ve bu konunun devletlerin takdirine bırakılmış olması bu yorumu haklı çıkarmaktadır. Böylece, barışçı bir dünya içinde insan haklarının gerçekleşmesini kabul eden Antlaşmanın devletlerin egemenliklerinin kısıtlanmasında çekingen davranması, pratikte onun önemini azaltan eksik bir yönünü ortaya koymaktadır (24).

Bununla beraber, günümüzde devletlerin birbirine olan ihtiyaçlarının çok daha artması yüzünden bu prensibe sık sık müracaat etmekten kaçındıkları söylenebilir. Çünkü gerçekler, devletlerin milletler camiası içinde varlıklarını devam ettirebilmek ve menfaatlerini koruyabilmek için bu prensibe rağmen egemenliklerinden fedakârlık etmek zorundadırlar. Gene de birçok devlet Birleşmiş Milletler Teşkilâtının kuruluşundan beri teşkil edilen birçok soruşturma komisyonunu bu prensibe dayanarak ülkelerine kabul etmemişlerdir (25).

Gerçi Devletler Hukukunun alanı kesin olarak belirlenmiş değildir. Bu bakımdan Antlaşma, bir meselenin milli yetkiye dahil olup olmadığına karar verecek organı belirlemekten kaçınmıştır. Dolayısıyla de, devletlere hangi meselenin iç hukuk alanına girdiğini takdir etme hakkının

(21) ÇELİK, Edip, *Milletlerarası Hukuk*, C. I, 4. baskı (İSTANBUL - 1980), s. 333. MERAY L. Seha, *Devletler Hukukunda Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Tatbikatına Göre Millî Yetki Meselesi*, (ANKARA - 1952), *passim*.

(22) MERAY, Op. cit, s. 35 vd. aynı yazar, *Devletler Hukukuna Giriş*, (ANKARA - 1968), C. I, s. 308 vd.

(23) ÖZMAN, Op. cit, s. 96. MERAY, *Millî Yetki*, s. 45. KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations* (LONDON - 1951), s. 772.

(24) Antlaşmanın IX. Bölümü Teşkilâtı, insanların «hayat seviyelerini yükseltmesini tam çalışmayı ve ekonomik ve sosyal alanda ilerleme ve gelişme şartlarını, ırk, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyada bilfiil saygı gösterilmesi kolaylaştırmak» görevini vermektedir.

(25) Bu konuda örnekler için bkz. KARAOSMANOĞLU, Ali, L. «Birleşmiş Milletler Antlaşmasınının 2. madde 7. fıkrasının İç Savaşlar Bakımından Yorumu» *Cem Sar'a Armağan*, (1972), s. 184 - 195.

tanınmasıyla klâsik eğemenlik anlayışına dönülmüş olmaktadır (26). Oysa devletler arasında yapılan sözleşmelerin hem kapsamı, hem de uygulama alanları bellidir. Birçok sözleşme gibi, insan hakları konusunda yapılan sözleşmeler de devletleri belirli yükümlülükler altına sokmaktadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi ise, devletlerin eğemenliklerinden belirli ölçüde vazgeçmeleriyle mümkündür.

II. İNSAN HAKLARININ MİLLETLERARASI KORUNMASI

1. Genel Olarak

Birçok yazar insan haklarının bir doktrin halinde ortaya çıkmasını çok eski tarihlere götürmektedirler. Gerçekte, insanın sırf insan olmak sıfatıyla doğuştan, devletin dokunamayacağı bazı haklara ve hürriyetlere sahip olduğu konusundaki temel fikrin bir sistem halinde ortaya çıkması için XVII. yüzyıla kadar gelmemiz gerekir. Bu tarihten önce, insan hakları ile ilgili olarak bazı fikirlerin ortaya atıldığı bir gerçek olmakla beraber, bunların sistemli, bir doktrin haline gelebilmesi ancak XVII. yüzyılda mümkün olmuştur (27). Daha sonra lâik tabii hukuka dayandırılan insan hakları doktrini yerini ferdiyetçi doktrine terk etmesiyle insan hakları felsefi açıdan daha sağlam temellere dayandırılmaya çalışılmıştır.

Devletlerin eğemenliklerine sıkı sıkıya bağlı olmaları yüzünden uzun zaman, insan haklarının milletlerarası bir korumaya kavuşması mümkün olamamıştır. Haklar Beyannameleriyle uygulamaya getirilen insan hakları devletlerin bir iç hukuk meselesi olarak görülmüş, dolayısıyla milletler kendi hak ve hürriyetlerini, bizzat kendi gayretleriyle elde etmeye ve korumaya çalışmışlardır. Milletlerin eğemenliklerinden taviz vermeye yanaşmamaları sebebiyle, insan hakları bir iç hukuk meselesi olarak ele alınmış ve demokratik rejimin kuvvetlenip yayılmasıyla birlikte bu mesele de milletlerarası alana geçebilmiştir (28).

Böyle bir gelişmede çok kısa aralıklarla dünyayı felakete sürükleyen, milyonlarca insanın ölümüne sebep olan iki büyük savaşın rolü şüphesiz inkâr edilemez. Bu savaşların etkisiyle insan hakları milletlerarası bir mesele sayılmaya başlanmıştır. Başka bir ifade ile bu savaşların so-

(26) KELSEN, Loc. cit. s. 772.

(27) Aksi fikir için bkz. SAVCI, Bahri, *İnsan Hakları (Kanunilik Yolu ile Korunması)* (ANKARA - 1953), s. 16 - 18. Aynı fikir için, KAPANİ, Münici, *Kamu Hürriyetleri*, 6. baskı (ANKARA - 1981), s. 30.

(28) Bu konudaki gelişmeler için bkz. KAPANİ, Loc. cit. s. 60 vd. İnsan Haklarının Beyannamelere ve anayasalara geçişi için bkz. FRIEDRİCH, J. Carl, *Limited Government*, (Englewood cliffs, N. J. - 1974), ch. 6.

nucunda insan hak ve hürriyetleri iç kamu hukuku meselesi olmaktan çıkarak, milletlerarası bir mesele hüviyetini kazanmıştır. Oysa bu tarihe kadar, insan haklarının milletlerarası korunması devletlerin sadece dış egemenliklerini değil, iç egemenliklerini de sınırılıyacağı düşüncesi ağır bastığı için, insan haklarına saygı gösterilip gösterilmediğinin milletlerarası kuruluşlarca denetlenmesine izin veren bir gelişme ve teşkilatlanma mümkün olmamıştır (29).

Demek ki insanlığın böyle milletlerarası bir koruma mekanizmasına ulaşabilmek için iki büyük savaş felâketini yaşaması gerekmiştir. Ancak bu savaşlardan sonradır ki; - özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra - devletler insan haklarının korunması meselesinde de egemenliklerinin kısıtlanmasına razı olmak zorunda kalmışlardır. Bundan böyle bir taraftan insan haklarının mahiyetinde genişlemeler ve değişmeler, milli ve milletlerarası alanda hız kazanırken, öte taraftan bu hak ve hürriyetlerin korunması için evrensel ve bölgesel teşkilâtlar vücuda getirilmiştir. Böylece, insan hakları egemenliğe üstün gelerek milletlerarası bir nitelik kazanmış ve dolayısıyla bunun sonucunda devletler de egemenliklerinin sınırlandırılmasına rıza göstermek zorunda kalmışlardır.

İnsan hakları, milletlerarası teşkilâtlarca evrensel ve bölgesel olmak üzere iki çeşit korunmaktadır. Evrensel nitelikte Birleşmiş Milletler Teşkilâtı çerçevesinde yapılan çalışmaların yanında özellikle Türkiye bakımından da çok önemli olan, Avrupa Konseyi çerçevesinde meydana gelen gelişmelerdir. Biz ağırlıklı olarak bu ikinci konu üzerinde durmakta beraber; genel çizgileriyle de olsa Birleşmiş Milletler'de insan hakları ile ilgili uygulamalara kısaca temas etmeyi yararlı görüyoruz.

2. İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler Tarafından Korunması

İnsan Haklarından Birleşmiş Milletler Antlaşmasının birçok yerinde söz edilmektedir (30). Antlaşma, dünya barışı ve huzuru için öngördüğü başlıca şartlar arasında, insan hak ve hürriyetlerine inanç, saygı ve bağlılık bulunmaktadır. Böylece ilk defa insan hakları devletlerin iç meselesi olmaktan çıkıp resmen milletlerarası hukukun kapsamı içine giriyordu (31).

Antlaşmanın insan haklarına ilişkin hükümlerinin hukuki değerleri konusundaki tartışmaları (32) burada tekrardan kaçınarak şunu söylememiz mümkündür: Antlaşmada yer alan insan haklarıyla ilgili maddelere

(29) ÖZMAN, Op. cit, s. 106.

(30) Başlangıç, 1, 13, 55, 56, 62, 68 ve 76. maddeler.

(31) Aynı görüşte KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 61.

(32) Bu tartışmalar için bkz. ÖZMAN, Op. cit. s. 108 - 109.

uyulmaması halinde herhangi bir müeyyide öngörülmediği gibi, fertlerin müracaat edebilecekleri bir merci de gösterilmiş değildir. Bununla birlikte Antlaşma bir bütün olduğundan bu maddelerin de diğer maddeler gibi üye devletlerin egemenliklerini kısıtlayıcı nitelikte olduklarını kabul etmek gerekir. Her ne kadar bu maddeler Teşkilâtın amaç ve fonksiyonlarını belirtmekte, dolayısıyla üyeleri bir yükümlülük altına sokmamakta ise de (33), bu hükümlere riayetsizlik Teşkilâtın amaçlarından uzaklaşma manasına gelecektir. Antlaşmanın bütünlüğüne ters düşen böyle bir yorumu kabul etmek mümkün olmadığına göre, insan haklarına dair hükümlerin devletlerin uyması mecburi hükümler olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır kanaatindeyiz.

Birleşmiş Milletler Antlaşması değişik bölümlerinde insan hak ve temel hürriyetlerine inanç, saygı ve bağlılığı bir ana tema (**leitmotiv**) halinde dile getirmekle beraber, bunların neler olduğunu ayrıntılı düzenlemiştir. Bu hususu İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan ve Genel Kurulda 8 çekimser oya karşılık (34), 48 oyla 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi** yerine getirmiştir. Beyannamenin muhtevasını incelemek konumuzun dışında kalmaktadır (35). Bizi ilgilendiren devlet egemenliğinin sınırlandırılması yönünden Beyannamenin bağlayıcı olup olmadığıdır.

Şurasını hemen belirtelim ki, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi devletler hukuku açısından bağlayıcı bir belge değildir. Adından da kolaylıkla anlaşılacağı gibi, bu bir antlaşma değil, fakat fert hak ve hürriyetleri konusunda genel prensipleri ihtiva eden **beynamedir**. Bağlayıcı niteliği olmaması yüzünden, siyasi ideolojisi ne olursa olsun bütün üye devletler tarafından kolaylıkla kabul edilmiştir (36). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, hukukî bağlayıcılık gücünden yoksun olsa da tarihi ve manevi bakımdan büyük önemi olduğu ortadadır. Bu beyanname ile, insan hakları reşmen milletlerarası hukuk alanına çıkarılmış, dolayısıyla ferdin hak ve hürriyetleri milli sınırların dışına çıkarak, bütün üye devletlerince yüksek ideal değerler olarak kabul edilmiştir.

Bir başka açıdan konuyu ele aldığımızda, Beyannamenin Birleşmiş Milletler Teşkilâtı Antlaşmasının insan haklarına ilişkin maddelerinin bir

(33) KELSEN, Op. cit, s. 30.

(34) Çekimser devletler şunlardır : Sovyetler Birliği, Beyaz Rusya, Ukranya, Polanya, Çekoslovakya, Yugoslavya, Güney Afrika Birliği ve Suudi Arabistan.

(35) Beyannamenin muhtevasının tahlili için bkz. KAPANİ, Op. cit, bk. 65. Ke-ka, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, s. 22 - 27.

(36) KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 67. ÖZMAN, Op. cit, s. 116.

yorumu, bir açıklaması olduğu, bu yüzden de bildiri hukukî bir metin olmasa bile, gerçek bir güce sahip olduğu söylenebilir. Zira; Antlaşmanın üye devletler için zorlayıcı gücü mutlak olduğundan, Beyanname de Milletlerarası Adalet Divanı Sözleşmesi'nin 38. maddesinde yer alan «medenî milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerinden» sayılması ve böyle yorumlanması gerekir (37).

Hem Birleşmiş Milletler sadece 1948 Beyannamesi ile de yetinmiş değildir. Uzun bir çalışma döneminden sonra, İnsan Hakları Komisyonunca hazırlanan ve katılan devletlere hukukî yükümlülükler yükleyen iki sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli toplantısında kabul edildi. Bunlar «**Kişisel ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**» ile «**Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**»dir. Her iki sözleşmenin de yürürlüğe girebilmesi için en az 35 devletin katıldıklarını bildiren onay belgelerini Genel Sekreterliğe verilmesini şart koşulduğu için, sözleşmelerin 3 Ocak ve 25 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmeleri mümkün olmuştur.

Bu Sözleşmelerden ferdi ve siyasî haklara ilişkin olanı, sözleşmede yer alan haklara taraf devletlerin saygı gösterip göstermediğini kontrol için bir mekanizma kurmuştur. Sözleşmenin 28. maddesine göre bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Taraf devletler, sözleşmenin 40. maddesine göre insan haklarını gerçekleştirmek üzere kendi ülkelerinde aldıkları tedbirleri ve bu alanda karşılaştıkları güçlükleri belirli aralıklarla düzenliyecekleri raporlarla Genel Sekreterlik aracılığı ile İnsan Hakları Komitesine bildirirler. Komite bu raporları inceleyerek ve sonunda uygun göreceği «**genel görüşleri**» kendi raporuna ekleyerek taraf devletlere bildirir.

Sözleşme ayrıca devletlerarası başvuru yolunu da açık tutmuştur. Ancak, bunun için devletlerin Sözleşmenin 41. maddesini açıkca kabul edip onaylamaları şarttır. Görülüyor ki, devletlerarası müracaat kendiliğinden işleyen bir sistem değil, bu yolun işlemesi devletlerin tamamen kendi arzularına bırakılmıştır. Keza Ek protokol'un onaylanması şartı ile Sözleşme ferdi müracaat hakkını da kabul etmektedir.

Hemen belirtelim ki, gerek devletlerarası, gerekse ferdi müracaat yollarının tanınması halinde İnsan Hakları Komitesinin yetkilerinde bir genişleme meydana gelecek değildir. Komitenin yargılama yetkisi olmadığından tarafları bağlayıcı karar alması söz konusu olmadığı gibi, Sözleşmede yer alan hakların ihlâl edilip edilmediğini tesbit ve bunu açıklama yetkisi de yoktur. Komisyon kendisine, Sözleşme hükümlerinin ihlâl

(37) AKIN, İlhan, F., *Temel Hak ve Özgürlükler*, s. baskı (İSTANBUL - 1971), s. 102.

edildiği yolunda gelen müracaatlar üzerine sadece **uzlaştırmacı** rolü oynamakla yetinmek zorundadır (38). Gerçi, 1978'den beri Komite, bu usulün yeniden gözden geçirilmesi için çok gayret sarfetmiş fakat, bu genellikle devletlerin iş birliğini gerektirdiği için olumlu bir gelişme elde edilememiştir (39).

Bununla birlikte, Komite bazı ülkeleri insan hakları uygulamalarından dolayı açıkça eleştirmiş, mesele Şili'nin 1981 yılında vermiş olduğu raporu reddetmiştir (40). Hatta Komitenin yetkisi, daha çok usul işlemleri olmakla beraber, çoğunlukla daha etkili olmak için yetkilerini genişletmek ve böylece üye devletler üzerinde etkisini artırmak istemektedir. Nitekim İsveç ve Sengal Komitenin raporunun sonucu milli kanunlarında değişiklik yapmak gereğini duymuşlardır (41).

Gene de Birleşmiş Milletler çerçevesinde insan haklarının korunmasını sağlayacak etkili bir teşkilâtlanma meydana getirebilmiş değildir. Bunun sebeplerinden bir tanesi şüphesiz, Birleşmiş Milletler gibi geniş bir teşkilatta, birbirinden çok farklı sosyal yapılara, siyasi sistemlere ve ideolojilere sahip devletlerin aynı değerler ve bir kontrol mekanizması üzerinde birleşmemelerinin mümkün olmamasıdır. Mesela konuya daima ideolojik açıdan yaklaşan Sovyetler ve taraftarları, İnsan Hakları Komitesinin devletlerin üzerinde etkili bir kontrol kurmasını kabul etmemişlerdir (42).

Belki de bundan daha önemlisi, devletlerin böyle etkili bir kontrol mekanizmasının egemenliklerini kısıtlayacak ve dolayısıyla **iç işlerine müdahale** niteliğinde görmüş olmalarıdır. Sovyetler Birliği bu yönden de devletler üstü bir kontrol mekanizmasının kurulmasına karşı çıkmıştır. Amerika Birleşik Devletleri bağlayıcı karar alma mekanizmasına açıkça karşı çıkmamakla birlikte, insan hakları konusunda bir **çifte standard** uyguladığı görülmektedir (43). Mesela Regan yönetimi Küba gibi solcu hükümetleri açıktan açığa kınamaktan hoşlanırken, Arjantin gibi devletlerde hükümetlerin kitle halinde siyasi cinayetler işlemesine sessiz kalabi-

(38) KAPANİ, Op. cit., s. 68, Loc. cit. 32.

(39) FORSYTHE, David, P. «The United Nations and Human Rights, 1945-1985, *Political Science Quarterly*, 100 (Summer - 1985), s. 249 vd.

(40) FORSYTHE, İbid, s. 553.

(41) FORSYTHE, İbid, s. 554.

(42) KARTASHKİN, Vladimir, «The Socialist Countries and Human Rights» VASAK, Karel, ed. *The International Dimensions of Human Rights*, vol: 1-2 (PARİS - UNESCO - 1982), s. 633.

(43) Birleşmiş Milletlerde Amerikan politikası konusunda ilgi çekici bir değerlendirme için bkz. KIRKPATRİCK, Jeane, *Dictatorships and Double Standards*, (WASHINGTON - 1982).

liyordu. Bu gibi sebeplerden dolayıdır ki, hazırlık çalışmalarından bugüne kadar, ülkelerin iç işlerine karışmama kuralına sıkı sıkıya bağlı kalan Birleşmiş Milletler, İnsan Haklarının korunmasını da (İnsan Hakları Komitesinin bazı cesur teşebbüsleri dışında) egemen devletlere bırakmıştır.

3. İnsan Haklarının Avrupa Konyesi Çerçevesinde Korunması

Görülüyor ki, İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler çerçevesinde de etkili şekilde korunmasını sağlayacak müeyyideleri uygulama yetkisine sahip bir organın kurulabilmesi için henüz vakit çok erkendir. Çünkü, Birleşmiş Milletlere üye devletlerin her yönden birbirinden bir hayli farklı oluşu halen böyle bir mekanizmanın kuruluşuna engeldir. Oysa aynı sistem içerisinde yaşayan az - çok aynı kültürel değerlere sahip ve hak ve hürriyetler konusunda aralarında yüksek seviyede bir fikir birliği bulunan devletler arasında böyle bir mekanizmayı meydana getirmek daha kolay olmaktadır. İşte, Birleşmiş Milletlerin bu konuda yetersiz kalması karşısında, saydığımız şartlara sahip olan Avrupa Devletleri kendi aralarında **Avrupa Konseyini** meydana getirmişler, bu Konsey'de 4 Kasım 1950 tarihinde «**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**»ni kabul etmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi on üye devletin bunu onaylayıp onay belgelerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine verilmesi şartına bağlı olduğundan bu şart 3 Eylül 1953 tarihinde gerçekleşmiş ve Sözleşme yürürlüğe girmiştir (44).

Hemen şu noktanın belirtilmesi gerekir ki, bu sözleşmeye imza koyan devletler, bundan böyle fert hak ve hürriyetlerini sağlamak ve korumakla görevli olan devlet, bu görevini kendisinden üstün milletlerarası bir organın kontrolüne devretmiş olmaktadırlar. Bunun manası, imzacı devletlerin artık klâsik egemen devlet olma iddialarını bir tarafa bıraktıkları demektir. Artık imzacı devletler Avrupa Konseyi statüsünde belirtilen amaçları gerçekleştirmek ve dolayısıyla bu sözleşmeye uygun hareket etmek yükü altına girmişlerdir.

Avrupa Konyesi statüsünün başlangıcında Konseyinin kuruluş gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır: «...Halklarının müşterek malî alan ve her gerçek demokrasinin dayandığı fert hürriyeti, siyasî hürriyet ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin kaynağı bulunan fikrî ve ahlakî kıymetlere sarsılmaz surette bağlı olarak -Bu ülkünün korunması, tedricen hakim kılınması ve içmî ve iktisadî ilerlemenin sağlanması için aynı hisleri besleyen Avrupa memleketleri arasında daha sıkı bir birlik kurulması za-

(44) Türkiye bu sözleşmeyi 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı kanunla onaylamıştır. (R. G. 10 Mart 1954, s. 662).

rurî olduğuna kani olarak...» belirtildikten sonra statünün 1. maddesi de Konseyin amacının «...üyeler arasında... daha sıkı bir işbirliği meydana getirmektir.» denildikten sonra bu gayeye «...insan hakları ve ana hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesiyle varılacaktır.» hükmü getirilmiştir. Gene statünün 3. maddesi «Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve hükmü altında bulunan her şahsın insan haklarından ve ana hürriyetlerinden faydalanma prensibini kabul eder. Birinci fasılda yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette iştirak etmeyi taahhüt eyler» amir hükmünü koymuştur.

Konsey statüsünün bu hükümlerine uygun olarak, **İnsan Haklarının ve Ana Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Sözleşme** yürürlüğe konmuştur. Bugün bu sözleşme sekiz ek protokol ile (45) 21 ülkeyi bağlayan hukukî bir metindir. Sözleşmeyi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden ayıran en önemli yanı da budur. Beyanname, İnsan Haklarının genel bir açıklamasıyla yetindiği halde, Sözleşme âkit devletleri hukukî yükümlülükler altına sokan hukukî bir taahhüttür (46). Bu niteliğinden dolayı hürriyetleri geniş prensipler halinde değil, daha dar, sadece klâsik haklara yer vererek onları tanımlamıştır. Daha açık bir ifade ile, Beyanname gibi, hürriyetleri geniş formüllerle açıklamakla yetinmemiş, onları somut olarak tanımlıyarak sınırlarını belirleme yoluna gitmiştir.

Beyanname ile sözleşme arasındaki bu farkın sebebi, ikincisinin hukukî bağlayıcılığının ötesinde düzenlediği hak ve hürriyetlerin gerçekleşmesini denetliyecek devletlerarası bir mekanizma kurmuş olmasıdır. Bu yüzdendir ki, hak ve hürriyetler esas metinde biraz daha dar tutulmuş, hem de, denetime imkân verecek bir açıklıkta düzenlenmeleri gerekli görülmüştür.

4. Sözleşmenin Kurduğu Koruma Mekanizması

Burada Sözleşmenin insan haklarının korunmasıyla ilgili kurduğu mekanizmayı hatırlatarak, Sözleşme karşısında Türkiye'nin durumunu ele almayı uygun buluyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin en üstün tarafı ihtiva ettiği hak ve hürriyetlerin korunması için **İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Divanı** olmak üzere bir **adli** denetim sistemi kurmuş olmasıdır (m. 19). Ayrıca Bakanlar Kurulu siyasî karar organı niteliğindedir.

Sözleşme ile kolektif bir koruma altına alınmış olan hak ve hürriyet-

(45) Türkiye 4 ve 6 numaralı protokolleri imzalamamıştır.

(46) KAPANİ, Op. cit., s. 70, keza, *İnsan Haklarının...* s. 42 - 43. MERAY, Op. cit., I, s. 258; ÇELİK, Op. cit., 303.

lerden herhangi birinin bir devlet tarafından niteliği ne olursa olsun herhangi bir tasarrufla ihlâl edilmesi halinde konu şikayet yolu ile İnsan Hakları Komisyonunun önüne getirilebilir. Bu iki yolla mümkündür: Şikayet ya bir üye **devlet tarafından** veya doğrudan doğruya **fert** tarafından yapılabilir. Devletlerarası şikayet Sözleşmeye katılan bütün devletlere tanındığı halde (m. 24), ferdi müracaat, yolunun işleyebilmesi, şikayet olunan devletin bu hakkı açık bir beyan ile tanımış olmasına bağlıdır (m. 25). Demek ki, devletlerarası şikayetin aksine ferdi müracaat zorunlu bir taahhüt olmayıp, devletlerin kabulüne bırakılmış, **ihtiyari** bir yoldur. Fakat şurası bir gerçek olarak bilinmelidir ki, ferdi müracaat hakkının tanınmaması halinde, Sözleşmenin kurmak istediği denetim sistemi pek başarılı işlemecektir (47).

Şikayet konusunun Komisyonca, Bakanlar Kurulu yerine, İnsan Hakları Divanına götürülmesi için, Divanın «**mecburi yargı yetkisinin**» tanınması gerektir. İlgili devlet veya devletler ile Komisyon şikayet konu konularını Divana götürebilirler, fertlerin Divana gitme hakları yoktur. Bir yargı mercii olan Divan, önüne getirilen davada Sözleşmenin yorumu ve uygulamasıyla ilgili olarak tam yetkilidir. Bu itibarla, baktığı davada Sözleşmenin ihlâl edildiği sonucuna varırsa, şikayet olunan devletin mevzuatı, ihlâlin neticelerini ortadan kaldırmaya kafi gelmez ise, mağdur taraf lehine tazminata hükmeder. Bakanlar Kurulu bu hükmün uygulanmasını yerine getirir (n. 54).

Eğer, şikayet edilen devlet Divanın yargı yetkisini tanımamış ise, o zaman Komisyon raporunu yalnız Bakanlar Kuruluna gönderebilir. Bakanlar Kurulu ilgili devletin görüşlerini de aldıktan sonra 2/3 çoğunlukla karar verir. Komisyonun raporu ile bağlı olmayan Bakanlar Kurulu insan haklarının çiğnendiği kanaatine varırsa, ilgili devletin alması gerekli tedbirleri tesbit ederek belirli bir süre içinde bunların yerine getirilmesini ister. Verilen süre içerisinde öngörülen tedbirlerin alınmaması halinde, Bakanlar Kurulu ilgili devlete hangi müeyyidelerin uygulanacağına karar verir. Bu müeyyidelerden en çok bilineni raporun yayınlanmasıdır. Ancak, Bakanlar Kurulu bazı zamanlar, Komisyon raporunu dünya kamuoyuna değil, sadece Sözleşmeye taraf devletlere açıklayarak sınırlı yayınlama yoluna da gitmektedir. (**Kıbrıs-Türkiye Olayları**'na ilişkin kararında olduğu gibi). İnsan haklarını çiğneyen devlete karşı Bakanlar Kurulunun uygulayacağı en ağır müeyyide, bir siyasi karar ile bu devletin Avrupa Kon-

(47) GÖLCÜKLÜ, Feyyat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde «Barışçı Yoldan Çözüm», *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 41 (1986), s. 1 - 4, s. 109.

seyi üyeliğinden çıkarılmasıdır. Ancak bugüne kadar bu tür bir müeyyide Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanmamıştır (48).

Çok özet halinde verdiğimiz bu açıklamalar bize, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kurmuş olduğu bu denetim mekanizması, bir taraftan insan haklarının milletlerarası alanda korunması yönünden, diğer taraftan ise gene bu amaçla devletlerin egemenliklerini milletlerarası bir organ vasıtasıyla sınırlandırılmasında, bir kaç açıdan yeterli bulunmasa bile, en ileri atılmış bir adım olduğunu göstermektedir.

5. Sözleşme Karşısında Türkiye

Bilindiği gibi, Türkiye 8 Ağustos 1949 tarihinden itibaren bilerek ve isteyerek, kendi serbest iradesiyle Avrupa Konseyine katılmıştır. Aynı şekilde, Konsey tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini de, yürürlüğe girişinden çok kısa bir zaman sonra onaylamıştır. Böylece, Türkiye Avrupa Konseyinin amaçlarını gerçekleştirmek yolunda hukukî bir yükümlülük altına girmiş olmaktadır.

Burada hemen bir noktaya işaret etmemiz gerekiyor. Türkiye'nin Avrupa Sözleşmesini onaylamasındaki hakim düşünce özellikle insan haklarını koruma endişesi değildir. Sözleşmenin yürürlüğe girdiği yıllarda, Sovyet tehdidini bertaraf etmek için Avrupa ile bütünleşme çabalarının Sözleşmeyi onaylamasında olan etkisi açıktır. Esasen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kabulünde bile aynı endişelerin varlığı inkâr edilemez. Doğu bloku karşısında Avrupa'nın kendi içinde bütünleşme ve örgütlenme çabalarının temel taşlarından birisi de hiç şüphesiz bu Sözleşme olmuştur (49). Dolayısıyla, Batı Avrupa Devletleriyle Türkiye arasında bu bakımdan tam bir amaç birliği olduğu söylenebilir (50).

Gerçekten Avrupa devletleri kendi siyasi sistemlerini ve dayandıkları temel değerleri korumak ve geliştirmek amacıyla iş birliğine giderlerken, kendi millî hukuklarıyla kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasını sağlayamadıkları ve bu yüzden milletlerarası bir teşkilatlanmaya gitmek ihtiyacından çok, Doğu blokundan gelen tehlikenin rol oynadığı açıktır. Bu endişeler Türkiye açısından daha çok duyulduğu cihetle, bu birlik içerisinde yer alması siyasî bakımdan kendisinin lehine olduğu düşüncesi hakimdir. Türkiye çok açık olarak hürriyetçi demokrasiler safında yerini aldığını Avrupa Sözleşmesine katılmakla tercih ettiğini ortaya koymuştur.

(48) PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, (ANKARA-1989), s. 193.

(49) Bu hususta ayrıntılı bir inceleme için bkz. AYBAY, Rana, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku» *İnsan Hakları Armağanı*, XwV. yıl (ANKARA - 1970) s. 116 - 134.

(50) Aynı görüşte, MADRA, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, (ANKARA - 1981), s. 220 - 221.

Bugün 20 ülke ile birlikte Türkiye'yi de bağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk hukuku bakımından kanun hükmündedir ve Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilemez. (Anayasa m. 90). Bu durum karşısında milli makamlar Sözleşmeyi bir iç hukuk metni olarak uygulamakla görevli oldukları gibi, özellikle İnsan Hakları Divanının içtihatlarının da bu makamları bağladıklarını kabul etmek gerekir (51). Türkiye ferdi müracaat hakkını 22 Nisan 1987 tarihinde tanıdıktan sonra Divanın mecburi yargı yetkisini de 25 Eylül 1989 tarihinde tanıyarak (52) Sözleşmeyi iç hukukunun ayrılmaz bir parçası haline getirmiştir. Bundan böyle Türkiye Sözleşme karşısında tam sorumlu bir ülke durumundadır.

Bu iki gelişme olmadan önce, Avrupa Konseyi üyesi beş ülke (53), 12 Eylül 1980 darbesinden sonra başlayan dönemde Türkiye'yi bazı uygulamalarla Sözleşmenin bazı hükümlerini ihlâl ettiği gerekçesiyle İnsan Hakları Komisyonuna şikayet ettiler. Türkiye ile şikayetçi devletler arasında yapılan anlaşma gereğince şikayet konusu uygulamalar Sözleşmenin 30. maddesine göre **dostça çözüm** e (friendly settlement) bağlanarak ortadan kalkmıştır. Şaşırtıcı olan husus gerek şikayetin yapılması gerekse konunun **barışçı yoldan çözümü** Türkiye'de geniş çevrelerce tepki ile karşılanmış olmasıdır.

Şikayetin yapıldığı sırada sorumlu kişiler dahil olmak üzere, Konsey üyesi devletlerin Türkiye'nin egemenliğini çiğnediklerinden yakınirlarken, varılan çözüm şekli daha şiddetli bir tepkiye sebep olmuş, bu anlaşmanın «Türkiye'ye zorla kabul ettirildiği.» «Devlet egemenliğinin çiğnendiği» gibi tenkitler ileri sürülmüştür. Bütün bu tenkitler yapılırken de Türkiye'nin Sözleşme ile yüklendiği sorumluluklar ve yükümlülükler hiç akla ve gündeme getirilmemiştir.

Oysa Türkiye, Sözleşmeyi imzalarken 24. maddedeki devletlerin başvurusunun ihtiyarı değil, **mecburi yetki** olduğunu bilmekteydi. Gene şüphesiz bir devletin öteki devleti şikayeti, hak ve hürriyetleri çiğnenen kişilerin kendi uyruğu olması şartına bağlanmamıştır. İlave olarak **bil-cümle riayetsizlikten dolayı** şikayet hakkı bütün üye devletlere eşit olarak tanınmıştır. Sözleşmenin devlet şikayeti için somut bir ihlâl olayı aramadığını dolayısıyla şikayetin devlet mevzuatının soyut incelemesini de içerebileceğini Türkiye Sözleşmeyi imzaladığından itibaren hatta hazırlık çalışmalarından beri bilmektedir. Öyleyse, beş Konsey üyesi devletin

(51) GÖLCÜKLÜ, Op. cit., s. 168.

(52) Ferdi müracaat hakkı için (RG 21 Nisan 1987 tarih ve sayı 19438) Mecburi yargı yetkisini tanıyan karar için ise, (RG. 26 Aralık 1989 tarih ve sayı 20384).

(53) Bu devletler; Danimarka, Fransa, Hollanda, Norveç ve İsveç'tir.

şikayetinın «iç işlerine» müdahale olarak değertlendirilmesi hukukî dayanaktan yoksundur.

Şüphesiz, devlet şikayetinde «siyasî unsur» ağır bastığı için, şikayetçi devletlere gösterilen tepki haklı sayılabilir. Fakat Komisyonun uyuşmazlığı barışçı bir çözüme ulaşılması sonucunda hazırladığı rapora gösterilen tepkiler yersizdir. Çünkü, devletler hukuku kuralları gereğince, milletlerarası mercilerin yetkisi ikinci derecede yetkidir. Meselenin milli merciler önünde çözülememesi halinde konu milletlerarası merci önüne götürülebilir. Sözleşmenin barışçı çözüm yoluna, diğer yollardan önce yer vermesi de aynı sebebe dayanır. Milletlerarası ilişkilerde normal olan yol, milletlerin kendi meselelerini kendi aralarında çözmeleridir. Bunun mümkün olmaması halinde milletlerarası kuruluşların yetkisi sözkonusu olur. Komisyonun izlediği yol da bundan farklı değildir (54).

7 Aralık 1985 tarihli Komisyon raporundan anlaşılacağı üzere Türkiye, barışçı çözüm yolu olarak, 3. madde hükmünün hukuken ve fiilen sağlanması amacıyla alınan tedbirler konusunda 1 Şubat, 1 Temmuz ve 1 Ekim tarihlerinde 57. madde uyarınca Genel Sekretere rapor vermeyi kabul etmiştir. Türkiye Hükümeti ile Komisyon temsilcileri bu raporlarda verilen bilgiler konusunda, raporların verilmesini muteakip diyalog kuracaklar ve en geç 1 Şubat 1987 tarihinde varılan barışçı çözümün uygulanması ile ilgili olarak nihai raporlarını Komisyon Genel Sekreterliğine sunacaklardır (55).

Bu anlaşma ile Türkiye'nin belirli sürelerle üç rapor vermeyi kabul etmek zorunda kalması, elbette ki, sevinilecek bir durum değildir. Bu konu «egemenliğin kısıtlanması» veya «iç işlerine karışma» gibi subjektif noktalardan değil, fakat Türkiye'de meydana gelen gelişmeler sonucunda Sözleşmenin 57. maddesindeki müeyyidenin uygulanacağı ortamı hazırlaması noktasından ele alınmalıdır. Aslında bu bakış açısından yaklaştığımız zaman, demokrasi ve temel hak ve hürriyetler konusunda ne kadar yol aldığımızı göstermesi bakımından olumlu bir yönü de olmuştur denilebilir. Ama Türkiye'de ki gelişmelerin böyle bir ders olacak yönde olduğunu da söylemek güçtür.

Türkiye ferdi müracaat hakkını ve Divanın mecburi yargı yetkisini kabul ettikten sonra, Komisyonun isteyeceği her türlü kolaylığı göstermek zorunda olduğu halde (m. 28), halen bazı yetkililerin sudan gerekçelerle

(54) Aynı mahiyette görüş için, bkz. Gölcüklü, Op. cit., s. 114.

(55) Wesson, Robert, (ed), *Democracy, A Worldwide Survey*, (NEW-YORK - 1987), s. 134.

Komisyonu ifade vermektan kaçındıkları görülmektedir (56). Bu gibi davranışların Türkiye'nin eğemenliğini korumıyacağı gibi, insan haklarını ihlâl eden bir ÷lke olarak tanınmasına sebep olacağı bilinmelidir. Arzu edilen Türkiye'nin bu gibi soruşturmaları muhatap olmaması için demokrasi ve insan hakları konusunda zikzaklar çizmeden istikrarlı bir gelişme göstermesidir.

Konuya bir başka açıdan yaklaşacak olursak, gene de bu «dostça çözüm»e yöneltilen eleştirilerin ve tepkilerin yerinde olmadığı görülür. Kişi hak ve hürriyetlerinin en iyi geliştiği rejimler hukukun üstünlüğünü benimsemiş olan rejimlerdir. Ama bu rejimlerde bile, çoğu zaman siyasi iktidarın kefesi ağır bastığı için denge hürriyetler aleyhine bozulmaktadır. Bu bakımdan hukuk devletlerinde dahi, kişi hak ve hürriyetlerinin yeterince korunmadığını söylemek mümkündür. Öte yandan gerek milli gerekse uluslararası yargının üstünlüğüne beslenen inançtan ve tabii rejimin açıklığından dolayı hukuk devletinde kamu hürriyetleri kuvvetlenir (57). Konuya gösterilen hissi ve olumsuz tepkiler Türkiye'nin hukuk devleti olma yolunda aldığı mesafeyi göstermesi bakımından da ilgi çekicidir. 1984 yılı sonu itibariyle Komisyonun verdiği 400 «kabul» kararından 37 tanesi barışçı çözümle sonuçlandığı halde, şikayet edilen ÷lkelerden hiçbir tanesi eğemenliklerinin ihlâl edildiğini ileri sürmemiş, aksine en kısa zamanda çözüm şartlarını yerine getirmişlerdir (58). Türkiye'den de beklenen davranış bundan başkası değildir.

(56) Mesela Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı Komisyonu ifade vermeyi reddetmiştir. Gazete haberine göre, Adalet Bakanlığı savcı hakkında soruşturma açmıştır. Ayrıca aynı doğrultuda hareket eden üç güvenlik görevlisi hakkında da İç İşleri Bakanlığı soruşturma açmıştır. Bkz. MİLLİYET, 8 ve 9 Ocak 1990.

(57) DAY, P. J. «Civil Liberty and the Rule of Law», *Political Studies*, 31 (1983) s. 194 - 204.

(58) Dostça çözüme ulaştırılan bazı şikayetlerin neticeleri hakkında bkz. GÖLCÜKLÜ, Op. cit., s. 115 - 117.

DEMOKRASİ VE SİYASİ TERÖR

Dr. Hayati HAZIR (*)

GİRİŞ

Siyasi terör, uzun zamanlardan beri totaliter rejimlerin ayırıcı bir özelliği olarak görülmüş ve totalitarizm bu unsurla birlikte tanımlanmıştır (1). Bu yaklaşım genel olarak doğru kabul edilse bile, zor ve şiddet kullanma tekeli devletin ayırt edici özelliği olduğundan diğer rejimlerde de şekli, miktarı, yolları farklı olmak kaydıyla bu yola başvurulmaktadır. Modern baskı rejimlerinde hiçbir kabul edilebilir gerekçe olmadan bir çok insanın hayatını kaybettiği, toplama kamplarına sürüldüğü, seyahat ve yerleşme hürriyetlerinin engellendiği, kısaca siyasi muhalefet üzerinde yoğun bir siyasi terör uygulandığı bilinmektedir. Bu bakımdan totaliter sistemlerde terörün değişik sebeplerden kaynaklanmasına ve farklı özellikler taşımasına karşılık (2), başka rejimlerde de sıkıca varlığına rastlanmaktadır.

Eğer devleti Max Weber gibi meşru veya meşru olduğu farzedilen fiziki şiddet kullanımını tekelinde bulunduran bir insan topluluğu (3) diye kabul edersek devlet ülkesini ve bu ülke içinde yaşayan insanlar üzerinde denetim sağlamaya çalışan bir teşkilatlanma olarak karşımıza çıkar. Devlet kendi sınırları içinde genellikle engelleyici olmakla birlikte, günümüze kadar gözle görülür şekilde terörist siyaset izledikleri de bilinmektedir. Çok gerilere gitmeden Fransız İhtilalinde Rebesprerre'den günümüz Şili'sinde Pinochet'ye kadar birçok devlet, «devlet düşmanlarını» takip etmiş ve çoğunu, hiçbir yargı kararına dayanmaksızın veya sözde yargılama sonucunda idam etmişlerdir. Bazı ülkelerde, meselâ günümüzde bazı Latin Amerikan ülkelerinde adli organların faaliyetlerine yardımcı

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

- (1) FRIEDRICH, C., BAZEZINKSKI, Z., *Totaliter Diktatörlük ve Otokrasi*, Çev. Ünsal Oskay (ANKARA - 1964), ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism* (NEW-YORK - 1968).
- (2) Totaliter rejimlerde terörün yeri konusunda farklı bir değerlendirme için bkz. LINZ, J. Juan, *Totaliter ve Otoriter Rejimler*, Çev. E. ÖZBUDUN (ANKARA - 1984), s. 44 vd.
- (3) GERTH, Hans - MILLS, C. Wright, *From Max Weber*, (GLENCE, ILLINOIS - 1958), s. 78.

olmak gerekçesiyle, hukuka aykırı, siyasî birçok ölüm olaylarının meydana geldiği bilinmektedir (4).

Son zamanlarda sık kullanılan bir terim olan «devlet terörü» ile kastedilen, siyasi iktidarın, muhalif ve düşman saydığı gruplara karşı şuurlu ve sistemli yıldırma hareketleri ise, bu tür hareketler sadece totaliter rejimlerde meydana gelmemektedir (5). Aksine totalitarizmin özelliklerini taşımayan birçok çağdaş rejimlerde de bu tür teröre rastlamak mümkündür. Çoğu kez Üçüncü Dünya Ülkelerinde görülen ve çeşitli şekillerde uygulanan bu tür terör, tutuklanıp hapishaneye konulan insanlara haysiyet kırıcı davranışlardan yakınlarıyla görüştürülmemeye, hatta bu kişilerin suçlarının ispatlanmış gibi basına açıklamalarda bulunmaya kadar varan psikolojik ve toplumsal işkence şeklini alabilir (6).

Bu incelemede bizim ilgi alanımız terörün bu yönü değildir. Günümüzde terör demokratik rejimleri de tehdit ettiğinden, demokrasinin terör eylemlerine bakış açısını ve bunlarla mücadele metodlarını ele almak amacındayız. Gerçekten demokrasinin kendi kendisini inkar etmeden terör ve terörizmle mücadele etmesi sanıldığı kadar kolay değildir. Bu sebeple, konumuzu bu çerçeve içinde ele almayı ve devlet tarafından insan haklarına karşı antidemokratik metodlarla ve vasıtalarla yapılan ihlalleri inceleme kapsamı dışında bırakıyoruz.

I. SİYASİ TERÖRİZM

1) Siyasi Terörizmin Tanımı

Şüphesiz terörizm yeni bir olgu olmamakla beraber, milletlerarası alandaki etkileriyle dünya kamuoyunun dikkatlerini üzerine çekmeye başlaması oldukça yenidir. Terörizmin birden çok çeşidinin mevcut olması ve aynı zamanda ortaya çıkan ahlâki ve siyasi değerlendirmedeki farklılıklar, meselâ dün terörist olarak nitelendirilenlerin bugün «bağımsızlık savaşçısı» olarak görülüp alkışlanmaları yüzünden objektif bir tanımla yapılamamaktadır (7). Terörist eylemler üzerinde bir değer yargısının-

-
- (4) Bkz. STOHL, Michael, «National Interests and State Terrorism in International Affairs» *Political Science*, 36 (July - 1984), s. 39 - 40.
- (5) Aksi düşünce için bkz. DAVER, Bülent, «Demokrasinin Temel Prensipleri ve Terörizmle Mücadelede Bu Prensiplerin Önemi», *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, (1986).
- (6) Bu yönde bir inceleme için bkz. ORUKA, H. Odera, «Yasol Terörizm ve İnsan Hakları», *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri* (Sempozyum, Hacettepe Üniversitesi, 9 - 13.6.1980), (ANKARA - 1982), s. 137 vd.
- (7) FERRACUTI, Franco, «Terörizm Teorileri», *Uluslararası Terörizm ve Uyuşturucu Madde Kaçaklığı*, (Sempozyum), (ANKARA - 17 - 18 Nisan 1984), s. 218.

da bulunmayı güçleştiren en önemli engel, şüphesiz 'bu eylemlerde ideolojik ve psikolojik faktörlerin karmaşık, bulanık bir halde bulunmasıdır. Terörizmle ilgili oldukça birbirinden hayli farklı tanım bolluğu ile karşılaşmamızın başlıca sebebi bu olmalıdır.

Bizim amacımız siyasi terör karşısında demokratik rejimin takınması gereken tavrı belirlemektir. Bu sebeple benimseyeceğimiz tanımın da bu amaca uygun düşmesi icab eder. Buna göre, bir eylemin terörist eylem sayılabilmesi için onun devlet iktidarını etkilemek, ele geçirmek veya korumak amacıyla masum kişilere korku vermek veya onları itaatkâr bir davranışa zorlamak amacıyla seçilen bir siyasi mücadele yöntemi olan şiddet eylemi olması gerekir (8).

Bu tanım yukarıda devlet terörü veya kanuni terörizm terimi ile nitelendiğimiz devletin iç ve dış düşmanlarına karşı girişeceği terörist hareketleri de kapsar. Fakat hemen belirtelim ki, devlet tarafından yapılan bütün şiddet hareketleri terör olarak nitelendirilemez. Her halde terörizmin mağdura vereceği fiziki zarardan ziyade, daha geniş amaçları olduğunu anlamak gerekir. Başka bir ifadeyle, bir şiddet hareketinin «terörizm» olarak nitelendirilebilmesi için onun toplumda yarattığı psikolojik etkilerinin fiziki sonucundan daha büyük olması gerekir. Terörün yayılma stratejisinin tabii bir sonucu olan, önceden tahmin edilmesi çok güç keyfi ve kurnalsız hareketler onun psikolojik etkisinin, fiziki etkisinden daha yaygın ve yıldırıcı olmasını sağlamaktadır (9).

2) Siyasi Terörizmin Mahiyeti ve Stratejisi

Görülüyor ki, siyasi terörizmle diğer şiddet türleri arasında önemli bir mahiyet farkı vardır. Terörist şiddete başvururken hiçbir «insani» ve «ahlâki» sınır tanımamakta, iman ettiği siyasi amaç uğruna her türlü vasıtayı kullanarak ve hiçbir fark gözetmeksizin herkesi hedef almaktadır. Meşru savaş ve barış kurallarını reddeden teröristler, adeta vahşet yaratmak hususunda görevlendirilmiş ve mutlak yetkili olduklarına kendilerini inandırmaktadırlar (10). Bu durum «saf terör» hareketlerinin mahiyetlerini ve hedeflerini belirlemesini zorlaştırdığından tatmin edici bir tipoloji yapmak da mümkün olmamaktadır.

Wilkinson, mahiyetleri ve stratejileriyle sınırlı olarak siyasi terör ha-

(8) Krş. FERRACUTI İbrd: STOHL, op. cit., s. 38.

(9) CRENSHAW, Martha, «Terörizmde İdeolojik ve Psikolojik Faktörler», Çev. A. Yayla, *Yeni Forum*, 248 (Ocak - 1990), s. 38 - 45; 249 (Şubat 1990), s. 47 - 54.

(10) WILKINSON, Paul, «Terrorist Movements», *Terrorism, Theory and Practice*, ed. Yonah Alexander, at. al. (COLORADO - 1979) s. 100 - 101.

reketlerinin dört büyük gruba ayrılabilceğini söylemektedir: 1) Milliyetçi, muhtariyetçi etnik azınlık hareketleri; 2) Sosyal kurtuluş veya adalet arayan bazı gizli cemiyetler veya ihtilâci mezhepler; 3) Sürgün veya göçmen irrentidist gruplar ile ayrılıkçılar veya ülkelerine yönelik ihtilâci gaye besleyen örgütler; 4) Genellikle muğlak «ihtilâci dünya» gayesi adına bir veya daha çok ülkeden lojistik destek gören ve milli sınırları aşan, dağılmış terörist çeteler (11). Bu genel tipolojinin dışında, zayıf olmakla birlikte değişik hareketler ve franksiyonlar da bulunabilmektedir. Bu yüzden belirli terör gruplarını aynı şemsiye altında toplamak çok güçtür.

Gerçekte terörizmin tipolojisini yapmakta karşılaşılan en büyük güçlük, onun mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Ferracuti'nin isabetle belirttiği gibi (12), terörizm, teröristin zihninde cereyan eden hayali bir savaştır ve dolayısıyla bu savaş ancak kendi yönünden geçerlidir. Bu hayali savaşı tanıyıp kabul etmeyen büyük kütleye karşı, terörist korku yaymak suretiyle düşman kabul ettiği toplumun istikrarını bozmaya çalışmakta sınırlı kalmaktadır. Terörist küçük grup, düşman olarak nitelendirdiği büyük gruba karşı savaşırken, savaş sebebi saydığı anlaşmazlığını tek taraflı kuvvet kullanımı ile çözmeye çalışır. Böylece, ihtilâl adına tahripler ve ölümler sürüp gitmektedir.

Teröristin hayalinde yarattığı ve uygulamaya koyduğu savaşta bir çok tahrip projeleri uygularken karşısına aldığı gruptan aynı şekilde karşı tepki ile karşılaşmadığından terörün şiddetini artırmaya devam etmek suretiyle, kendisinin muhatap alınmasını sağlamaya çalışır. Bu sebeple, teröristler hiç bir zaman eylemden kaçınmaz. Onların kuvvetli siyasi ve ideolojik mitlere bağlı olması, korumaya veya elde etmeye çalıştıkları «değerlerin» düşman olarak kabul ettikleri toplum tarafından tehdit altında bulunduğuna inanmaları yüzünden anlaşmazlık konularını azaltma yoluna da gitmeleri söz konusu olamaz (13).

Görülüyor ki, terörizm düşman ilân edilen topluma karşı tek taraflı ilân edilip başlatılan kural dışı bir savaştır. Çoğu zaman hayali savaşın, tek belirleyicisi, ideolojiler ve inançlar olduğu kabul edilir. Gerçekten terörist örgütlerin üyeleri dünyayı yorumlarken, dışarıdan aldıkları bilgiyi

(11) WILKINSON, Ibid, s. 104, Krş. FERRACUTİ, op. cit., s. 221. Bu tipoloji hakkında geniş açıklamalar için bkz. WILKINSON, Paul, *Terrorisme and the Liberal State* (LONDON - 1977), s. 47 - 64.

(12) FERRACUTİ, op. cit., s. 228.

(13) Teröristin amacı kendisinin bir savaş rakibi olarak tanınmasını sağlamak olduğundan, barışçı çözümlere yanaşması beklenemez. Çünkü onun gözünde önemli olan toplum barışı değil, kişiliği ortadan kaldırması gereken düşman varlığıdır.

süzgeçten geçiren, sansür eden organize inanç sistemleri çerçevesinde hareket ederler. Belirli siyasi durumlarda birbirine benzemesine bile paylaşılan bu inançlar kuralsız savaşın temelini oluşturmaktadır.

Bu noktada ele alınması gereken bir mesele karşımıza çıkmaktadır: Acaba sağ ve sol terörizm arasında inanç sistemleri yönünden bir mahiyet farkı var mıdır? İşin bu yönü ile ilgilenen araştırmacılara göre (14), terörizm «teori ve pratikte» tek bir hadisedir ve dolayısıyla aralarında hiç bir mahiyet farkı yoktur. Gerçekten, ister sağ, ister sol olsun bir terörist örgüt için en zaruri olan şey meşruyu gayrimeşru, gayrimeşruyu da meşru hale getirerek hayali savaşını sürdürmektir. Asker hüviyetinde görülme arzusu her çeşit terörist inanç sistemi açısından ortak bir özelliktir.

Ancak, şiddetli haklılaştırma açısından konuyu ele aldığımız zaman sağ ve sol terörist inanç sistemleri arasında bir paralellik bulmamız mümkün görünmemektedir. Bizim bu konu üzerinde derinlemesine durmamız mümkün değildir (15). Burada sağ ve sol terörist grupların kendilerini ve eylemlerini meşrulaştırma ve ahlâkileştirme gayretleri sadece kendi inanç sistemleri yönünden ayrıldığını, fakat nihai hedefin ve bu hedefe ulaşmak için kullanılan metodların aynı olduğunu belirtmekle yetiniriz.

II. DEMOKRATİK REJİMİN SİYASİ TERÖR KARŞINDA DURUMU

1) Demokrasi Üzerinde Birkaç Söz

Demokrasinin bilinen yaygın tanımı «halk tarafından yönetim» şeklindeki kelimenin manasından çıkarılan tanımdır. Fakat demokrasi üzerinde çalışan yazarlar bir taraftan haklı olarak bu tanımı yeterli bulmamakta, öte taraftan ise üzerinde fikir birliğinin sağlandığı bir tanım verememektedirler. Her yazarın kendi yaklaşımına göre yaptığı tercihten doğan bu tanım bolluğu, bir bakıma anti-demokratik tezlerin doğmasına yol açmıştır denebilir. Gerçekten, anti-demokratik doktrinler öncelikle demokrasinin tarif edilmezliğine ve bu yüzden de «imkânsız» olduğu esasına dayanmaktadır (16).

Hiç şüphesiz demokrasi, halkın tercihleri doğrultusunda yapılan bir yönetim olarak idealleştirildiğinde, böyle bir idealin bugün için gerçekleş-

(14) HORBWITZ, I. L., «The Routinization of Terrorism and its Unanticipated Consequences» M. Crenshaw (ed) *Terroris, Legitimacy and Power The Consequences of Political Violence* (CONNECTICUT - 1987), s. 48.

(15) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CRENSHAW, op. cit., *passim*.

(16) Demokrasinin imkânsızlığı konusunda etraflı bilgi için bkz. SPITZ, David, *Anti Demokratik Düşünce Şekilleri*, Çev. Şiar Yalçın (ANKARA - 1969), *passim*.

tiğini savunmak mümkün değildir. Ancak demokratik rejimlerin halkın büyük çoğunluğunun arzularına mümkün olduğu nisbette cevap vermesi halinde düzenli ve istikrarlı işlemlerini sürdürebilecekleri görülmektedir. Nitekim uygulamada aralarında farklılıklar bulunsa bile, başarılı demokrasiler, elit kadrolara dayanan demokrasiler değil, halkın taleplerine cevap verebilen demokrasilerdir (17). Zaten halka rağmen demokratik rejimin varlığını sürdürmesini düşünmek akıl dışıdır.

Herşeyden önce demokrasiyi dönmuş, değişmez kalıplar içinde işleyen ve varlığın devam ettirebilen bir rejim olarak görmek mümkün değildir. Toplumun dinamik yapısı dikkate alındığında, insanların istek ve ihtiyaçlarından meydana gelen değişimler ve gelişmeler ile birlikte iktidara ağırlıklarını koyma arzuları da artmaktadır. Demokrasi, kayıtsız şartsız yönetilen toplum olmaktan uzaklaşıp, yönetimde varlığını duyurmaya çalışan katılma talebine cevap verdiği oranda kuvvetli olacaktır (18). Demokrasinin kendisini inkâr etmeden gene kendisine yönelecek tehdit ve tehlikeleri ancak bu şekilde bertaraf etmesi mümkündür. Alturist duyguların öncelik aldığı bir sistemin zorlayıcı tedbirlerle yaşatılması ümit bile edilemez.

Esasen demokrasinin toplumda çıkan ve çıkması muhtemel anlaşmazlıkları çözmeye şiddet kullanma ihtiyacını ortadan kaldırmada diğer hükümet sistemlerine göre üstünlüğü onun bu katılımcı karakterinden gelir. Katılma kanallarının yeterince ve iyi işlemesi halinde her çeşit anlaşmazlık konusunun şiddete varan çatışmaya dönüşmeden çözülmesi mümkün olabilmektedir (19). Eğer bir toplum belirttiğimiz nitelikte bir demokratik yönetime sahip ise, o toplumda meydana gelecek hızlı ve büyük değişiklikler sırasında şiddet olaylarının meydana gelme ihtimali çok azdır. Ama bu demokrasilerin hiçbir zaman şiddet olaylarıyla karşılaşmıyacağı anlamına gelmez. Şüphesiz demokrasi de siyasi şiddetin tehdidi altındadır; fakat bununla mücadele edebilecek güç ve vasıtalara sahiptir.

Demokrasinin bu açıdan üstün olan tarafın diğer rejimlerin yaptığı gibi, kendine karşı güvensizlik duyarak korku salan bir propoganda ve sansüre başvurmamasıdır. Yani demokrasi, totaliter rejimler bir tarafa bırakılırsa, istikrarsız rejimler gibi sürekli kendisinin tehdit altında bu-

(17) Demokratik teorilerde yeni gelişmeler üzerinde derli toplu özlü bilgi için bkz. KAPANI, Mühci, «Demokratik Teori Alanında Bozulan Yeni Görüş ve Tartışmalar», *Bülent Nuri Esen Armağanı* (ANKARA - 1975), s. 205 - 219.

(18) Modern demokrasinin bu yönde değerlendirilmesi için bkz. BARBER, R. Benjamin, *Strong Democracy, Participatory Politics for New Age* (LOS ANGELES - 1984), s. 117 vd.

(19) COHEN, Carl, *Democracy*, (NORT CAROLINA - 1971), s. 224 - 228.

lunduğu korkusu içinde değildir. Ancak, elbette ki, demokrasilerin de tehditler karşısında gösterebileceği müsamahanın bir sınırı vardır. Gerçekte hiçbir toplum kendi güvenliğini tehlikeye sokacak sınırsız bir propogandaya müsamaha edemez (20). Aksine bir davranış demokratik rejimin kendi kendini inkâr anlamına gelir. Her ne kadar bir «inanma ve inandırma» rejimi olduğu söylenen demokrasinin hiçbir zaman kuvvet kullanmayacağını ileri süremeyiz. Ne kadar müsamahalı olursa olsun, demokrasinin de kendisini tehdit eden şiddet hareketleri karşısında hareketsiz kalması beklenemez (21).

Özetleyecek olursak demokrasi sadece bir seçilmiş edil «poliarşi»si değildir (22). Mümkün olduğu genişlikte halkın isteklerine cevap verdiği, yani halkın karar alma sürecine katılması sağlandığı oranda demokrasi ideale yaklaşmış olacaktır. Demokrasinin bir yönetim şekli olarak kuvveti ve zayıflığı yönetenlerle yönetilenlerin arasındaki ilişkilerin mahiyetine bağlıdır. Kısaca yönetenler, demokrasilerde halkın ve bunun sadece «seçim» olmadığını bilmeleri, onların kamu siyasetinin oluşmasına katılmalarını sağlamaları, kısaca halkın menfaatleri doğrultusunda hareket etmek zorunda olduklarının şuurunda olmaları gerekir (23).

Bu şekilde kurulup yerleşen demokratik rejimlerde görülmesi muhtemel olan siyasi terör hareketleri, rejim zedelenmeden nasıl önlenebilir? Bu sorunun cevabı sanıldığı kadar kolay değildir. Çünkü demokrasi devlet terörüne itibar edemeyeceği gibi, terör odaklarının başvurdukları metodları da kullanamaz. Kısaca, demokratik devlet hukuk içinde kalarak bu zor görevi yapmak zorundadır.

2) Siyasi Terör Karşısında Demokrasi

a) Siyasi Açıdan Yaklaşım

Bir iddiaya göre, demokrasinin diğer rejimlere göre asıl üstünlüğü insan haklarına büyük değer vermesinde görülür. Bu sebeple, demokrasinin başta insan haklarının savunulması ve rejimin liberalleşmesi mak-

(20) QUALTER, H. Terence, *Opinion Control in the Democracies*, (LONDON - 1985), s. 237 - 238.

(21) Doktrinde hararetle tartışmalara sebep olan bu konu, yani «hürriyeti yok etme hürriyeti» konusu incelememizin kapsamı dışında kalmaktadır. Konu üzerinde özlü bilgi edinmek isteyenler, KAPANİ, Münici, «Freedom to Destroy Freedom. Its Meaning and Implications» Ernst E. HIRCH'e *Armağan* (ANKARA - 1964) dan ayrı basım.

(22) Demokrasinin bu yönde değerlendirilmesine örnek olarak bkz. SARTORI, Giovanni, *Democratic Theory* (NEW - YORK - 1965), passim.

(23) LIVELY, Jack, *Democracy* (OXFORD - 1981), s. 30.

sadiyle totaliter ve otaliter rejimlerdeki şiddet hareketlerinin caiz olduğunu kabul ettiği söylenmektedir (24). Bu düşüncede olanlar, eğer bunun tersi doğru ise, o zaman Afganistan mücahitlerine ve Güney Afrika'da ki siyah hürriyet hareketine verilen desteğin açıklanmasında güçlük çekeceğini savunmaktadırlar.

Öte yandan demokratik rejim bir defa kurulduktan sonra durum değişecektir. Çünkü böyle bir rejimde azınlıklar da dahil olmak üzere bütün vatandaşların hakları garanti altına alınmıştır. Fertlere, siyasi fikir ve kanaatlerini meşru yollardan açıklama imkanı tanındığı cihetle şiddet hareketlerine başvurmaya gerek kalmamaktadır. Bir yazarın ifade ettiği gibi :

«Genellikle liberal demokrasilerde ızdıraplı azınlıklar liberal devlete katılma haklarına ve tam bir korunmaya sahiptirler. Onların bu haklardan istifade etmesine devlet veya başka gruplar ya da franksiyonlarca herhangi bir saldırı olmadığı halde, siyasi amaçları için şiddete başvurmaları ahlâken kabul edilemez. Azınlıklar belirli şikayet konularını düzeltmek veya özel arzularını gerçekleştirmek arzusu ile de olsa şiddet kullanarak çoğunluğu veya devleti taleplerini kabule zorlamaları asla doğru olamaz. Onlar, muhalefet, lobi, siyasi partiler, baskı grupları, basın yayın ve barışçı protesto gibi normal demokratik tartışma kanallarını tam olarak kullanma yetkisine sahiptirler. Fakat kendilerini ikna, uzlaşma ve barışçı müzakere ile sınırlamalıdır... Belirttiğimiz nadir ve çok olağanüstü şartlar dışında, bir demokratik devlette siyasi şiddet mazur görülmemeli. Eğer şiddet bir devlette, grupların siyasi maksatlarına ulaşmak için normal vasıtalar olarak kabul edilirse, liberal demokrasiye elveda denilebilir» (25).

Demokrasilerde «**nadir ve çok olağanüstü şartlar**» da şiddete başvurulabileceği birkaç yönden tenkit edilmiştir. Bunlardan birincisi, liberal demokrasilerde kuvvet eşitsizliklerinin, söylendiğinin aksine çok büyük olduğu görüşüne dayanan demokratik eleştiridir. Buna göre, elitist sosyal yapı ve kapitalist ekonomik sistemde normal devlet işleri üst düzeyde karar alma hakkına sahip olanlara ulaşan kimselerin etkisinde görülür. Bu bakımdan eşit siyasi haklar nazariyesi iktidarın gerçek yapısının kime hizmet ettiğini gizleyen bir kılıftır ibarettir. Bu şartlar altında yerleşmiş iktidar eşitsizliklerini dengelemek için şiddet hareketleri kullanılabilir. Ama bu terör değil, belki bir çok liberal yazarın kabul ettiği gibi, kendi menfaatlerinin karar alma mekanizması dışında bırakılan kimsele-

(24) Mks. MILLER, David, The Use and Abuse of Political Violence, *Political Science* 32 (1984), s. 406 - 407.

(25) WILLINSON, *Terrorism and the Liberal State*, s. 40.

rin başvurdukları meşru bir ifade tarzı olan medeni direnmedir. Kısaca bu görüşte olanlara göre, eğer şiddet bir siyasi sistemde gerçek demokrasi seviyesini yükseltmek için yapılıyorsa o takdirde kabul edilebilir (26).

Liberal görüşe yöneltilen ikinci eleştiri «*insani*» olarak adlandırılabilir. Demokrasinin eşitliği ve refahı yükselteceği iddiasında olması karşısında, bu amaçla başvurulacak şiddet, demokrasiyi zedelese bile makul karşılanabileceği iddia edilmektedir. Meselâ, demokratik bir hükümeti emperyalist bir savaşın dışında kalmaya zorlamak veya bir dış yardım programını engellemek maksadıyla şiddet kullanılabilir. Bu görüşe göre, şiddetin toplumda yaratacağı acıları görmemezlikten gelerek ona ifrata kaçan bir önem vermiş oluruz (27).

Demokratik devletin siyasi şiddet ve terör karşısında takındığı tavra yöneltilen bu iki eleştiri çeşitli yönlerden tenkit edilebilir (28). Şüphesiz yoğun ve tahrip edici bir gençlik kazanmadıkça, halkın direnişi meşru kabul edilir. Ama şiddet derecesine varan direnmeler devlet ve toplum için büyük tehlike oluşturmaktadır. Bu durumda devletin şiddet karşısında pasif kalması beklenemez. Hiç bir açık düşünceli demokrat bile, devletten bunu bekleyemez; hatta teröristleri basın organlarında cesaretlendirici yayınlar yapılmasını kabul edemez (29). Demokrasinin hayatını sürdürmesi, amacı ne kadar idealist olursa olsun, kendine yönelecek tehditlere ve tehlikelere karşı, zamanında, araç - amaç ilişkisine uygun tedbirler almasına bağlıdır.

Siyasi terörizm karşısında demokratik devletin olması gerekli hukuiki tedbirleri ele alacağız. Burada basın yayın organlarının sorumluluğu üzerinde kısa da olsa durmayı yararlı görüyoruz.

Siyasi şiddet olaylarının propogandasına basın yayın organlarının alet edildiği eskilerden beri görülmüştür. Meselâ 1890'larda Fransız anarşistlerinin Paris'te giriştikleri bombalı saldırının, diğer Avrupa ülkelerinin başkentlerinde terör hareketlerine sebep olmasında, anarşistleri öven nutuların günlük gazetelerde yer almasının büyük rolü olmuştur (30). İhtilâlciler terör grupları tanınmalarını ve meşruiyetlerini sağlama-ları için her fırsatta basından yararlanmanın yollarını aramışlardır. Böy-

(26) HONDERİCH, T., *Violence for Equality*, (HARMONOSWORTH - 1980), ch. 4.

(27) HONDERİCH, ibid, ch. 5.

(28) Bu eleştiriler için bkz. MILLER, op. cit., 408 - 410.

(29) QUALTER, ap. cit., 239.; Terörizm karşısında basının tutumu üzerine bkz. ALEXANDER, Yonah, «Terrosim and The Media, Some Consideration» *Terrosim, Theory and Praticce*, s. 159 - 173.

(30) MILLER, op. cit., s. 414.

lece, sürdürmeye azimli oldukları hayali savaşlarına hizmet etmek için kendilerince oyunu kurallarına göre oynamak zorundadırlar (31).

Burada problem haberin ilk elden alınması değil, fakat verilmiş şeklidir. Çoğu kez, gazeteler ticari amaçlar sebebiyle şiddetle ilgili sadece maddi olayları vermekte, fakat faillerin asıl amaç ve maksatlarına temas etmektan kaçınmaktadırlar. Şüphesiz bu durum T.V. haberciliği açısından son derece önemlidir. Genellikle haberlerde haber değeri taşımayan tartışma ve olayları analiz etme arka plâna itilmekte veya hiç verilmemektedir. Genellikle programcıların ve editörlerin teröristlerin amaçlarına dair yer verilmesine istememeleri, bunların seyirciyi veya okuyucuyu sıkacağıını düşünmelerindendir (32).

Aslında hükümetler de, şiddet faillerinin mümkün olduğu kadar adi suçlu gibi görünmelerini sağlamak için şiddet olaylarının yorumlanmasını istememektedirler. Basın yayın organlarından yapılacak yorumlar kamu oyununda onlara karşı sempatinin artması endişesiyle kamuya ait basın yayın araçlarını kontrol ederler, gazeteleri ve yayın evlerini de şiddet faillerini sempatik gösterecek yayınlardan kaçınmaya zorlarlar. Ancak hükümetlerin, demokrasilerde basın üzerinde doğrudan doğruya kontrol kuramayışı yüzünden hiç bir zaman basınla arası iyi olmamıştır. Meselâ Amerika'da hükümetler daima basını şiddet olaylarını teşvik etmekle suçlamışlar ve bu konudaki şikayetlerini her vesile ile dile getirmişlerdir (33).

Basının demokrasinin en önemli kurumları arasında yer aldığına hiç şüphe yoktur. Serbest ve sağlıklı bir basın, halkın kamu siyasetinin yürütülmesine katılmasını sağlayan başlıca vasıta olduğu cihetle her demokraside büyük bir öneme sahiptir (34). Bu önem aynı zamanda basının sorumluluğunu da beraberinde getirir. Bu sorumluluk esas yönü ile rejime karşıdır, hükümete değil. Öyleyse basın ister ülke içinde isterse ülke dışında olsun ticari gayelerle terör eylemlerine destek verir tarzda davranamaz. Aksine bir davranış vatandaşın haber alma hakkını da ihlâl anlamına gelir. Terörist eylemlerle ilgili olarak doğru haber alamayan vatandaşların rejim hakkında şüpheye düşmesi gayet tabiidir. Dolayısıyla, çoğulcu demokratik rejimin korunmasında diğer kurumlar kadar, belki de onlardan daha çok basına sorumluluk düşer.

(31) MILLER, *ibid*, Örnekler için bkz. ALEXANDER, *op. cit.*, s. 162.

(32) Telekominikasyon teknolojisinin katılımcı demokrasi içindeki fonksiyonu için bkz. BARBER, *op. cit.*, s. 273 - 278.

(33) Amerika'da basının terör konusundaki tutumundan çeşitli vesilelerle yönetim tarafından yapılan şikayetlerle ilgili olarak bkz. ALEXANDER, *op. cit.*, s. 163 - 164.

(34) COHEN, *op. cit.*, s. 158.

b) Hukuki Açıdan Yaklaşım ve Tedbirler

Siyasi terörün hiçbir fark gözetmeksizin bütün masum insanları hedef alması karşısında, milli seviyede alınan siyasi ve hukuki tedbirlerin yetersiz kalması sebebiyle, bu konuda milletlerarası işbirliğinin zarureti ortaya çıkmıştır. Ondokuzuncu yüzyılda bazı ülkeler terörizm ve siyasi aşırılıklara karşı bazı kanuni düzenlemeler yapmak yoluna gitmişlerse de (35), yirminci yüzyıla gelinceye kadar terörizmi kontrol konusunda milletlerarası bir işbirliğine gidilememiştir. Bir bakıma terörizm çağı olarak nitelendirilen yüzyılımızda ise bu alanda çok sıkı bir işbirliğinin aciliyeti ni ortaya koymaktadır.

Geçmişte, terörist hareketlerin mahalli kalmasına teknolojik gelişmelerin bugünkü seviyede olmaması sebep gösterilebilir. Gerçekten kit- le iletişim araçlarındaki hızlı gelişmeler terörizmin de dünya genelinde bir bakıma reklamının yapılmasına sebep olmuştur. Özellikle ulaşım va- sıtalarındaki gelişmeler faaliyetlerin mahiyetini ve yönünü dramatik şe- kilde değiştirmiştir. Meselâ, çok farklı milliyetlere mensup kişilerin bulun- duğu bir yolcu uçağının kaçırılmasının amacı hedef ülkeyi baskı altında tutmaktır veya ilgisiz insanların rehine alınmasından maksat, o ülkede kendi davalarının reklamının yapılmasına yöneliktir. Kara Eylül teröristle- rinin 1972 Münih Olimpiyatlarında yaptıkları kanlı baskının amacı bir yan- dan, Filistin halkının içinde bulunduğu durumu dünyaya tanıtmak, öte ta- raftan da Federal Almanya'yı, İsrail'i Filistinli mahkumu serbest bırakma- ya zorlamasını temin etmektir. Dokuz rehine, beş terörist ve bir polisin ölümü ile sonuçlanan bu olayda terörizm genellikle başarılı olmuş ve dünya kamuoyu dikkatlerini Filistin sorununa çevirmiştir (36).

Bu ve benzeri olaylar terörizme milletlerarası bir boyut kazandırmış- tir. Bunun beklenen sonucu ise, hem siyasi hem de hukuki alanda işbir- liğine gitmek olmuştur. Bu amaçla gerek Birleşmiş Milletler çerçevesinde gerekse bölgesel çerçevede birçok kararlar alınmış ve düzenlemeler ya- pılmıştır (37). Ancak günümüze kadar milletlerarası alanda meydana ge- len gelişmeler küçümsenmemekle birlikte, tam anlamıyla bir başarı elde edildiği de savunulamaz. Bunun başlıca iki sebebi vardır.

Birincisi, kendi kaderini tayin hakkının yeterince açık olmamasıdır.

(35) Özellikle Nazi tehdidi ve şiddeti karşısında bazı Avrupa ülkelerinin aldığı kanuni tedbirler konusunda bkz. LOEWENSTEIN, Karl, «Legislative Control of Political Extremism in European Democracies» (*Columbia Law Review* 38 (1938), s. 591 - 622, 725 - 774.

(36) WARDLAW, GRANT, *Political Terrorism* (CAMBRIDGE - 1984), s. 104.

(37) Bkz. GREEN, C. L., «The Legalization of Terrorism» ed. Yonah Alexander, *Terrorism : Theory and Practice*, ch. 8. WARDLAW, op. cit., s. 105 - 121.

Toplumların kendi kaderini tayin hakkı için yaptıkları mücadelenin mesruiyet sınırının belirlemekte bir ittifak yoktur. Bu amaçla yapılan milletler arası düzeni zayıflatmaya veya başka bir devletin istikrarını bozmaya yönelen eylemlerin bazı ülkeler tarafından benimsenmesi, milletlerarası işbirliğini zayıflatmaktadır. Başka bir sebep ise, bazı özel saldırılara karşı milletlerarası işbirliğinin mümkün olmamasıdır. Meselâ, milletlerarası posta ile, bombalı mektuplar veya diğer patlayıcı maddelerin gönderilmesi. Hedef ülke istemedikçe bazı terörist hareketlerin önlenmesi için hiçbir şeyin yapılması mümkün değildir. Bu türden terör olaylarının engellenebilmesi için asgariden milletlerarası uyumun bulunması zarureti vardır (38).

Milletlerin terörizme bakış açıları çeşitli sebeplerle birbirinden çok farklı olduğundan, bu konuda milletlerarası bir başarının elde edilmesi mümkün değildir. Terörizmi açıkça kınamak zorunda kalsalar bile, bazı rejimlerin kendisini kabul ettirme veya yayılma politikası olarak bu yolu benimsemeleri demokratik rejimleri şiddetin hedefi haline getirmektedir. Demokrasinin ılımlı ve hoşgörülü ortamından istifade ederek, bu rejimin imkansızlığını isbat etmek maksadıyla veya kamu oyunun dikkatlerini kendi ülkelerine çekmek, böylece demokratik hükümeti kendi kamuoyunun baskısı altında tutmak istemektedirler. Ayrıca rejimden memnun olmayan grupların topluma dehşet ve korku veren eylemleri de demokratik rejimi zaafa düşürmektedir.

Bu durum karşısında toplum içinde bazı menfaat gruplarının tepki göstermelerine rağmen teröre karşı kanuni ve idari tedbirleri almak lüzumunu duymuşlardır. Bu ülkeler, gösterilen tepkilere rağmen anti terörist kanunları etkili şekilde kullanmaktan çekinmeyerek terör karşısında başarılı olmuşlardır. Burada Federal Almanya ile İngiltere de yapılan bazı kanuni düzenlemeleri özetlemekle yetineceğiz.

Federal Alman Cumhuriyeti, 1968 yılından itibaren giderek yaygınlaşan Baader-Meinhaf terör örgütünün eylemleri karşısında Federal hükümet vakit geçirmeden bir seri anti-terörist tedbirler alma yoluna giden ilk demokratik ülke oldu. Bu amaçla Anayasada yapılan değişikliklerle yargı ve yasama organına güçlendirici yetkiler verildi. Anayasada yapılan değişiklikler bir seri özel kanunların çıkarılmasını kolaylaştırdı.

Bu düzenlemeler arasında en çok tepki çeken, hatta milletlerarası tartışma konusu yapılan, «işten engelleme» (job-ban) veya «radikallerden temizleme» (terminations of radicals) siyaseti olmuştur. Buna göre, sadakatleri şüpheli olanlar kamu hizmetlerine alınmayacaklardı. Ceza

(38) WARDLAW, ibid, s. 120.

ve Ceza Usulü Kanunlarında yapılan değişikliklerle de terörist faaliyetlere katılan veya bu amaçla ilişki kuranların yargılama usullerini basitleştirmek ve cezaları artırılmaktadır (39). Böylece Federal Alman Cumhuriyeti bütün karşı çıkmalara ve tepkilere rağmen, terörizmle mücadelede diğer Avrupa devletlerinden daha kararlı olduğunu göstermiştir.

İngiltere ise, Kuzey İrlanda ile olan ilişkileri dışında (40), milletlerarası ve iç terörizmden en az etkilenen ülke olmasına rağmen, bu konuda bir seri kanuni tedbir almak ihtiyacını duymuştur. Değişik kanunlardaki hükümler dışında, 1974 Nisan'ında terörist faaliyetlerin engellenmesi amacıyla bir kanunu kabul etmiştir. Böyle özel bir düzenlemenin gerekçesini 21 Nisan 1974 tarihinde Birmingham'da bir salonda patlayan bomba sonucu 20 kişinin ölmesi, 180 kişinin de yaralanması oluşturmuştur. Bu olay üzerine parlamentoya sevk edilen tasarı, bir gecede 12 saatlik bir görüşmeden sonra kabul edilmiştir (41).

Kanun, terörizmi engellemek hususunda yürütmeye her türlü siyasi ve idari tedbirleri almayı yetkili kılmaktadır. Özellikle polis yetkileri bir hayli artırılarak terörist faaliyetlere katıldıklarından şüphe edilenlerin tutuklanması imkânı sağlanmıştır (42). Ayrıca polis, başkaca bir işlem gerekmeden ülkeye giriş ve ülkeden çıkışları kontrol edebilir. Bu ve benzeri getirdiği geniş yetkilerden dolayı Terörizmi Önleme Kanunu, uygun koruyucu hukuk usullerinin tamamıyla terk edildiği noktasından, özellikle insan haklarını savunan grup ve kuruluşlar tarafından tenkit edilmiştir (43). Bütün bu tenkit ve karşı çıkmalara rağmen kanun, 1976 ve 1984 yıllarında yenilenmiştir. Böylece İngiltere, terörizmi önlemek hususunda diğer istikrarlı demokrasilerden çok daha radikal tedbirler getiren demokratik ülkelerin başında gelmektedir.

SONUÇ

Çağımızın bir hastalığı olarak görülen terörizmin özellikle demokratik devletleri boy hedefi seçmesi karşısında, demokrasi güç bir görevle karşı karşıya kalmıştır. Bir taraftan siyasi şiddet ve terörle etkili şekilde

(39) Çok ilgi çekici olmakla beraber, bütün bu anti-terörist düzenlemeleri burada tahlil etmemiz bizim amacımızı çok aşar. Bu konuda genel bilgi için bkz. WARDLAW, op. cit., s. 121 - 126.

(40) İrlanda Kurtuluş Ordusu'nun terör eylemleri ve İngiltere'nin aldığı tedbirler konusunda bkz. O'DAY, Alan, «Northern Ireland, Terrorism and the British State» (ed) Yonah Alexander, *Terrorism : Tactice and Practice*, s. 121 - 135.

(41) WARDLAW, op. cit., s. 127.

(42) LEIGH, H. L., *Police Powers in England and Wales*, (LONDON - 1985), ch. 8.

(43) WARDLAW, Loc. cit.

mücadele edebilecek vasıta ve yolları bulmak, öte taraftan da rejimin özünü değiştirmeden bu işi yapmak gibi oldukça çetin bir problemi çözmek zorundadır. Gerçekten tekrarlamaktan kaçınmayarak diyebiliriz ki, demokrasinin kendi varlığını zedelemekten bu beladan kurtulmak zorundadır.

Terörle mücadelenin demokrasi yönünden en zor yanlarından birisi, kuralsız bir savaşa karşı hukuk kuralları içerisinde mücadele etmektir. Şiddet kullanmada hiç bir sınır tanımayan terörizm karşısında demokrasi, halka güven vermek zorundadır. Gerçekten terörizmin en büyük etkisi, fiziki olmaktan daha çok psikolojiktir. Bu etkinin yok edilmesi ise, rejimin üzerindeki consensus'un yüksekliğine bağlıdır. Bir toplumda demokrasiye olan inanç ne kadar yaygın ve yüksek ise, demokrasi de o derecede kuvvetlidir. Böyle bir demokrasinin terör karşısında boyun eğmesi beklenmemelidir.

Bazı yazarlar (44), terörizmle savaşmanın en iyi yolunun terörizmi besleyen sosyo-ekonomik sebeplerin ortadan kaldırılması olduğunu söylerler. Bu belki gelişmemiş ülkeler yönünden doğru olabilir. Fakat gelişmiş, istikrarlı demokrasilerde görülen siyasi şiddetin kaynağı hiç de sosyo-ekonomik değildir. Bugün demokrasileri rahatsız eden en ciddi terör, siyasi şiddete dayanan ihtilâlcî terördür. Terörün milletlerarası işbirliğini gerektiren şekli de budur. Bazı ülkelerin hedef ülkeye terörizmi ihraç etmekten veya desteklemekten kaçınmaları halinde, bu problemle mücadele etmek o derece kolaylaşacaktır. Dış destekli ihtilâlcî terör, gelişmemiş hedef ülke için elbette çok ciddi bir tehdit teşkil eder. Zayıf, yerleşmemiş bir demokrasinin bu destekli terörle sosyal, siyasi ve hukuki alanında mücadele etmesi cidden zordur.

Bizim ele aldığımız istikrarlı demokrasiler yönünden terörle mücadele ederken, dikkat edilmesi gereken bir takım noktalar vardır. Gerçekten liberal devletlerde görülen şiddet eylemleri, mahiyetleri itibarıyla çok farklı ve karmaşıktır. Amerika ve İngiltere'de ırk esasına dayanan şiddet eylemleri görüldüğü halde (45), başka demokrasiler hedef ülkeye yönelen terörist eylemlerin merkezi haline gelmektedir. Demokratik rejimin ortamından ve nimetlerinden istifade ederek hedef ülkedeki amaçlarını gerçekleştirmeye çalışanlardan, şiddet eylemlerine sahne olan ülkelerin kamu düzeni de zarar göreceğinden gerekli hukuki ve siyasi tedbirleri almaya hakkı vardır.

(44) DAVER, op. cit., s. 94.

(45) DAVIS, Terry, «The Forms of Collective Racial Violence» *Political Studies*, 34 (1986), s. 40 - 60.

Artık günümüzde en liberal düşüncede olanların bile, demokrasinin kendini korumaya hakkı olmadığını savunamaz. Bu tartışmalar bugün önemini kaybetmiştir denilebilir. Bugün için önemli olan husus, demokrasilerde alınan terör karşıtı tedbirlerin devlet terörü veya kanuni teröre dönüşmeden, hukuk içinde kalmalarıdır. Ancak bu sayede demokrasiye olan güveni artırmak mümkündür.



TÜRK ANAYASA YARGISINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Hasan TUNÇ

I. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

1. Konunun Sınırlandırılması

Anayasa yargısında «Yürütmenin durdurulması» müessesesi, Türk doktrininde oldukça tartışılır bir konu haline gelmiş bulunmaktadır. Özellikle, Anayasa Mahkemesinin son günlerde vermiş olduğu bir karar, tartışmanın daha da hararetlenmesine sebep olmuş görünmektedir. Yüksek Mahkeme kararında, Türk Anayasasının anayasa yargısında yürütmenin durdurulması yetkisini Anayasa Mahkemesine tanımadığını bildirmiş ve 1972 tarihli kararında olduğu gibi, bu yöndeki talebi reddetmiştir.

Bilindiği gibi, anayasa yargısı ile görevlendirilen veya bu yetkiye içtihadi yoldan sahiplenilen yüksek mahkemeleri denetleyecek herhangi bir makam yoktur. Bu organlar çoğu kez, kendi yetki sınırlarını kendileri belirler. Özellikle, Anayasaları yorumlayan ve bu yönü ile madde metinlerine gerçek anlamlarını vermeye çalışan, Anayasa mahkemelerinin yetkileri asıldır. Bu yönüyle, bazı yazarlar Türk Anayasa Yargısında yürütmenin durdurulabileceğini iddia etmekte ve bu sebeple Anayasa Mahkemesinin red kararlarını eleştirmektedir. Diğer yönüyle bazı yazarlar da; Türk Hukukunda bu konuda herhangi bir kanunî düzenleme bulunmadığını ve bu sebeple Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olmadığını, içtihadi yoldan da sahiplenemeyeceğini bildirmektedirler.

Hak arama hürriyetinin önemli unsurlarından birini teşkil eden «yürütmenin durdurulması» konusunda, biz daha çok Anayasa Mahkemesi kararlarını incelemeye çalışacak, olabirliği ölçüsünde doktriner tartışmalara yer vermeye gayret edeceğiz.

2. Koruma Tedbiri Olarak Yürütmenin Durdurulması

Belirli bir yargılama sonunda müşahhas olaya uygun ve yerine getirilebilir bir hüküm verilebilmesi için zaruri olan ve yargılamayı muhtemel bir gecikmeye tahammülü olmayan tehlikelerden koruyan tüm vasıtala-

ra «koruma tedbiri» denilmektedir (1). Yürütmenin durdurulması müessesesi de, özellikle idari yargıda dava konusu işlemin uygulanmasının dava sonuna bırakılmasını, ertelenmesini sağlayan geçici bir tedbirdir (2). Bu yönüyle, yürütmenin durdurulması müessesesi yargı fonksiyonuna dahil ve hak arama hürriyetinin önemli unsurlarından birini meydana getiren hukukî bir yoldur. Yargı yoluyla bir hakkın korunabilmesi, özellikle sonradan telafisi imkansız bazı zararların henüz doğmadan önlenebilmesi bu müessesesinin kabulü ile mümkün olmaktadır.

Anayasamızın 36. ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti temel hakların korunmasını sağlamaya yönelik, hukuk devletinin temelini teşkil eden bir hükümdür. Zira, hukuk devletini gerçekleştiren temel unsurlardan biri de yargı denetimidir. Nerede bir hak arama endişesi varsa orada bir yargı denetimi bulunmaktadır. Yargı denetimi yalnızca uyuşmazlığı çözmek anlamına gelmemektedir. Bir hakkın tesbifi, bir hakkın gerçekleşmesi için gerekli tüm hukuki yollar bu denetimin kapsamına girmektedir (3).

Yargı denetiminin etkinlik kazanabilmesi, hakimin yargılamanın amacına uygun her türlü koruyucu tedbiri alabilmesi ile mümkündür. Yürütmenin durdurulması müessesesi bu etkinliği sağlamaya yönelik önemli müesseselerdendir. Yargı konusu uyuşmazlıkta, korunması istenen herhangi bir hakkın, zamanında gerekli müdahale yapılmaması sebebiyle yok olması, yargılamanın sonucunu anlamsız kılar. Bu sebeptendir ki, hukuk devletinde, hak arama için başvurulacak vasıtaların önüne engel konulmamalıdır (4). A.B.D. Federal Yüksek Mahkemesinin (Supreme Court) 1942 tarihli bir kararında; yürütmenin durdurulması kararlarının, mevzuat dışında yani yürürlükteki kanunlarda belirtilmemiş olsa bile «yargı» kavramının zorunlu ve gerekli bir unsuru olduğu belirtilmektedir (5).

3. Anayasa Mahkemesi Kararları

A. Ülkemizde

Türk Anayasa Mahkemesi 1972 tarihli kararında, yürütmenin durdu-

-
- (1) Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Basısı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1981, s. 514.
 - (2) Gözübüyük, İdari Yargı, Üçüncü Bası, S. Yayını, Ankara 1977, s. 414; Kıratlı, Yürütmenin Durdurulması, SBFİD, c. XXI, sy. 4, s. 178.
 - (3) Özdeş, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği, MHE Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 1980, s. 16.
 - (4) Danıştay İstisari Düşünceler - Cumhuriyet Dönemi - (1929 - 1980) Birinci Kitap c. II, Ankara 1982, s. 464.
 - (5) Zikreden, Sarıca, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması Konferansları, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1966, s. 6.

rulması talebini şöyle cevaplamıştır: «Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun, yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesine ancak Anayasa ile verilmesi gerekir. Soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa o zaman da yetkinin Mahkemenin kuruluşunu ve yargılama usullerini düzenleyen 44 sayılı Kanunda yer alması sonucuna varılacaktır. Anayasa Mahkemesine ne Anayasa ile ne de 44 sayılı Kanunla böyle bir yetkinin tanınmamış olduğu ortadadır. Üstelik 152 nci maddenin eski metninde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilen kanun ve Yasama Meclisleri İçtüzükleri hükümlerinin karar tarihinde yürürlükten kalkması öngörülmüşken 1488 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, yürürlükten kalkmanın ancak gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günde gerçekleşmesi kuralı getirilmiştir. Anayasa Koyucunun iptal edilmiş bir kanunun yürürlükten kalkması konusunda bile gösterdiği titizlik böylece daha belirginleşmiştir.

Öte yandan Anayasaya uygunluk denetimi için mahkemelerden gelen işlerde Anayasanın değişik 151 nci maddesi mahkemelere, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümleri ilgililerin öznel haklarını etkileyeceği için, Anayasa Mahkemesi kararı gelinceye dek davayı geri bırakma, başka deyimle bir çeşit yürürlüğü durdurma sayılabilecek olan kanunu uygulamama ödevi yüklediği halde iptal davalarında somut ve öznel nitelik taşıyan Yasa'lar bakımından bir ayırım yapılarak böyle bir imkan tanınmamış olması Anayasa Koyucunun Anayasa Mahkemesi için bir (dava konusu kanunun yürürlüğünü durdurma) yetkisini öngörmediği, düşünmediğini ortaya koyar. Anayasa Mahkemesinin, uygunluk denetimi yaptığı kanunun nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisini yorum ve kıyaslamaya giderek, Yasa'ca verilmemiş böyle bir yetki ile donatmasına imkan yoktur.» (6).

Anayasa Mahkemesi 1985 tarihli başka bir kararında da benzer gerekçelerle yürütmenin durdurulması yetkisine sahip olmadığını bildirmiştir. Yüksek Mahkeme kararı aynen şöyledir: «1982 Anayasası da tıpkı 1961 Anayasasında olduğu gibi yargı denetimini Hukuk Devleti sisteminin temel ögesi olarak kabul etmiştir. 125. maddeyle -bir iki istisna dışında- idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması ve idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü kılınması; 150. maddeyle kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, TBMM içtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu olabilmesine imkan tanınması, Anayasa Mahkemesine başvurunun itiraz yoluna (md. 152) hasredilmemesi gibi hususlar 1982 Anayasasının temel prensip olarak

(6) E. 1972/13, K. 1972/18, k. t. 6.4.1972, AMKD, s. 10, s. 282.

yargı denetimini etkin bir şekilde gerçekleştirmek amacını benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır.

Kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasında ve Hukuk Devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinde ana fikir ve temel yaklaşım olarak yargı denetimine ağırlık vermesine karşılık 1982 Anayasası, kanunların Anayasaya uygunluk denetiminde, iptal davasından beklenen sonuçların gereğince elde edilebilmesi için kimi bilim adamlarınca zorunlu görülen ve yabancı hukukta uygulama alanı bulan 'yürütmenin durdurulması' yetkisini Anayasa Mahkemesi'ne tanımamıştır :

Anayasa, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini tek tek belirlemiş (md. 69, 85, 148, 152 vd.) olup bu yetkiler arasında bir kanunun uygulanmasının durdurulması yetkisi yer almamaktadır. Yüksek Mahkemenin, Anayasaya uygunluk denetimini yaptığı bir kanunun uygulanmasını durdurmaya yetkili olduğunu, yargı denetimi kavramının içerik ve kapsamının yorumu kabul etmeye de imkan görülmemektedir :

Herşeyden önce, Anayasa Mahkemesinin 6/4/1972 günü, E: 1972/13, K: 1972/18 sayılı (AMKD. Cilt: 10, Sayfa: 273) kararında da vurgulandığı üzere, Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun, denetim sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün Yüksek Mahkemece durdurulması çok ağır ve önemli sonuçlar doğurabilecek bir durumdur. Bu nedenle, Yüksek Mahkemenin böyle bir karar verebilmesi ancak Anayasa ile bu yetkinin kendisine açıkça tanınmış olması ile mümkündür. Oysa Anayasanın, Yüksek Mahkemenin görev ve yetkilerini gösteren maddelerinin hiç birinde böyle bir görev ve yetkiden söz edilmemiştir.

Öte yandan, Anayasanın 149. maddesinin üçüncü fıkrasında 'Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri kanunla; mahkemenin çalışma esasları ve üyeleri arasında işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.' hükmüne yer verilmiştir.

Soruna bu açıdan yani bir yargılama usulü konusu gibi bakılacak olursa o zaman da yürütmenin durdurulması yetkisinin Mahkemenin kuruluşu ve yargılama usullerini düzenleyen 2949 sayılı Yasada yer alması gerekirdi. Oysa, anılan Yasa ile de Mahkemeye böyle bir yetki tanınmamıştır. Aksine, gerek Anayasanın 153. gerek 2949 sayılı Kanunun 53. maddesinin üçüncü fıkraları '...iptaline karar verilen kanun, kanun hükmünde kararname veya ... bunların belirli madde ve hükümleri, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar' kuralını koymak suretiyle, iptale rağmen kanunun yürürlükten kalkmasının iptal kararlarının verildiği tarihte değil bu kararların Resmi Gazete'de yayımlandıkları tarihte olacağını açıkça vurgulamıştır.

Soruna Anayasanın 152. maddesi açısından bakıldığında ise ortaya çıkan durum şudur: Bilindiği gibi 152. madde 'Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi' halini düzenlemektedir. Anılan madde 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunamaz' kuralını koymuştur.

Böylece Anayasa Koyucu, Anayasaya aykırılığı 'ciddi' görülen ve kişilerin öznel (sübjektif) hakları üzerinde etki yapan bir kanun hükmünün o davanın taraflarına uygulanmasını Anayasa Mahkemesince karar verilmeye kadar durdurmakta ve kişiler bu yolla, Anayasanın üstünlüğü prensibinin doğal sonucu olarak, Anayasaya aykırı bir kanunun uygulanmasından korunmakta ve Anayasanın himayesi altına alınmış olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen 6/4/1972 günlü, E: 1972/13 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 'Anayasaya uygunluk denetimi için mahkemelerden gelen işlerde Anayasanın değişik 151 inci (1982 Anayasasının 152 nci) maddesi mahkemelere, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümleri ilgililerin öznel haklarını etkileyeceği için, Anayasa Mahkemesi kararı gelinceye dek davayı geri bırakma, başka bir anlatımla bir çeşit yürürlüğü durdurma sayılabilecek kanunu uygulamama ödevi yüklediği halde, iptal davalarında somut ve öznel nitelik taşıyan yasalar bakımından bir ayırım yapılarak böyle bir imkan tanınmamış olması Anayasa Koyucunun, Anayasa Mahkemesi için 'dava konusu kanunun yürürlüğünü durdurma' yetkisini öngörmediğini, düşünmediğini ortaya koyar. Anayasa Mahkemesinin, uygunluk denetimini yaptığı kanunun nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisini yorum ve kıyas-

lamaya giderek, Yasa'ca verilmemiş böyle bir yetkiyle donatmasına imkan yoktur.'

Anayasa Mahkemesine, bir kanun hükmünün iptaline ilişkin kararlarının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırılabilme yetkisini 153. maddesiyle tanıyan ve böylece Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen bir kanunu buna rağmen 'gerekli gördüğü hallerde' muayyen bir süre daha yürürlükte tutmak hususunda Anayasa Mahkemesine yetki tanıyan Anayasa Koyucu, Anayasaya aykırı bulunan kanunların, gerek iptal kararından önceki evrede gerek iptal kararından sonraki ve iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihe kadar olan evrede uygulanmasının durdurulması konusunda bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanımaktan kaçınmıştır. Başka bir ifadeyle Anayasa Koyucu, Anayasa Mahkemesine vermek istediği bir yetkiyi Anayasada açıkça belirtmek yolunu seçmiştir. O halde ve Anayasa hükümlerinin üstünlüğü ve bağlayıcılığı karşısında bir kanunun uygulanmasının durdurulması gibi kişi ve devlet hayatında son derece önemli ve ağır sonuçlar yaratabilecek bir konuda, yargı denetimi kavramının içerik ve kapsamından yola çıkarak yorum yoluyla Yüksek Mahkemenin yetkili sayılmasına imkan bulunmamaktadır.

Öte yandan Anayasanın 153. maddesinin birinci fıkrasının 'Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir, iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.' şeklindeki hükmü de yorum yoluyla Anayasa Mahkemesinin yürütmenin durdurulmasına karar verme yetkisinin bulunduğunu kabule hiç değilse - iptal kararının verildiği tarih ve bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarih arasındaki evre için engeldir. Çünkü böyle bir halde, iptal kararı dolaylı da olsa açıklanmış olacaktır.

Son olarak Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının geri yürümezliği ilkesi de (md. 153) kanunların uygulanmasını durdurma yetkisinin Anayasa Mahkemesine tanınmadığının diğer bir kanıtını oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 21/6/1984 günlü, 3029 sayılı Kanunun uygulanmasının durdurulması isteminin, Anayasa'da ve 2949 sayılı Kanunda Anayasa Mahkemesine kanunlarının yürürlüğünün durdurulması konusunda yetki tanınmamış olması sebebiyle reddine oybirliği ile karar verildi.» (7).

Kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili olarak, yürütmenin durdurulması yetkisinin

(7) Mütferrik Karar, Muhabere sayısı: 1985/659, Karar sayısı: 1985/4, k. t. 1.8.1985, AMKD, sy. 21, s. 263 - 267.

Anayasada belirtilmediği ve kanunla verilmemiş bir yetkiye içtihadi yoldan sahiplenmenin de mümkün olamayacağı gerekçesi ile talepleri reddetmiştir..

Buna karşılık, A.B.D. Federal Yüksek Mahkemesi kazai emir (injunction); Alman Federal Anayasa Mahkemesi de geçici tedbir kararı yoluyla yürütmeyi durdurabilmektedirler.

B. Amerika Birleşik Devletleri'nde

A.B.D. Başkanı Truman milli çıkarlar gerektirdiği gerekçesi ile, 8 Nisan 1952 tarihinde çelik işletmelerine geçici olarak el koyma kararı alır. Başkanın Anayasadan veya kanunlardan kaynaklanmayan, bir manada yasama yetkisinin gasbı anlamına gelebilecek bu kararına karşı, çelik işletmeleri avukatları kazai emir talebi ile ilk derece mahkemesine başvurur. Mahkeme 29 Nisan günlü kararında, Anayasanın Başkana el koyma yetkisini açık ve kapalı biçimde tanımadığı gerekçesi ile kazai emir talebini kabul eder ve çelik işletmeleri eski sahiplerine teslim edilir. Buna karşılık idare avukatları, anılan kazai emir kararının yürütülmesinin durdurulması talebi ile üst mahkemeye başvururlar. Bu başvuru neticesi, üst mahkeme, idare avukatlarının talebini kabul eder. İkinci raundu kaybeden çelik işletmecileri bunun üzerine, son raund için A.B.D. Federal Yüksek Mahkemesine başvururlar. 2 Haziran 1952 tarihli kararıyla Yüksek Mahkeme, el koyma işleminin Anayasa veya kanunlardan kaynaklanan bir yetkiye dayanmadığı gerekçesi ile, alt mahkemenin kararı doğrultusunda hüküm verir. Kazai emrin uygulanması sonucu çelik işletmeleri eski sahiplerine kavuşur (8).

A.B.D.'de, kanunların uygulanması ile ortaya çıkabilecek telafisi imkansız zararları önleyebilmek amacı ile alınan tüm tedbirler, içtihad yoluyla geliştirilmiş ve yerleşmiştir (9). A.B.D. Anayasasında bu konuda herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır (10). İctihadları ile A.B.D. Anayasasına anlam kazandıran, yön veren Federal Yüksek Mahkemenin (United States Supreme Court) ülkedeki en önemli ve en güçlü mahkeme olduğu bildirilmektedir (11). Hakların korunması açısından önemli görevler

- (8) Güran, Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması, Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s. 145 - 148.
- (9) Teziç, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun «Esas» Açısından Denetimi, İHFM, c. II, sy. 1 - 4, s. 42.
- (10) Bkz. A. B. Saye, American Constitutional Law, Charles Emerrill Publishing Company, Columbus, Ohio 1975, s. 492 vd.
- (11) D. E. Brody, The American Legal System, D. C. Heath and Company, Toronto 1978, s. 13.

ifa eden (injunction) kazaî emir usulü de, Yüksek Mahkemenin içtihadlarındandır.

Acele hallerde, itiraz (def'i) yolunun sakıncalarını giderdiği ileri sürülen injunction usulü; mahkemenin şahıslara veya devlet memurlarına bir şeyi yapmak veya yapmamak konusunda emir vermesi şeklinde tanımlanmaktadır. Belirli bir hükmün veya kararın uygulanması halinde sonradan telafisi imkansız zararların doğması sözkonusu ise, mahkemeden kazaî emir talep edilebilmektedir. Adeta yürütmeyi durdurma kararına benzeyen bu usule A.B.D.'de oldukça sık başvurulmakta olduğu bildirilmektedir (12).

A.B.D. Yüksek Mahkemesi bir kararında, yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak şunları söylemektedir: Hiç bir mahkeme, yürüyen zamanı durduramaz. Bir hukuki uyumsuzluğu çevreleyen şartlar, yargı denetimi sonuçlanana kadar düzeltilemeyecek bir biçimde değişebilir. Fakat, bu sınırlar dahilinde kalınmak üzere, mahkemelerin, yargılamasının bitiminde hukuka aykırı bulunabilecek bir kararın derhal uygulanmasının davanın taraflarına veya kamuya vereceği telafisi imkansız zararları önlemeye muktedir kılınmaları doğru ve isabetlidir. Bu sebeptendir ki, yürütmenin durdurulması yetkisi, her zaman için A.B.D. mahkemelerinin geleneksel araçlarından biri olagelmıştır (13).

C. Federal Almanya'da

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1983 yılında Anayasa şikayeti yoluyla önüne gelen Nüfus Sayımı Kanununun uygulanmasını, geçici tedbir kararı ile durdurmuştur. 27.4.1984 tarihi için öngörülen nüfus sayımı ile ilgili kanun, 4.3.1982 tarihinde Bundestag'da oybirliği ile kabul edilmişti. Sayım tarihi yaklaştıkça kamuoyunda ve hukukcular arasında sayım ile elde edilmek istenen bilgilerin ve bunların çeşitli kurumların kullanımına açık tutulabilmesinin anayasaya aykırılık oluşturduğu kanaati yaygınlık kazanmıştı. Yüksek Mahkeme bazı hükümler açısından bu şüpheye katılarak kanunun uygulanmasını durdurmuştur. Anayasa Mahkemesi bunu yaparken, nüfus sayımının yapılması halinde, daha sonra anayasaya aykırı hükümler iptal edilse dahi bazı bilgilerin devletin elinde toplanmasının, sözkonusu olan temel hakların bir kereye mahsus olarak

(12) Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayını, Ankara 1951, s. 186 vd.

(13) Schwartz, French Administrative Law And Common Law World, s. 198; Güran, s. 151'den naklen.

zedelenmesi olsa bile, kamu yararı açısından sonradan telafisi imkansız bir sakınca oluşturabileceği görüşünü ileri sürmüştür (14).

Federal Almanya'da Anayasaya uygunluğu doğrudan sağlamaya yönelik her türlü yargısal işlemi kapsayan «Anayasa Yargısı» yetkisi, ilke olarak bu amaçla kurulmuş özel bir mahkeme olan Alman Federal Anayasa Mahkemesine verilmiştir (15). Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 93. maddesinde görev ve yetkileri belirlemiş olan Federal Anayasa Mahkemesi, anayasal güce sahip olarak bizzat Anayasanın içinde yer almış bir kurumdur (16). Ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesi Kanununda da anayasal bir organ olduğu teyit edilmiştir (17). Bazı hukukçulara göre, Avrupa'da mevcut Anayasa Mahkemeleri arasında gerek yetkilerinin genişliği, gerek temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gerekse mahkemeye başvurma kolaylığı bakımından en ilerde olanı Alman Federal Anayasa Mahkemesidir (18). Anılan Yüksek Mahkemenin siyasi iktidar karşısında temel hakların korunması amacıyla kurulduğu bildirilmektedir (19).

Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 32/1. paragrafına göre, «Federal Anayasa Mahkemesi bir uyuşmazlık sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumunda geçici tedbir kararıyla bir durumu geçici olarak düzenleyebilir.» Geçici tedbir kararı talep üzerine alınabildiği gibi, Federal Anayasa Mahkemesi içtihadları uyarınca re'sen de alınabilmektedir. Buna karşılık, Federal Anayasa Mahkemesi'nin asıl dava açılmadan re'sen geçici tedbir kararı alamayacağı yolunda Alman doktrininde bir görüş birliği oluşmuştur (20).

-
- (14) Sabuncu, Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, AİD, c. 17, sy. 2, Haziran 1984'den ayrı baskı, s. 84 dipnot 31; diğer bir karar için bkz. Çağa, Yürütmenin Durdurulmasına Dair, MHE, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 27 vd; Güran, s. 143-145.
- (15) Sabuncu, Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti, AÜSBFD, c. 37, s. 3-4, Eylül - Aralık 1982'den ayrı baskı, s. 139.
- (16) Bkz. G. H. Flanz, Constitutions Of The Countries Of The World, December 1974, s. 52.
- (17) Schefold, Vefassungsgerichtsbarkeit Und Oberske Gerichtsbarkeit, AÜHFD, c. 31, sy. 1-4, (Çev. Yazman), s. 117.
- (18) Dietze, Judicial Review in Europe, Mich. Law Rev. Feb. 1957, no: 4, s. 565; Kıratlı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, s. 9'dan naklen.
- (19) Tikveş, Anayasa Mahkemesinin Teşkilat ve Fonksiyonları 'Mukayeseli Bir İnceleme', İHFM, c. 33, sy. 1-4, s. 88.
- (20) Sabuncu, Geçici Tedbir, s. 78.

Alman hukukuna göre, geçici tedbir kararı alınabilmesi için herşeyden önce Mahkeme'nin yetki alanına giren bir uyuşmazlığın varlığı gereklidir. Fakat Federal Anayasa Mahkemesi, geçici tedbir kararıyla ilgili kuralı genel yargılama kuralı olarak yorumlayıp, tüm dava türlerine teşmil etmiştir. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için ya da başka önemli bir nedenle kamu yararının acilen zorunlu kıldığı durumlar dışında böyle bir tedbir kararı alamaz. Geçici tedbir kararları, yalnızca konuyla ilgili olanlar açısından bağlayıcıdır. Yani, Federal Anayasa Mahkemesi'nin geçici tedbir niteliği taşıyan kararları kesin hüküm özelliği taşımazlar. Bu nedenle, Federal Anayasa Mahkemesi durumun değişmesi halinde kararını değiştirme veya kaldırma hakkına sahiptir. Yine Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 32. paragrafının 5. bendi uyarınca, geçici tedbir kararı üç ay geçtikten sonra kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu düzenlemenin amacı, geçici tedbir kararı alınmış olan durumlarda, Federal Anayasa Mahkemesi'nin asıl davayı süratle karara bağlamasını sağlamaktır. Federal Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararıyla ilgili olarak, gerektiğinde kararı uygulayacak makam ya da makamları ve uygulama şekil ve yollarını belirleyebilir. Uyuşmazlıkların kısa sürede ve hızla çözülememesinin sakıncalarını giderici bir önlem olması yönüyle böyle bir düzenlemenin büyük yararları olduğu şüphesizdir (21).

II. DEĞERLENDİRME

Şunu öncelikle belirtmek isteriz ki, bütün yargılama usullerinde olduğu gibi, Anayasa yargılamasında da, hukuki himayenin sağlanabilmesi ve yargılamanın amacına ulaşabilmesi için bazı koruyucu ve önleyici tedbirlere ihtiyaç vardır. Anayasanın 36 ncı maddesinde ifade edilen «hak arama hürriyeti»nin tam manası ile gerçekleşebilmesi de, önemli ölçüde bu tedbirleri gerekli kılmaktadır. Özellikle, sonradan telafisi imkansız zararlar doğurabilecek durumlarda, mahkemeler bazı hukuki tedbirleri önceden almak zorundadırlar. Anayasa Mahkemesi de bir yargı organı olarak, yargı yetki ve görevinin kapsamı içinde, gerekli tüm tedbirleri alabilmelidir.

Bilindiği gibi, Türk Anayasa Mahkemesi çok önemli fonksiyonlar ifa edebilecek bir koruma tedbirinin, anayasa yargısında yürütmeyi durdurabilmenin mümkün olamayacağını bildirmektedir.

Yüksek Mahkemenin gerekçelerinden birini, Anayasanın «iptal kararları geriye yürümez» hükmü teşkil etmektedir. Sanırız anılan hüküm,

(21) Geniş bilgi için bkz. Sabuncu, Geçici Tedbir, s. 76 vd.; Güran, s. 141 vd.; Çağa, s. 27 vd.

anayasa yargısında yürütmeyi durdurmayı önleyen değil, aksine gerekliliğini dile getiren bir düzenlemedir. Çünkü, iptal kararlarının geriye yürüyememesi kuralı, Anayasaya aykırılığı sonradan belirlenen kanunların uygulanmasından doğacak sakıncaların giderilmesini tamamen engellemektedir. Halbuki, anılan düzenlemenin şahsi haklarda meydana getireceği sakıncalar, Anayasa Mahkemesince zamanında verilecek bir yürütmeyi durdurma kararı ile pekala önlenabilir. Bu yolla Anayasanın üstünlüğü sağlanmış, kişiler Anayasaya aykırı bir kanunun kendilerine uygulanmasından korunmuş ve Anayasanın himayesi altına alınmış olacaktırlar.

Anayasa Mahkemesinin «İtiraz Yolu» ile önüne gelen işlerde de beş ay içinde karar vermemesi halinde, yine benzer sakıncalar doğabilir. Çünkü bu halde, dava yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmak zorundadır (Anayasa md. 152/III). Özellikle, Anayasa Mahkemesi kararının dava sonuçlanıncaya kadar gelmemesi halinde problemler ortaya çıkabilir. Zira, Anayasa Mahkemesi, tartışmalı hükmü iptal etmiş olabilir. Kararın bu gibi hallerde de geriye yürüyemeyeceği düşünülürse, sonucun pek farklı olmayacağı belirginleşir.

Ne Anayasada ne de Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda «yürütmenin durdurulması» yetkisi Anayasa Mahkemesine tanınmamıştır. Acaba, Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla, içtihadî yoldan böyle bir yetkiyi edinebilir mi?

Yüksek Mahkeme, kararlarında bunun mümkün olmadığını bildirmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, özellikle uygulamakla hükmünü doğuran kanunlar açısından bunun mümkün, hatta gerekli olduğunu bildirmektedir (22). Bazıları ise, Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla böyle bir yetkiye sahiplenmesinin, bugünkü pozitif düzenleme karşısında mümkün olamayacağını ileri sürmektedirler (23).

Anayasa Mahkemesinin 1972 tarihli kararına muhalif kalan üyelerden üçü (Vrana, Seçkin, Müftügil) karşı oy yazılarında şu gerekçelerle: «...Anayasamızda açılan iptal davaları üzerine, iptali istenen yasa hükmünün uygulanmasının durdurulmasına Anayasa Mahkemesince karar verilebileceğine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Bu nedendir ki, maddi

(22) Teziç, Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı Konulu Tartışma, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, sy. 2, yıl. 5, 1985, s. 133; Teziç, Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul 1986, s. 220 - 221; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara 1986, s. 402 - 403.

(23) Özay, Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı Konulu Tartışma, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, sy. 2, yıl. 5, 1985, s. 139; Güran, s. 158.

anlamdaki, yani genel ve objektif kurallar koyan kanunlar hakkında böyle bir görev ve yetkinin varlığı sözkonusu edilemeyeceği kuşkusuz olduğu gibi, biçimsel anlamdaki yasalar hakkında ise; Anayasa Mahkemesinin, kendisine açılan davada iptali istenen yasa kuralının uygulanmasını bazı özel ayırık hallerde durdurmaya karar verme görev ve yetkisinin var olduğunu kabul etmek gereklidir.

... Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi de, iptal davalarında yargısal bir çalışma yapmaktadır. Bu bakımdan her mahkeme gibi onun da yargı yetki ve görevinin kapsamı içinde gerekli tedbirleri alma yetkisi vardır. Bu nedenle, kendisine açılan bir davada iptali istenen biçimsel bir yasa hükmünün, iptal davasının sonuçlandırılmasından önce uygulanması, geriye getirilmesi imkansız kişisel bir sonucun doğmasını gerektiriyorsa, böyle bir halde, durumun olduğu gibi korunması hukukca zorunlu olacağından, bir yargısal tedbir olarak uygulamanın durdurulmasına karar verilmesi gerektiğinin kabulü de zorunlu olmaktadır.» Anayasa Mahkemesinin içtihad yoluyla yürütmeyi durdurma yetkisine sahiplenebilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler (24).

Karara muhalif kalan başka bir üye (Gürün) ise, şekli - maddi kanun ayırımı yapmaksızın; Anayasanın üstünlüğü prensibinin gerekli kıldığı hallerde, yani kanunun uygulanmasının durdurulmaması halinde, geri dönülmesi mümkün olmayacak biçimde Anayasaya aykırılık meydana gelebilecek ise, yürütmenin durdurulması kararının verilmesi gerektiğini bildirmektedir (25).

Doktrinde, Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma yetkisine içtihad yoluyla sahiplenebileceğini ifade eden Teziç, Yüksek Mahkemenin, kendisine Anayasa ve Kuruluş Kanununda açıkca böyle bir yetkinin tanınmamış olmasını değil, kanunların uygulanmasını durdurmayı engelleyecek bir hükmün bulunup bulunmadığını araştırması gerektiğini bildirmektedir. Devam eden satırlarda, A.B.D.'de Federal Yüksek Mahkemesinin içtihad yoluyla bu tür koruyucu tedbirlere sahiplendiğini ifade etmekte ve Federal Almanya'da Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma yetkisine sahip olduğunu beyan etmektedir (26).

Yukarıda ifade edilen görüşe katılmadığını bildiren Özay ise; konunun bir «usûl» sorunu olarak düşünülmesi halinde dahi, yargılamanın «esas» ile çok yakın ilişkili bir «usûl» sorunu olduğundan, anayasa yar-

(24) Bkz. AMKD, sy. 10, s. 308 - 311; Özbudun, s. 401; Sabuncu, Geçici Tedbir, s. 85 - 86.

(25) AMKD, sy. 10, s. 316, Özbudun, s. 401 - 402.

(26) Teziç, Tartışma, s. 133.

gısında yürütmeyi durdurma yetkisinin mutlaka kanunlarla belirlenmesi gerektiğini bildirmektedir. Kural koyma yetkisinin de yasama organına ait olduğunu bildiren Özay, yargının saygınlığının tartışılır hale gelmesi için, yürütmenin durdurulmasını içtihad yoluyla ortaya çıkarmak mümkün değildir demektedir. Bunun ancak A.B.D. Yüksek Mahkemesinde sözkonusu olabileceğini belirten Özay, bu ülkede iptal davası denilen bir yargısal başvuru yoktur. Orada özel hukukta varolan davalardan bazıları sonuçları yönüyle Avrupa'daki iptal davası gibi etkiye sahiptirler ve bu sebeple de özel hukuk davaları içinde yer alan usûl muamelelerine benzer yöntemler Mahkeme kararı ile geliştirilmiştir demektedir (27).

Federal Almanya'da ise, Geçici Tedbir Kararı, kanuni düzenlemelerle, Federal Anayasa Mahkemesine verilmiş bir yetkidir. Federal Anayasa Mahkemesi bu kanuni yetkisini, sadece tüm dava türleri açısından geçerli kılmıştır (28).

Güran ise, 1982 Anayasasının, Anayasa yargısı alanında kendi kategorisine giren Fransız, Alman ve A.B.D. sistemleri arasında, Anayasaya aykırı kanunun uygulanma şansı bakımından, kendi temel yaklaşımı ile bağdaşmayan «kısıtlanmış bir model»i getirmiş bulunduğunu belirtmektedir. Bu modele, yürütmenin durdurulmasının mahkeme yorumları ile veya kanun koyucunun iradesi ile monte edilmesi mümkün değildir. Bunun için Anayasanın değiştirilmesi ve gerekli düzeltmelerin yapılması gereklidir demektedir (29).

Kanaatimizce, Türk Anayasa Yargısı sisteminde «yürütmenin durdurulması yetkisine», özellikle uygulanması telafisi imkansız zararlar doğurabilecek kanunlar açısından ihtiyaç vardır. Fakat, yürütmenin durdurulması yetkisi son derece nazik bir yetki olduğundan; belinli kurallara bağlanmadan, rastgele kullanılması büyük sakıncalar doğurabilir (30). Bu sebeple, böyle bir yetkinin mevcut anayasa yargısı sistemi açısından içtihad yoluyla edinilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Anayasa Mahkemesinin 1972 yılında verdiği karara ve o günün tartışmalarına vakıf olan 1982 Anayasasını yapanlar, eğer böyle bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine vermeyi düşünselerdi, pekala verebilirlerdi. Halbuki, 1982 Anayasasının anayasa yargısı alanında getirdiği düzenleme, Anayasa Mahkemesinin yetkilerini 1961 Anayasasına oranla daraltmış görünmektedir. Bu yönüyle de, Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği, anılan yetkinin Ana-

(27) Özay, s. 139.

(28) Bkz. Sabuncu, Geçici Tedbir, s. 77 - 78.

(29) Güran, s. 158 - 159.

(30) Gözübüyük, s. 416.

yasa değişikliği ile verilmesi gerekmektedir. Basit bir kanuni düzenleme ile Anayasa Mahkemesine bu denli önemli bir yetkinin verilmesine mevcut Anayasamız engeldir.

BİBLİYOGRAFYA

- BRODY** The American Legal System, D.C. Heath and Company, Toronto 1978.
- ÇAĞA** Yürütmenin Durdurulmasına Dair, MHE Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980.
- DIETZE** Judicial Review in Europe, Mich. Law Rev. Feb. 1957, no: 4.
- FEYZİOĞLU** Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayını, Ankara 1951.
- FLANZ** Constitutions Of The Countries Of The World, December 1974.
- GÖZÜBÜYÜK** İdari Yargı, Üçüncü Bası, S Yayını, Ankara 1977.
- GÜRAN** Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması, Anayasa Yargısı, Ankara 1986.
- KIRATLI** Yürütmenin Durdurulması, SBFD, c. XXI, sy. 4.
- KUNTER** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1981.
- SABUNCU** Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, AİD, c. 17, Haziran 1984'den ayrı baskı, (Geçici Tedbir).
- SABUNCU** Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti, AÜSBFD, c. 37, sy. 3-4, Eylül - Aralık 1982'den ayrı baskı.
- SARICA** Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması Konferansları, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1966.
- SAYE** American Constitutional Law, Charles Emerrill Publishing Company, Columbus, Ohio 1975.

- SCHEFOLD** Vefassungsgerihtsbarkeit Und Oberske Gerihtsbarkeit, AÜHFD, c. 31, sy. 1 - 4, (Çev. Yazman).
- ÖZAY** Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı Konulu Tartışma, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, sy. 2, yıl. 5, 1985.
- ÖZBUDUN** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayını, Ankara 1986.
- ÖZDEŞ** İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği, MHE Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 1980.
- TEZİÇ** Anayasa Hukuku, Beta Yayını, İstanbul 1986.
- TEZİÇ** Kanunların Anayasa Uygunluğunun «Esas» Açısından Denetimi, İHFM, c. II, sy: 1 - 4.
- TEZİÇ** Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı Konulu Tartışma, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, sy. 2, yıl. 5, 1985, (Tartışma).
- TİKVEŞ** Anayasa Mahkemesinin Teşkilat ve Fonksiyonları, 'Mukayeseli Bir İnceleme', HFMI, c. 33, sy. 1 - 4.

Danıştay İstisari Düşünceler, - Cumhuriyet Dönemi - (1929 - 1980) Birinci Kitap, c. II, Ankara 1982.



GÜÇLÜ YÜRÜTME ANLAYIŞI ve TÜRKİYE'DEKİ GÖRÜNÜMÜ

Arş. Gör. Murat SEZGİNER
İdare Hukuku Anabilimdalı

GİRİŞ

Yüzyılımızda modern demokrasilerin en belirgin özelliği, yürütmenin yasama karşısında güçlenişidir. Gerçekten ülkemizde ve batı demokrasilerinde yürütme organı birçok yetkilerle donatılmış ve sosyal hayata etkili bir şekilde müdahale etmeye başlamıştır. Bu durumun tabii bir sonucu olarak da parlamentolar kısmen de olsa ikinci plâna düşmüştür. Demokrasilerin başlangıç safhalarında bu durumun tam aksi bir gelişme sözkonusuydu. Yürütme organına karşı, yasama lehine yapılan mücadele, demokrasi yolunda ilerleyen ülkeleri, diğer ülkelerden ayıran bir özellik olarak belirliyordu.

Bu şekilde oluşan sistem, yirminci yüzyılın büyük bunalımlarını atlattanmış ve böylece tersine bir gelişim izlenmeye başlanmıştır. Yasama organı karşısında yürütmenin güçlenişi, sadece siyasi ve ekonomik bunalımlar sebebiyle olmamış, devletin niteliğinde meydana gelen değişme de (sosyal devlet ilkesi), önemli bir rol oynamıştır.

Bu incelememizde tarihi gelişme içerisinde yasama - yürütme arasındaki ilişkileri, yürütmenin güçlenmesine yol açan faktörleri ele alarak, yürütmeyi güçlendiren anayasa hükümlerini tahlil etmeye çalışacağız. 1961 ve 1982 TC. Anayasaları ele alınırken, güçlü yürütme anlayışının tipik özelliklerini taşıyan 1958 Fransız Anayasası da kısa olarak incelememiz içinde yer alacaktır. Bu arada, farklı bir gelişme izleyen Anglo-Amerikan sisteminin, Kara Avrupası sistemleri ile, yürütmenin güçlenişi açısından mukayesesi yapılacaktır.

1. Tarihi Gelişme İçerisinde Yasama - Yürütme İlişkileri ve Yürütmenin Güçlenişi

İlk defa Aristo tarafından ortaya atılan Locke tarafından faydasından bahsedilen ve Fransız hukukçusu Montesquieu tarafından geliştirilerek, detaylı bir şekilde işlenen «kuvvetler ayrılığı» (La séparation des pouvoirs) teorisi, her devlette yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç

kuvveti öngörmektedir (1). Montesquieu'nün hareket noktası şudur; «Ezeli bir tecrübe ile sabittir ki, kuvvet sahibi herkes bunu kötüye kullanmaya meyleder ve kuvvetine bir sınır buluncaya kadar gider. Fazilet bile sınırlanmak ister. Kuvvet, kötüye kullanılmamak için o suretle tertiplenmelidir ki, kuvvet kuvveti durdursun» (2).

Bu teori esas itibariyle, kuvvetlerin tek elde toplanmasını önlemek gayesini gütmektedir. Öyleyse, bu teori gereği olarak yasama, yürütme ve yargı güçlerinin birbirinden ayrılması, bu güçlerin ayrı organlarda toplanması gerekir. Klasik kuvvetler ayrılığı dendiğinde, akla bu gelmektedir (3).

18. yüzyılın sonlarında, mutlakiyet rejimlerini yıkmak amacındaki kişiler için, kuvvetler ayrılığı teorisi, bir çıkış yolu olarak görülmüştür. Monarşiye karşı tepkilerin etkinlik kazandığı ölçüde yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının ayrılığı gerçekleşmiştir (4). Bu tepkilerin bir uzantısı olarak icraya karşı yürütülen mücadele, gittikçe etkinlik kazanmıştır. Gerçekten demokrasilerin başlangıç safhasında en belirgin özellikleri, icra organına karşı yasamayı kuvvetlendirme çabaları olmuştur. Demokratik mücadeleler arasında tek fark ise, yürütmeye karşı yapılan mücadelenin derecesi olmuştur (5).

Kuvvetler ayrılığı teorisi ortaya atılınca, bu gerek ideolojisi ve gerekse doğurduğu pratik sonuçlarla, yasamanın yürütmeye üstünlüğü sonucunu doğurmaktadır (6). Bu gelişmelerin tabii bir sonucu olarak parlamentolar, asli iktidar hüviyetine bürünmüşlerdir. Gerçekten yasama, icranın ancak onların çerçevesinde hareket edebileceği genel kuralları koyan bir iktidar şeklini almıştır (7).

(1) Arslan, Süleyman: *Bakanlar Kurulunun İktisadi ve Mali Alandaki Görev ve Yetkileri*, Ankara 1982, s. 1; Daver, Bülent: *Siyasal Bilime Giriş*, Ankara 1968, s. 178 vd.

(2) Kuzu, Burhan: *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, İstanbul 1985, s. 88; Göze, Ayferi: *Siyasal Düşünce Tarihi*, İstanbul 1982, s. 219; Feyzioğlu, Turhan: «Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesi», SBOD, 1947, s. 51 vd.; Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı teorisine yer verdiği eserin (L'esprit des Lois) türkçe baskısı için Bk. Montesquieu (Çev. Baldaş, Fehmi): *Kanunların Ruhu Üzerine*, 2 Cilt, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara 1963.

(3) Kuzu, s. 88.

(4) Özkol, Adil: «Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi», AÜHFİD, c. XXVI, 1969, sy. 1 - 2, s. 43.

(5) Özkol, s. 43.

(6) Vedel, Georges (Çev. Timur, Taner): «Teşri ve İcranın Münasebetleri Problemi», AÜSBİD, c. XV, Eylül 1960, no. 3, s. 49.

(7) Vedel, s. 49.

Monarşiye karşı yürütülen mücadele, güçlü yasama organlarını ortaya çıkarmakla beraber, buna paralel olarak gelişen toplumsal anlayış farklılıkları ve oluşan şartlar da, yasamayı yürütme karşısında güçlü kılmıştır. Herşeyden önce, meşruiyet fikrinin muhtevası değişmiştir. İktidarın meşruiyeti gitgide halkın tayinine bağlanmaktadır. Monarhin tayini yavaş yavaş meşruiyetini kaybetmektedir. Öyleyse monark, ya ortadan kalkmalı, ya da sembolik bir makamla yetinmelidir (8). Seçimle gelen yasama organının, seçmenle daha az teması olan icra üzerindeki baskısı da artmıştır. Oy hakkının giderek yaygınlaşması ve demokratik düşüncelerin kök salması ile yürütmenin, yasama lehine olarak yetkilerinde bir sınırlama görülür (9). Bundan böyle siyasi iktidar, halkın temsilcilerine attır (10).

1789 Fransız ihtilalinden sonra gelişen liberal düşünce de, zayıf bir yürütme organı öngörmektedir. Klasik liberalizm, devletin rolünü nizam ve usuller koymaktan ibaret, bir hukuki faaliyetle sınırlar (11). Liberal devlet, ferdin dokunulmazlığını ve güvenliğini, toplumda güven ve huzuru sağlamakla görevlidir (12). Böylece 19. yüzyılda hüküm süren liberal kapitalizm zayıf hükümetleri gerekli kılmış dışa karşı ülkeyi koruma ve içerde asayiş sağlama işlevini, devletin görevi saymıştır (13).

Demokrasi, 1918 yılında halk tarafından tutulmanın doruğuna ulaşmıştı (14). Bundan sonraki aşama, ekonomik ve siyasi buhranlar dönemidir. Bu buhranları birçok demokrasi yara almadan atlattamamış ve birçok ülke diktatörlüklerin kucacağına düşmüştür (15). Gerçekten parlamento üstünlüğünün aşırı gelişimi, yürütmenin önemli problemleri çözecek tedbirler almasına engel olmuş ve buhranlar patlak vermiştir (16). Diktatörlüklerin yıkılmasından sonra yapılan yeni anayasalar ise bir tepki niteliği taşımışlar ve hürriyetçi görüşü yeniden kuvvetlendirmişlerdir (17).

(8) Vedel, s. 50.

(9) Teziç, Erdoğan: «Batı Demokrasilerinde Yürütmenin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi», İHİD, yıl 1, sy. 2, Ağustos 1980, s. 91.

(10) Aldıkaçtı, Orhan: *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı*, İstanbul 1960, s. 7 - 9.

(11) Arslan, s. 13.

(12) Aldıkaçtı, Orhan: *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1982, s. 238.

(13) Kuzu, Burhan: *Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul 1987, s. 78.

(14) Parkinson, C. Northcote (Çev. Harmancı, Mehmet): *Siyasal Düşüncenin Evrimi*, İstanbul 1976, s. 239.

(15) Parkinson, s. 239 vd.

(16) Soysal, Mümtaz: *Anayasaya Giriş*, Ankara 1968, s. 55.

(17) Mirkine - Guetzevich (Çev. Türel, A. Rıza): *Hukuku Esasiyede Yeni Temayüller*, Ankara 1938, s. 173.

Böylece yasama - yürütme ilişkileri reaksiyonlar şeklinde karşılıklı olarak birbirlerine ağır basma esasına dayalı olarak yürüyüp gitmiştir (18).

Bu aşamada belirtilmesi gereken husus, 19. yüzyılda hakim olan klasik liberalizmin, toplum ihtiyaçlarına cevap veremeyerek güçlü yürütmenin kapılarını açtığıdır. Ferdietçi ve liberal düşüncenin devlete yüklediği pasif rol, yani ferdin hayatına karışmama mecburiyeti, pratikte türlü maddi ihtiyaçlar ve yokluklar içinde bulunan fertlerin ve onların meydana getirdiği büyük kitlelerin tamamen kendi hallerine bırakılmaları demek oluyordu. Bu durumda teorik olarak bütün insanlar için kabul edilen hak ve hürriyetlerden gerçekte sadece maddi bakımdan varlıklı küçük bir zümre yararlanabiliyordu (19). Bu durumda devletin pasif rolünü terkederek bütün vatandaşların kendilerine tanınan haklardan tam ve eşit olarak faydalanmalarını sağlamak maksadıyla müdahalede bulunması ve tedbirler alması gereği doğmuştur (20). Bu, sosyal devletin oluşması demektir. Başlangıçta parlamentolar sosyal adaleti gerçekleştirme görevini yerine getirebilmişlerdir. Kiraları dondurmak, çalışma saatlerini sınırlamak, kanun koyucunun herhangi bir zorlukla karşılaşmadan yerine getirebildiği hususlardı. Bunu yapabilmek için ise, geniş halk kitlelerinden yükselen seslere kulak vermek yeterli olmaktadır (21).

Ancak 20. yüzyılın ikinci yarısında, devletin faaliyetlerinin niteliği değişmektedir. Artık halkın şikayetlerine kulak vermek yeterli değildir. Zira büyüme, hayat seviyesinin yükseltilmesi gibi konular bilinmekte olup, önemli olan bunlara tatminkar çözümler getirebilmek için istatistikleri dikkate almak, ekonomik tahminlerin iniş ve çıkışlarını denetlemek, piyasadaki durgunluğun belirtilerini ortaya çıkarmaktır (22). Bu ise, başdöndürücü bir hızla gelişmekte bulunan bilim ve teknolojinin yarattığı problemleri izlemek ve çareler bulabilmek için süratle karar alabilecek üstün nitelikli organların varlığını gerektirir (23). Bu konuda, uzman kişilere sahip olan yürütme, yüzlerce kişiden oluşan parlamentolara göre çok daha avantajlıdır. Ayrıca haber alma kaynakları da, hükümeti parlamento karşısında üstün kılmaktadır (24).

Yürütmenin, diğer anayasa organlarından üstün duruma gelmesi, hatta, yetkinin tek kişide toplanması, çeşitli ülkelerde farklı tarihlere

(18) Özkol, s. 45.

(19) Kapani, Münci: *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1970, s. 49.

(20) Kapani, s. 50.

(21) Teziç, s. 96.

(22) Teziç, s. 96 - 97.

(23) Özkol, s. 49.

(24) Özkol, s. 49.

oluşturmuştur. İlk olarak ABD'de Roosevelt'in 1933'de başkan seçilmesi, İngiltere'de 1940'da Churchill'in başbakan oluşu ile başbakanın kabine ve Avam Kamarası karşısında mutlak gücü ortaya çıkmıştır (25). Fransa'da yürütmenin üstünlüğü ise 1958 Anayasası ile bariz şekilde ortaya çıkar (26).

II. Yürütmenin Güçlenmesine Yolaçan Faktörler

1. Siyasi ve Ekonomik Faktörler

a) Bilim ve Teknikte Meydana Gelen Gelişmeler ve Bunların Yarattığı Problemler

Sosyal devlet ilkesinin kabulü ve devletin ekonomik ve sosyal alana müdahalesi bilimsel alanda da kendini hissettirmiş ve bilimsel bazı gelişmelere yolaçmıştır (27). 1950'den başlayarak kapitalizm, ilerlemiş sanayi toplumlarında olağanüstü bir gelişme gösterecektir. Bu teknik gelişme üretim, araştırma, düşünce ve günlük yaşamda da kendini gösterecektir (28). Elbette ki bu teknik ve bilimsel gelişme birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu problemler ise hemen çözülmesi gereken birtakım olayları doğurmaktadır. İşte böyle bir dönemde, başdöndürücü bir hızla gelişmekte olan bilimin ve tekniğin meydana getirdiği meseleleri takip edecek ve anında çözüm yolları bulacak, çareler arayacak dinamik organlara ihtiyaç duyulmaktadır (29). Bu organların çağımızın karmaşık problemlerini derinliğine kavrayabilmesi ve çözümler üretebilmesi gerekir. Bu durum ise yüzlerce milletvekilinden oluşan parlamenterler çok daha az kalabalık hükümetlere nazaran dezavantajlı kılacaktır (30). Yasama organı, yapısından da öte, hükümete göre haber alma kaynakları bakımından da çok zayıftır (31).

Bu gelişmelere paralel olarak, düzenleyici konular daha karmaşık bir durum almışlardır. Karmaşıklaşan konular ise, parlamentonun yeteneğini aşmış ve uzmanlık isteyen bir hâle bürünmüştür (32). 19. yüzyılda ise siyasi iktidarın işleri, bugüne göre oldukça basit ve kolaydı. Sosyal ve ekonomik düzenin genel prensiplerini tesbit etmek ve temel kamu

(25) Teziç, s. 93.

(26) Duverger, Maurice: *Droit Public*, Paris 1966, s. 70 - 71.

(27) Arslan, s. 16.

(28) Teziç, s. 99 - 100.

(29) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 85.

(30) Özkol, s. 49.

(31) Özkol, s. 49.

(32) Önbilgin - Oytan: *Öğretimde ve Uygulamada TC. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa aMhkemesi Kararlar Diziri*, Ankara 1977, s. 118.

hizmetlerini yerine getirmek yeterliydi. Böyle bir devlet anlayışında parlamento, görevlerini fazlaca zorlanmadan yerine getirebiliyordu. Fakat bir atom çağı olan 20. yüzyılda üretim araçları ve şekilleri bambaşka bir hal almıştır. Bu ise, uzman kişilere sahip olan icra organını bir anda ön plâna geçirdi (33). Artık üstünlük sırası icraya gelmiştir (34).

1929 yılında İngiliz parlamentosunda görüşülmekte olan bir kanun tasarısını yetkili bakan Chamberlain'dan başka ancak iki milletvekili daha anlayabilmiştir (35). Bu örnek, durumu çok çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır.

b) Olağanüstü Durumlar ve Bunların Sonuçları

Olağanüstü durumlar, devletin hukuk nizamında birtakım değişiklikler meydana getirirler (36). Harp, ayaklanma, buhran gibi ülke güvenliğini ve ekonomisini esaslı şekilde sarsan durumlarda yürütme organları normal zamanlara nisbeten çok daha tesirli ve geniş yetkiler kullanmaktadır (37). Büyük tehlikeler (topyekün harpler gibi) neticesinde icra kuvveti, hukuki plandaki «icra»nın rolünü fazlasıyla aşan, devletin merkezi unsuru şeklinde tezahür etmektedir (38).

Fevkalade hallerin anlamı, muhtelif ilkelere göre değişen bir muhtevaya sahiptir. Bu kavram üzerinde tam bir görüşbirliğinden söz etmek mümkün değildir. Doktrin hangi durumların fevkalade hal sayılacağını kesin ölçülerle ortaya koyamamıştır (39). Olağanüstü hal rejimlerinin tarifinin yapılmasındaki güçlük, çeşitli siyasal düşünceler ve ideolojik eğilimlere göre muhtelif anlamlar verilmesindedir (40). Ancak olağanüstü hal rejimlerini «fevkalade bazı hadiselerin pozitif hukuk nizamında değişiklikler doğurması» olarak tanımlayabiliriz (41).

Şunu da belirtmek gerekir ki, çağımızda kabul edilen olağanüstü hal rejimlerinin eski polis devleti ile mutlak hükümet ve idare sistemleri ile organik bir bağı yoktur. Modern diktatörlükler de fevkalade hal kavramı dışında kalırlar. Bu sistemde, istisnai birtakım durumlarda, devletin pozitif niza-

(134) Özbudun, s. 308 - 309.

(33) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 86.

(34) Vedel, s. 51.

(35) Özkol, s. 50.

(36) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 88.

(37) Özkol, s. 50.

(38) Vedel, s. 51.

(39) Özkol, s. 50.

(40) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 88.

(41) Daver, Bülent: Fevkalade Hâl Rejimleri, Ankara 1961, s. 1.

mının korunması amacıyla zaruri hertürlü tedbirin alınabilmesi anlaşılır (42). Olağanüstü hal rejimlerinin hukuki dayanağı hususunda ortaya birçok görüş atılmıştır (43). Burada bu teorilerin incelemesine girmeyeceğiz. Bizi asıl ilgilendiren husus bu tür rejimlerde, yürütmenin yetkilerinde meydana gelen gelişmedir. Gerçektende olağanüstü hal rejimlerinde yürütme organı, birçok yetkilerle donatılmaktadır ve daha da güçlenmektedir.

Devlet, birtakım tehlikelere maruz kaldığında, bu tehlikeleri atlatabilmek için olağan hukuki düzenlemeler dışında yetkilere ihtiyaç duyulur. Bu yetkiler ise yürütmeye verilir. Bunun en büyük sebebi ise daha öncede belirtildiği üzere yürütmenin daha süratli ve etkin kararlar alabilmesidir. Tabidir ki, olağanüstü hallerde çok hızlı karar alabilmek gerekir. Ayrıca alınacak önemli tedbirler teknik bilgi ve ihtisası gerektirmektedir. Bilindiği üzere parlamento karşısında yürütme, bu bilgi ve ihtisasa sahip bir organdır.

Olağanüstü hallerde herşeyden önce yürütmenin takdir yetkisi genişlemektedir. Böylece en uygun olan kararlar alınabilmektedir (44). Aynı şekilde bu dönemlerde yürütmenin düzenleme yetkisi de artmaktadır. Fransa'da 1953'de çerçeve kanunlar çıkartılmak suretiyle hükümete belli bir süre kaydı ile bazı hususlarda kanunları değiştiren kanun projelerini meclise sunma yetkisi verilmiştir. Belli süre içinde bu projeler görüşülmesse kanunlaşmış sayılacaktı (45). Aynı şekilde 1958 Anayasasının 38. maddesi uyarınca, parlamentonun kanun konusu sayılan alanlarda hükümete kararnameler yolu ile düzenleme yetkisi verilmesi öngörüldü (46). 1956 yılında çıkarılan Cezayir'deki fevkalade halle ilgili olan kanunda, hiçbir sınır gösterilmemiştir (47). Fransa'da, III. ve IV. Cumhuriyetler dönemindeki yetki kanunları ve bunlara dayanılarak çıkarılan kanun hükümünde kararnameler, yürütmenin olağanüstü dönemlerdeki gücünü gösterir (48). V. Cumhuriyet döneminde de 1958 Anayasası ile yürütmeye geniş yetkiler verilmiştir. Herşeyden önce KHK'ler Anayasaya girmiş ve Cumhurbaşkanına 16. madde ile son derece geniş yetkiler verilmiştir (49).

(42) Daver, s. 6 vd.

(43) Daver, s. 12 vd.

(44) Önbilgin - Oytan, s. 119.

(45) Özkol, s. 51 - 52.

(46) Özkol, s. 52.

(47) Daver, s. 95.

(48) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 94.

(49) Duverger, s. 99 - 100; Okandan, Recai G.: «4 Ekim 1958 Fransız Esas Teşkilat Kanunu, İÜHFİM, c. XXV, 1959, sy. 1 - 4, s. 59 vd.; Sarıca, Murat: «Fransa'nın V. inci Cumhuriyet Anayasası», İÜHFİM, c. XXVII, 1961, sy. 1 - 4, s. 70 - 72.

1982 TC. Anayasasında da, olağanüstü hallerde yürütmenin yetkilerinin genişlediğini görüyoruz. Mesela, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler KHK'lerle düzenlenemez. Oysa, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde böyle bir sınırlama sözkonusu değildir (md. 91/1). Gene, olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılacak olan KHK'ler için yetki kanununa gerek yoktur ve bu KHK'lerle karşı yargı yolu da kapalıdır (md. 148/1).

Fevkalade hal rejimi gereği olarak yürütmeye verilen olağanüstü ve istisnai yetkiler sayesinde yürütme organı, yasama organı aleyhine olarak güçlenmektedir. Fevkalade haller geçici niteliklerine rağmen rejimin geleceğini de büyük ölçüde etkilemektedir (50). Fevkalade haller, bitimlerden sonraki devreleri de etkilemektedirler (51).

2. Hukuki Faktörler

a) Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Değişmesi

Kuvvetler ayrılığı prensibi, daha önce de ifade edildiği üzere, yasama, yürütme ve yargı güçlerinin birbirinden ayrılmasını ve iradeleri birbirinden ayrı olan organlara verilmesini öngörmektedir. Geçen yüzyıllarda son derece önemli olan bu prensip, bu gün artık aynı önemi taşımamakta ve tartışılmaz gerçek olma özelliğini kaybetmiş bulunmaktadır. Gerçekten uzun yıllar boyu edinilen tecrübeler göstermiştir ki, bu kuvvetlerin birbirinden katı şekilde ayrılmaları mümkün değildir. Artık günümüzde yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan bir ortak çalışma ve işbirliği mecburidir (52).

Ayrıca günümüzde birçok hür ülkede güçlü yürütme organına ihtiyaç duyulmakta (53) ve bu hükümetler çok çeşitli yetkilerle donatılmaktadır (54).

Bu durum, parlamenter sistemin değiştiğinin, kuvvetler ayrılığı teorisinin fiilen değerden düştüğünün bir işaretidir. Bunun sonucu olarak da yürütme ön plana çıkmış ve güçlenmiştir. Bunun sebebi olarak da siyasi partileri görmek mümkündür (55). Gerçekten siyasi partiler, yasama ve

(50) Özkol, s. 52.

(51) Özkol, s. 53.

(52) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 111 - 112.

(53) Giraud, Emile: *Le Pouvoir Exécutif Dans Les Démocraties D'Europe et D'Amérique*, Paris 1938, s. 390.

(54) Giraud, s. 2 - 3.

(55) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 112.

yürütme organları arasındaki ilişkileri tesbit eden kuvvetler ayrılığı teorisinin değerini hiçe indirmektedir (56). Partilerin gelişmesi, Aristo ve Montesquieu'den esinlenen eski siyasi kategorileri altüst etmiştir (57). Artık kuvvetler ayrılığının derecesi anayasa hükümlerinden çok, parti sistemine bağlı kalmaktadır (58). Parlamentoda salt çoğunluğu elinde bulunduran parti, bütün hükümet mevkilerinin de elinde bulundurduğu için, yasama ve yürütme arasında çok güçlü bir bağ kurar (59). Dolayısıyla yürütmeye ve yasamaya hakim olan, aynı partidir (60).

Şu halde, modern devlet, kuvvetler ayrılığı prensibinin ifade ettiği anlamda, yasama ve yürütme ayrılığına uzaktır (61).

b) İktidarın Şahsileşmesi

Modern demokrasilerde parlamentonun önemini azaltan bir sebep de iktidarın şahsileşmesidir (62). Güçlenen yürütme, giderek şahsileşmiştir. Yürütmenin elde ettiği yetkiler fiilen tek kişinin elinde toplanmaya başlamıştır (63). Günümüzde yürütme organı, baştaki başkan veya başbakanın adıyla anılmakta, seçimler parlamento kurmaktan daha çok kimin yürütme organının başına geleceğini tayin etmek maksadıyla yapılmaktadır (64).

İktidarın kişiselleşmesi, mevcut müesseselerin geri planda kalarak alınmış kararların bir kişiye atfedilmesi ve tüm siyasi teşkilatın bu tek kişi tarafından temsil edildiğinin, canlandırıldığı kabul edilmesidir (65). Bu olay günümüz modern demokrasilerinde çarpıcı şekilde ortaya çıkar. Mesela Fransa'da De Gaulle, Pompidou, Almanya'da Adenauer, İngiltere'de Mac Millan, İsveç'te Tage Erlander, ABD'de Roosevelt'in yönetimdeki hakimiyetleri bunun tipik belirtileridir (66).

İktidarın şahsileşmesinde en önemli faktör, parti disiplindir. Bunun yanında bir diğer faktör, kitle haberleşme vasıtalarıdır. Artık kitleler rad-

(56) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 113.

(57) Duverger, Maurice (Çev. Özbudun, Ergun); *Siyasi Partiler*, Ankara 1974 s. 500.

(58) Duverger, *Siyasi Partiler*, s. 502 vd.

(59) Duverger, *Siyasi Partiler*, s. 502.

(60) Duverger, Maurice (Çev. Erkut, Necati): *Seçimle Gelen Krallar*, İstanbul 1986, s. 187.

(61) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 122.

(62) Özkoç, s. 69.

(63) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 124.

(64) Özkoç, s. 69 - 70.

(65) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 124.

(66) Teziç, s. 97 - 98.

yo, televizyon, gazete gibi araçlarla aile içine girmekte, mesajlarını daha etkili şekilde verebilmektedirler. Böylece liderler halk arasında en çok konuşulan şahsiyetler olmaktadır. Böylece ortaya çıkan karizmatik lider, kendisini ülkeyi kalkındıran bir kurtarıcı olarak kabul ettirmektedir. Kitle haberleşme vasıtaları ile bu imaj yoğun bir şekilde yansıtılmakta, ismi her fırsattan yararlanılarak topluma duyurulmakta, liderin büyük boy portreleri her tarafa asılmakta ve neticede karizmatik lider idari mekanizmayı ele geçirmektedir (67).

Sonuç olarak şu söylenebilir; iktidarın şahsileşmesi olgusu klasik kuvvetler ayrılığı prensibi ve buna dayanan parlamenter sistemi kökünden sarsmıştır (68). Yürütme iyice kuvvetlenmiştir. Yeni bir karizmatik iktidar doğmuştur. Hukukçular, bunu düzenlemek ve yeni dengeyi hukuka yansıtmak durumundadırlar (69).

c) Sosyal Hakların Anayasalarda Yer Alması

19. yüzyıldan başlayarak genellikle «pozitif» edim gerektiren haklar şeklinde tanımlanan sosyal haklar, klasik temel hak ve hürriyetler yanında yer almaya başlamışlardır (70). Klasik ferdi hakların aksine sosyal haklar, hak sahibine, kendisi için bazı şeylerin yapılmasını, bir edimde bulunulmasını talep etme imkanı verirler (71). Devlet, artık, müdahalede bulunmama şeklinde davranmamakta, vatandaşın refahı için birtakım mükellefiyetlerle donatılmaktadır. Sosyal haklar, özellikle II. Dünya Savaşından sonra yapılan tüm anayasalarda yer almıştır (72). Bu gün özellikle, yürütmenin ekonomik müdahaleleri devamlı, düzenli ve sistemli olmakta ve bütüncü bir karakter arz etmektedir (73).

Günümüzde devletin en önemli özelliği bir «hizmet devleti» olmasıdır. Vatandaşlar devletten hizmet bekliyor, problemlerine ortak olmasını istiyor ve ihtiyaçlarını idareye bildirdikleri zaman, bunların eksiksiz yapılmasını ve karşılanmasını istiyor (74). Bu gelişmelerin sonucu olarak ortaya çıkan sosyal devleti, vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşama seviyesi sağlamayı ödev bilen devlet, şeklinde

(67) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 125 - 126.

(68) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 130.

(69) Tunaya, T. Zafer: *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1980, s. 456.

(70) Sosyal haklar için Bak. Göze, Ayferi: *Sosyal Devlet Sistemi*, İstanbul 1980.

(71) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 130.

(72) Cansel, Erol: «Sosyal Devlet ve Aile», *AHFD*, 1969, c. XXVI, sy. 3 - 4, s. 16.

(73) Arslan, s. 19.

(74) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 134.

trif etmek mümkündür (75). Artık vatandaşlar, mevcut milli gelirin paylaşımı yolu ile sosyal adaleti gerçekleştiren devleti değil, toplam gelir kaynaklarının seviyesini koruyan, sonra da bunların geliştirilmesi ve çoğaltılması faaliyetlerini yürüten devleti görmek istiyor (76).

Bütün bu faaliyetleri yapacak organ ise, güçlendirilmiş yürütme organı olacaktır. Özellikle belirtilmesi gereken husus, şudur; hızlı kalkınma, vatandaşın refah seviyesinin artırılması gibi hususlar, planlama ile mümkün olacaktır (77). Duverger'de, zayıf hükümetlerle plan uygulaması yapılamayacağını, karma ekonomi ile kalkınmanın, yani kamu yararını isabetle belirleyecek kamu sektörünü bu yola sevk edebilmenin ancak sağlam hükümetlerin klavuzluğu ile gerçekleşebileceğini öne sürmüştür (78). Kalkınmayı amaçlayan planlama, elbette ki, yürütme organının yükünü ağırlaştırırken, bu ağır yükün altından kalkmasını sağlayacak yetkilerin kendisine verilmesini mecburi kılmıştır (79).

Görüldüğü üzere, icra organı ile plan arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Gerçekten ülke çapında yaygın bir gelişim ve değişim seferberliğini gerçekleştirmek için güçlü bir hükümet ve dinamik bir idare cihazı mevcut olmalıdır. Aksi takdirde güçsüz bir hükümetin tatbik edeceği plan, kendisinden beklenen faydayı sağlayamaz (80).

Sonuç olarak şunu ifade edelim ki, artık günümüzde yürütmeye geniş yetkiler verilmesi bir zaruret halini almıştır. Kuvvetli yürütme, asrımızın gerekleri açısından sadece meşru değil aynı zamanda şarttır (81).

III. Güçlü Yürütmeyi Oluşturan Anayasa Düzenlemeleri

1. 1958 Fransız Anayasası

1789 Fransız İhtilalinden sonra Fransa'da eski rejim yıkılarak yeni bir rejim kurulmuştur. Kurulan bu yeni rejim çeşitli aşamalardan geçerek bugünkü duruma gelmiştir. Bu dönemde birçok anayasa değişiklik-

(75) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 132.

(76) Teziç, s. 95.

(77) Planlama için Bak. Giritli, İsmet: *Kalkınma ve Türkiye*, İstanbul 1962, s. 28 vd.; Tan, Turgut: *Planlamanın Hukuki Düzeni*, Ankara 1976; Vedel, George (Çev. Göze, Ayferi): «Siyasi İktidar ve Planlama», İÜHFİM, 1966, c. XXXII, sy. 1, s. 286 - 302.

(78) Özkoç, s. 53 - 54.

(79) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 138.

(80) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 137.

(81) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 136.

leri olmuş, iki imparatorluk, birkaç diktatörlük, bir ana monarşi ve beş tane cumhuriyet yaşanmıştır (82).

Bu dönemler içerisinde en istikrarsız olanları III. ve IV. Cumhuriyet dönemleridir. Bu heriki dönemde de yasama, yürütmeye göre daha üstündür (83). IV. Cumhuriyet döneminde ülkenin siyasal bünyesi bozulmuş, siyasi partilerde disiplin kalmamış, parlamento saygınlığını yitirmiş, çalışmalarını aksatmış, koalisyon hükümetleri istikrarlı bir yönetim kuramamışlardır (84).

13 Mayıs 1958'de Cezayir'de patlak veren ayaklanma, IV. Cumhuriyetin hayatına son verdi (85). 1 Haziranda IV. Cumhuriyetin son hükümeti, ordunun da baskısıyla hükümet başkanlığını General De Gaulle'e devretti. Yeni bir anayasa hazırlanması için de Da Gaulle'e tam yetki verildi (86). Hazırlanan anayasa, 28 Eylülde halkoyuna sunulmuş ve %80 ekseriyetle kabul edilerek 4 Ekim 1958'de yürürlüğe girmiştir (87). Yeni Anayasa, birçok hür ülkenin ihtiyacı olan güçlü yürütme organını (88) gerçekleştirmiştir. Bu anayasa ile meclislerin yetkilerinin kısılmasında, yürütme organının yetkilerinin genişletilmesine ve devlet başkanına olağanüstü, özel yetkiler verilerek başkanlık sistemine yakın bir sistem getirilmesine özen gösterilmiştir (89).

a) Cumhurbaşkanının Yetkileri

1958 Fransız Anayasasının en önemli özelliği, cumhurbaşkanına tanıdığı yetkililerdir. Bu sebepten 1958 Anayasasının prezidansiyel rejime kaydığı iddia edilmiştir (90). Bu Anayasa, devlet başkanını politik hayatın temel taşı yapmıştır (91).

Cumhurbaşkanı, başbakanı atar ve hükümetin istifasını sunması üzerine de başbakanın görevine son verir. Ayrıca başbakanın teklifi üzerine kabine üyelerini atar ve görevlerine son verir (md. 8). Burada önemli olan husus, istifasını sunmadıkça başbakanı ve onun teklifi olmadık-

(82) Özer, Atilla: *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri*, Ankara 1981, s. 71.

(83) Özer, s. 71.

(84) Oytan, Muammer: «Fransa'da Yürütme Organının Yetkileri ve Güçlü Olma Nedenleri», *TODAİED*, s. 15, sy. 1, Mart 1982, s. 86.

(85) Sarıca, s. 62.

(86) Sarıca, s. 62.

(87) Duverger, Maurice: *Droit Public*, s. 68.

(88) Giraud, s. 390.

(89) Oytan, s. 86.

(90) Sarıca, s. 63.

(91) Özer, s. 73.

ça da bakanları azledememesidir. Ancak uygulamada hükümetin düzenleyici işlemlerini imzalamamak suretiyle başbakanı istifaya zorlayabileceği kanaati yaygındır (92).

Cumhurbaşkanı, bakanlar kuruluna başkanlık eder. Bu durum sürekli'dir. Bakanlar kurulunun başkanlığı, Cumhurbaşkanının asli yetkisidir. Başbakan bu yetkiyi vekaleten kullanabilir (md. 21). Cumhurbaşkanı orduların da başkomutanıdır (md. 15).

Cumhurbaşkanı, devletin sivil ve askeri memurlarını tayin eder (md. 13). Bakanlar kurulunca müzakere edilen emirnameleri ve kararnamele-ri imza eder (md. 13). Cumhurbaşkanına imzadan imtina suretiyle bir veto hakkı tanınmıştır (93). Ayrıca cumhurbaşkanının parlamento'yu fesih hakkı vardır (md. 12). Cumhurbaşkanı karar vermeden önce başbakana ve parlamento başkanlarına danışır. Ancak bu, kendini bağlamaz (94). Sınırlı bazı hallerde cumhurbaşkanı, kanun tasarılarını referanduma sunabilir. Cumhurbaşkanı, bu yetkisini de tek başına kullanır (md. 11) (95).

Cumhurbaşkanının kazaî bazı yetkileri de vardır (96). Aslında cumhurbaşkanı doğrudan doğruya hiçbir kazaî yetki kullanamaz. Ancak dolaylı olarak yargı işlerini etkiler. Anayasa konseyi üyelerinin üçünü atar ve bu konseye müracaat hakkı vardır. Dokuz üyeden oluşan yüksek hakimler konseyinin tüm üyelerini atar ve konseye başkanlık eder. Ayrıca cumhurbaşkanının af yetkisi de vardır.

1958 Anayasası 16. maddesi ile cumhurbaşkanına olağanüstü bazı yetkiler vermiştir (97). Anayasanın 16. maddesine göre, «Cumhuriyetin kurumları, ulusun bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü veya uluslararası taahhütlerin yerine getirilmesi vahim ve yakın bir şekilde tehdit edildiği ve anayasal kamu erklerinin düzenli biçimde işleyişleri sekteye uğratıldığı takdirde cumhurbaşkanı, başbakanın, meclislerin başkanlarının ve anayasa konseyinin görüşlerini resmen aldıktan sonra, bu hal ve şartların gerektirdiği önlemleri alır» (98). Bu hüküm uyarınca fevkalade hallerde cumhurbaşkanı, hükümetin, meclislerin ve diğer kamu kuvvetlerinin yerini almakta, yetkileri hiçbir sınır tanımamaktadır (99). Ancak 16. maddenin son fıkrası uyarınca, bu yetki kullanıldığında parlamento kendiliğ-

(92) Oytan, s. 87.

(93) Sarıca, s. 67.

(94) Oytan, s. 89; Sarıca, s. 68.

(95) Duverger, Droit Public, s. 97.

(96) Duverger, Droit Public, s. 97 - 98.

(97) Duverger, Droit Public, s. 98 vd.

(98) Oytan, s. 91; Sarıca, s. 70.

(99) Sarıca, s. 70.

den toplanacak ve bu yetki kullanıldığı sürece meclis feshedilemeyecektir. Cumhurbaşkanının aldığı tedbirler hakkında anayasa konseyi ile istişare olunacaktır (100). Böylece bu yetkilerin kullanımı parlamento ve anayasa konseyi tarafından kontrol edilecektir (101).

b) Hükümetin Yetkileri

Anayasanın 20. maddesinde hükümetin genel yetkileri belirtilmiştir. «Hükümet, milli politikayı belirler, sevk ve idare eder. Ordu ve idare hükümetin emrindedir.»

1958 Anayasasının yürütmeyi güçlendirmeye yönelik en belirgin özelliklerinden biri, bakanlar kuruluna geniş düzenleme yetkisi vermesidir. Anayasanın 34. maddesi parlamentonun hangi konularda kanun çıkarabileceğini açıkça belirlemiştir. Bunlar dışında kalan konularda, 37. madde hükmü uyarınca düzenleyici işlemler sözkonusu olacaktır (102). Ayrıca 1958'den sonra, yasama organı bir konuyu 34. madde kapsamına ve bu nedenle kendi yetkisine girdiği inancı ile düzenlerse, yani bir kanun çıkarırsa, başbakanın itirazı üzerinden anayasa konseyi bu konunun kanun ile düzenlenecek bir konu olmadığına karar verirse, bu kanun kararname ile değiştirilebilecektir (103).

1958 Anayasası 38. maddesi ile de hükümete, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermiştir (104). III. ve IV. Cumhuriyetler döneminde (Decret - Loi) olarak geçen KHK, 1958 Anayasasında (Ordonnance) olarak zikredilmektedir (105). 38. maddeye göre, hükümet, programının uygulanması maksadıyla, belirli bir süre için, normal olarak 34. maddede sayılan konulara dahil olan yani kanun ile düzenlenmeleri gereken alanlarda KHK çıkarmak için parlamentodan izin alabilir. Parlamento bir yetki kanunu ile buna izin verirse ordonnance'ler, Conseil D'Etat'nın görüşü alındıktan sonra, bakanlar kurulunca çıkarılır ve esasen bu kurula başkanlık eden cumhurbaşkanınca imzalanır (106).

Hükümet, sıkıyönetim, tehlikeli hal ve genel seferberlik de ilan edebilir.

Bakanlar kurulu, cumhurbaşkanına referanduma başvurmayı da öne-

(100) Okandan, s. 13.

(101) Duverger, Droit Public, s. 99.

(102) Waline, Marcel: *Droit Administratif*, Paris 1959, s. 1.

(103) Oytan, s. 97.

(104) Waline, s. 2.

(105) Duverger, Droit Public, s. 109.

(106) Oytan, s. 97.

rebilir. Ayrıca başbakan, anayasaya aykırı olduğuna inandığı bir kanunun ya da sözleşmenin anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi için anayasa konseyine başvurabilir.

2. 1961 ve 1982 TC. Anayasaları

1921 ve 1924 Anayasalarında kuvvetler birliği ilkesi sözkonusuydu. Ancak 1950 - 1960 döneminde kuvvetli icradan şikayet edilmeye başlanmıştır. Kuvvetli icra ve onun doğurduğu sıkıntılardan şikayet edile edile 1960'lara gelindi. 27 Mayıs İhtilalinden sonra hazırlanan 1961 Anayasası da bu düzene tepki niteliği taşıyordu. 1961 Anayasası bir kuvvetler dengesi öngörüyordu. Böylece iktidar mümkün olduğu kadar bölünüyordu. Bu tip iktidar anlayışı ise yürütmeyi zayıflatan bir durum arz ediyordu. 1961 Anayasası sistemi içerisinde icranın yetkileri kısılmış, ona yetki verilmekte adeta kıskançlık gösterilmiştir (107).

1961 ve 1982 Anayasaları arasında, yürütmenin yetkileri açısından oldukça değişiklikler vardır. Cumhurbaşkanına ve hükümete 1961'e nazaran 1982 Anayasası ile daha fazla yetkiler verilmiştir. 1961 Anayasasında yasamaya yetki, yürütmeye ise görev denilmiştir. 1961 Anayasasında yürütme, ikincil bir mahiyet arz eder (108). Oysa 1982 Anayasasında yürütmeden görev ve yetki olarak bahsedilmiştir.

a) Cumhurbaşkanının Yetkileri

1982 Anayasasında cumhurbaşkanı ve başbakanın statüleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu prensibi benimsenmiş ve sorumluluk getirmeyen hallerden cumhurbaşkanına, tek başına imza yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargı alanına ilişkin yetkileri teker teker belirtilmiş ve çok sayıda yetki verilmiştir. Cumhurbaşkanının tek başına imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine her türlü yargı yolu kapatılmıştır (109).

1961 Anayasasında eksik bir şekilde kabul edilmiş bulunan fesih müessesesi (110), seçimlerin yenilenmesi şeklinde düzenlenmiş ve 1961 Anayasasındaki gerçekleşmesi oldukça güç şartlardan kurtarılmıştır (111).

(107) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 141 - 143.

(108) Ergeç, Ruşen: *Regards Sur La Constitution Turque de 1982*, Ankara 1988, s. 58.

(109) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 156.

(110) Özçelik, Selçuk: «Yeni Anayasamız Muvacehesinde Yasama ve Yürütme Organlarının Münasebetleri Hakkında Bazı Düşünceler», İÜHFİM, c. XXVII, 1961, sy. 1 - 4, s. 44.

(111) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 162.

Cumhurbaşkanının 1961 Anayasasında olduğu gibi kanunları meclise geri gönderme yetkisi vardır. 1982 Anayasasına göre, geri gönderilen kanunda meclis tarafından herhangi bir değişiklik yapıldığı takdirde, cumhurbaşkanının yeniden geri gönderme hakkı vardır. Bu durum 1961 Anayasasında tartışmalı idi. Ancak 1982 Anayasası bu konuyu düzenleyerek tartışmalara son vermiştir (112).

Ayrıca 1961 Anayasasından farklı olarak, 1982 Anayasası ile, Anayasa değişikliklerinin cumhurbaşkanı tarafından referanduma götürülmesi yetkisi vardır. Gene 1961 Anayasasından farklı olarak cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamını atar.

b) Bakanlar Kurulunun Yetkileri

1961 Anayasası zayıf bir yürütme organı öngörmekteydi. Yürütmeyi zayıflatan bu tip bir iktidar anlayışı, bizim tarihi idare anlayışımıza da ters düşmekteydi. Bizde ortak kanaat, hükümetin, yani siyasi iktidarın herşeyi yapmaya muktedir olmasıdır. Dolayısıyla halk, bu düşüncenin tabii bir sonucu olarak herşeyi hükümetten beklemektedir. Halbuki 1961 Anayasası sistemi içerisinde icranın yetkileri kısılmıştır. İcra organının bu zayıf statüsü sonucu idari mekanizma işlemez duruma düşmüştür. Bu düşünceden hareket edilerek, 1971 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle, yürütme organı bu zayıf statüden kurtarılarak güçlendirilmek istenmiştir (113).

1961 Anayasasında yürütmenin düzenleme yetkisinin yetersizliği, Anayasa Mahkemesi tarafından bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Gerçekten Anayasa Mahkemesi 1973 tarihli bir kararında bakanlar kurulunun anayasanın 107. maddesi çerçevesinde sadece tüzükler çıkarabileceği yolundaki görüşün isabetsizliğine ve bakanlar kurulunun yönetmelik çıkarma yetkisinin de mevcut olduğunu belirtmektedir (114). Başka bir kararda da, «Yürütme organının bu maddeler dışında kanunun verdiği yetkiye dayanarak genel nitelikte hukuki tasarruflarda bulunması idare hukukunun esaslarına uygundur. Bunun hilafını kabul etmek yürütme faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içine sokmak ve özellikle kamu güvenliği veya genel sağlığı yakından ilgilendiren çok acil olayların ortaya çıkmasında bir iş yapamaz, tedbir alamaz hale getirmek demek olur ki, bunun da ne ülke yararına ne de anayasanın ruhuna uygun düş-

(112) Aliefendioğlu, Yılmaz: «Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi», *TODAYED*, c. 21, sy. 1, Mart 1988, s. 9 - 10.

(113) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 146.

(114) E. 1967/41, K. 1969/57, Kt. 23, 24 ve 25.10.1969, AMKD, sy. 8, s. 18.

meyeceği ve idare fonksiyonunun gerekleriyle bağdaşmayacağı ortadadır» demektedir (115).

Anayasa Mahkemesine göre, yürütme organı sadece tüzük ve yönetmelikler değil, bunun dışında başka bir isim altında «genel nitelikte hukuki tasarruflarda» bulunabilmekte ve bu idare hukukunun esaslarına uygun düşmektedir.

Şu halde, 1961 Anayasası döneminde yürütme, görevini kanunlar çerçevesinde yerine getirir kuralı biraz geniş yorumlanmıştır.

1961 Anayasası döneminde, kuvvetler arasında bozulan denge 1971 de yapılan değişiklikler ile düzeltilmeye çalışılmıştır. 1971 yılında yapılan en önemli değişiklik, KHK müessesesinin kabulü olmuştur. Böylece yürütme, parlamentonun da tasvibi ile geniş bir düzenleme yetkisine sahip olmuştur. Hükümet, parlamentoya çok sıkı bağlı kalmayarak ekonomik ve teknik değişimlere hızla ayak uydurabilme imkanına kavuşmuştur. 1982 Anayasası ile de yürütmeye verilen KHK çıkarma yetkisi, daha da güçlendirilmiştir.

1961 Anayasası döneminde, yetki kanununda KHK ile yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça belirtilmesi gerekiyordu. Oysa 1982 Anayasası ile bu mecburiyet kaldırılmıştır. Bu son derece önemli bir değişikliktir. Böylece hükümet geniş bir hareket sahasına kavuşmuş olmaktadır. Ancak gene de KHK'nin yetki kanununda belirtilen çerçevede düzenlemede bulunacağı açıktır.

1982 Anayasasının getirdiği bir diğer yenilik ise, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun çıkardığı KHK'ler için yetki konununa ihtiyaç duyulmamasıdır. Bu düzenlemede, yürütmeyi güçlendiren son derece önemli bir düzenlemedir. Ayrıca bu dönemde çıkarılacak KHK'ler için Anayasa Mahkemesi'ne gidilmesi de mümkün değildir.

Bu düzenlemeler ile yürütme, güçlendirilmeye çalışılmış ve 1961 Anayasasına göre oldukça yeni yetkiler verilmiştir. Bu yetkiler sayesinde hükümetin son derece süratli ve etkili kararlar alabilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

aa) Hükümetin Parlamenter Faaliyetleri Etkisi

Artık günümüzde hükümetler, parlamento faaliyetleri üzerinde oldukça etkili olabilmektedirler. Bunun en büyük sebebi, parlamentoda ço-

(115) E. 1973/12, K. 1973/24, Kt. 7.6.1973, AMKD, sy. 11, s. 271.

ğunluğu elinde bulunduran siyasi partinin aynı zamanda hükümet olmasıdır. Böylece hükümet parlamentoyu istediği şekilde yönlendirebilmektedir.

Hükümetin parlamentoya etkisi, en çarpıcı şekilde kanun çıkarılması üzerinde görülür. Herşeyden önce kanun tasarılarının sayısı, kanun tekliflerinden çok fazladır (116). Ayrıca kanunlaşan tasarıların sayısı, kanun tekliflerinden çok daha fazladır.

Parlamentodaki komisyonlar üzerinde de, hükümetin etkisi olmaktadır. Herşeyden önce hükümete mensup parlamenterler, komisyonlarda çoğunluğu sağlamaktadırlar (117).

Sonuç olarak, parlamenter faaliyetler üzerinde yürütme organının yetkisi gün geçtikçe artmakta (118), parlamentoda belirgeç eğilim, genellikle hükümet yanlısı olmaktadır.

bb) Yürütmenin Düzenleme Yetkisi

Yüzyılımızda devlet tarafından düzenlenmesi gereken sahanın çok genişlemiş olması bu düzenlemenin hem süratle yapılması ve hem de sık sık değiştirilmesi lüzumu, düzenleme yetkisinin gittikçe genişlemesine yolaçmıştır (119).

Türk Hukukunda 1961 Anayasasının 107. ve 113. maddeleri ile tüzük ve yönetmeliklerden bahsederek, genel olarak düzenleyici sayılan bu işlemleri yürütmenin yetkileri arasında göstermiştir. 1982 Anayasasında 115. ve 124. maddelerinde bu işlemlerden söz etmiştir. Ayrıca Anayasasının koyduğu genel prensiplere göre yürütme, aynı zamanda düzenleme faaliyetini ihtiva etmektedir (120).

Türk kamu hukukunda düzenleme yetkisinin ortaya çıkış şekilleri çok çeşitlidir. Tüzük ve yönetmelikler bunlara örnek olarak verilebilir. Ayrıca yürütme, çeşitli adlar altında düzenleme faaliyetinde bulunabilir. Anayasalarda düzenlenen tüzük, yönetmelik gibi işlemler yanında bazı özel kanunlarla bakanlar kuruluna veya bakanlıklara kararname, karar tebliğ gibi isimler taşıyan düzenleyici işlemler yapma yetkisi de tanınmıştır (121).

(116) Özkol, s. 64.

(117) Özkol, s. 66.

(118) Özkol, s. 66.

(119) Özkol, s. 61.

(120) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 73.

(121) Kuzu, ...Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, s. 73.

1961 Anayasasının 64. ve 1982 Anayasasının 91. maddesinde tanıyan KHK çıkarma yetkisinde, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin çarpıcı bir örneğini teşkil eder.

cc) Güçlü Yürütmenin Ayrılmaz Parçası : Kanun Hükmünde Kararame- meler

Daha önce defalarca belirtildiği üzere, yürütme organının güçlenmesinin bir sonucu olarak ve değişen şartlar içerisinde etkin ve süratli kararlar alabilmesi için sözkonusu organın, bazı yetkilerle donatılması gerekmektedir. Bunun en etkin yolu ise icra organının yasama fonksiyonuna katılması, bazen de düzenleme alanının genişletilmesi şeklinde kendini gösterir (122). Bu durumda yürütme, artık normal yetkisini aşmakta ve kanun koyucuya ait olan bir alana müdahale etmektedir.

Bu gelişmeler sonucunda KHK yolunun hukuk düzenleri içerisinde görülmeye başlandığı tespit edilebilir. KHK'ler ilk olarak Fransa'da Napolyon döneminde (123) yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır (124). Aynı şekilde, güçlü yürütme esasına dayanan ve devlet başkanına aşırı yetkiler veren (125), 1958 Fransız Anayasasında da «ordonnance» adı altında yer almıştır.

Yasama organının konu, süre ve amacı belirleyen bir yetki kanunu ile verdiği yetkiye veya doğrudan doğruya anayasadan aldığı yetkiye dayanarak, hükümetin çıkardığı, maddi anlamda kanun gücüne sahip, parlamentonun onayı ile şekil ve organik anlamda kanun gücünü kazanan kararname, olarak tarif edilebilecek KHK'ler (126), Türk Hukukuna 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile girmiştir. Değişiklik gerekçesinde, parlamenter rejimlerde kanun yapmanın belli usullere uyulmasını gerektirdiği ve bunun da zaman aldığı ileri sürülerek özellikle «değişen iktisadi ve sosyal şartların gereği olarak bazı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konulabilmesi çağdaş devlet anlayışının tabii bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır» denilmektedir (127).

(122) Kuzu, ...Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 181.

(123) Duverger, Droit Public, s. 22 vd.

(124) Kuzu, ...Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 294.

(125) Duverger, Droit Public, s. 69.

(126) Bak. Teziç, Erdoğan: «Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler», TODAİED, c. 5, sy. 1, 1972, s. 8; Ünal, Şeref: «Mukayeseli Hukukta Kararname Mefhumu ve Tatbikatı», AD, yıl 62, sy. 10, Ekim 1971, s. 662; Günday, Metin: *İdare Hukuku Dersleri I*, Ankara 1984, s. 265.

(127) Tan, Turgut: «Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması», TODAİED, c. 17, sy. 4, Eylül 1984, s. 33.

Görüldüğü üzere KHK'ler bir mecburiyetin sonucu olarak kabul edilmiş ve güçlü yürütme anlayışının ayrılmaz bir parçası olmuştur (128). KHK'lerin gerekli olup olmadığı hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Ancak KHK yolunun kabulü ile birlikte birtakım meselelerin de ortaya çıkabileceği muhakkaktır. Herşeyden önce KHK'ler kötü niyetli uygulamalarla hükümetin keyfi davranışlarına zemin hazırlayabilir. Hatta, parlamentonun tamamen devreden çıkarılması sonucunu dahi doğurabilir. Çağdaş demokratik rejimlerde, güçlü yürütmenin mecburiyet olduğu kabul edilmekle birlikte, parlamentonun tamamen devreden çıkarılması, demokratik rejimin özüne ters düşer.

KHK'ler 1982 Anayasasında da yer almış ve 1961 Anayasasına göre KHK uygulamasını biraz daha güçlendirerek, yürütmeye daha fazla imkan sağlamıştır. 1982 Anayasasına göre, yetki kanununda, KHK ile yürürlükten kaldırılacak kanunların sayılmasına gerek kalmamış, sıkı-yönetim ve olağanüstü hal durumlarında yetki kanuna gerek duyulmayacağı hükmü getirilmiş ve bu dönemde çıkarılacak olan KHK'lere karşı yargı yolu kapatılmıştır.

Burada tartışılması gereken bir husus da, KHK yolunun Anayasanın 7. maddesinde yer alan «yasama yetkisinin devredilemeyeceği» kuralına uyup uymadığıdır. Bu konuda doktrinde bir çok görüş ortaya atılmıştır. KHK yolunun benimsenmesi ile, yasama yetkisinin devredileceği görüşünü savunanlar (129) olduğu gibi, yasama yetkisinin devrinin sözkonusu olamayacağını iddia edenlerde olmuştur (130). Bu konuda yapılan tartışmalara girmeyeceğiz. Sonuç olarak şunu belirtebiliriz; Klasik kavramlarla meselenin halli mümkün değildir. Kamu hukukunda yerleşmiş bulunan «yetki devri» kavramı KHK için sözkonusu olamaz. Çünkü, kamu hukukunda yetki devri, katı bir anlam ifade eder. Yetki devrinde bulunan kişi veya organ, belirlediği süre dolmadıkça bu yetkiyi artık kendisi bizzat kullanamaz (131). Oysa KHK'ler için böyle bir durum sözkonusu olamaz.

(128) Eoğlam, Fazıl: «Kanun Hükümünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar», Anayasa Yargısı I, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1984, s. 261.

(129) Anayasa Değişikliği Öntasarısı Hakkında Türkiye Barolar Birliğinin Görüşleri, Ankara 1971, s. 39 - 40; Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 160.

(130) Eroğlu, Cem: *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1974, s. 155 - 156; Yılmaz, Misket: «Türk Hukukunda Kanun Hükümünde Kararnemeler», B. Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, s. 534 - 535; Teziç, ...Yasama Yetkisi ve KHK'ler, s. 12; Sağlam, s. 265 - 266.

(131) Oytan, Muammer: «Fransa'da, Almanya'da ve Türkiye'de Yasama Yetkisinin Devredilmezliği ve Yürütme Organının Kanun Hükümünde Kararname Çıkarma Yetkisi», Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 591.

TBMM'nin belli bir konuda, belli bir süre hükümete düzenleme yetkisi vermesi durumunda, bu konuda kanun çıkarmak hak ve yetkisinden mahrum kalması düşünülemez. Ancak, yayınlanarak yürürlüğe giren KHK'ler, meclis gündeminde uzunca bir süre bekletildiklerinde, izahı güç bir durum ortaya çıkmaktadır. Hele KHK, yetki kanununa aykırı olarak çıkarılmışsa ve bu haliyle mecliste uzunca bir süre bekletilmişse, kanun güç ve kuvvetinde olduğuna göre, yasama yetkisi devredilmemiş diyebilir miyiz? Bu elbette ki son derece güç olur. Anayasa koyucu da, yasama yetkisinin devredilmezliği prensibini korumak gayesiyle, KHK'lerin yayınlanıncaya kadar yayınlanmaz TBMM'ne sunulması esasına kabul etmiştir. Böylece KHK üzerinde meclisin iradesi etkili kılınmak istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun ile 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'a eklenen 1 ve 2. maddelerinin iptali için açılan davalar dolayısıyla konuya ilişkin görüşlerini açıklarken, yasama yetkisinin devrinin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, görüşlerini şu şekilde açıklamıştır; «Kanun koyucunun esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için hükümete yetki vermesi, yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakılacağı anlamına almak doğru olmaz. Kanun koyucu düzenleme alanının esaslarını tespit ve amacı tayin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur. Bu suretle yürütme organının görevlendirilmesi yasama yetkisinin devredildiği manasını taşımadığından ortada Anayasanın 5. maddesine aykırılık söz konusu olamaz» (132).

3. 1958 Fransız Anayasasının, 1982 TC. Anayasasına Etkisi

1958 Fransız Anayasası ile 1982 TC. Anayasası arasındaki benzerlikler ilk bakışta hemen dikkati çekmektedir. 1982 Anayasasında, 1958 Fransız Anayasasında olduğu gibi yasama organı karşısında yürütme organını, yürütme organı içindedir. Özellikle cumhurbaşkanını güçlendirme eğilimi hakimdir (133). Anayasanın 104. maddesi, cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini uzun bir liste halinde sıralamıştır. 1982 Anayasasının

(132) E. 1963/4, K. 1963/71, Kt. 28.3.1963, AMKD, sy. 1, s. 161 - 164. Söz konusu karar, 1971 Anayasa değişikliğinden önce verilmiş olmakla birlikte, KHK'ler için de geçerli olabilecek özelliktedir.

(133) Özbudun, s. 308.

da cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler oldukça fazladır. Ayrıca 1961 Anayasasında yer almayan yetkiler de tanınmıştır.

104. maddede sayılan işlemlerin bir kısmı, 1958 Fransız Anayasasındaki paralel niteliktedir. Bu yetkileri şu şekilde sıralayabiliriz; Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek, Anayasa değişikliklerini istediği takdirde halkoyuna sunmak, kanunlar, KHK'ler ve TBMM içtüzüğü hakkında Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak, Anayasa Mahkemesi Üyelerini seçmek (134).

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası, 1958 Fransız Anayasasına göre klasik parlamenterizme çok daha yakındır. Herşeyden önce cumhurbaşkanlığı makamını güçlendirme konusunda, 1958 Fransız Anayasası kadar ileri gitmemiştir.

Her iki Anayasa arasında önemli benzerlikler olmasına rağmen, birçok değişik düzenlemenin de olduğunu görmekteyiz. Fransız sisteminde cumhurbaşkanının bakanlar kuruluna başkanlık etmesi kuralken, 1982 Anayasasında bu istisnadır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararları Türkiye'de, cumhurbaşkanı başkanlığındaki bakanlar kurulu tarafından alınabilirken, Fransa'da Anayasanın 16. maddesine dayanarak cumhurbaşkanı tek başına alır (135).

İki Anayasa arasındaki en önemli farklılık ise Fransa'da cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesine karşılık, Türkiye'de cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçilmesidir (md. 102).

IV. Amerikan Sisteminin Yürütmenin Yetkileri Açısından Kara Avrupası İle Kısa Bir Mukayesesi

İlk olarak belirtelim ki ABD'de, Avrupa'da görüldüğü üzere yürütme organına karşı sert bir mücadele verilmemiştir. Amerikada demokrasi kavgasının İngiliz tacına karşı yapıldığı düşünülürse, halkın milli kurtuluş savaşı sonunda kurulmuş olan Amerikan icra organını Avrupa'da olduğu gibi korkunç bir zalim saymamasının sebebi anlaşılır (136). Bu tür farklı bir tarihi gelişime karşılık, Amerika'da yürütme organına aşırı yetkiler verilmesinden kaçınılmış ve sert bir kuvvetler ayrılığı tatbik edilmiştir. ABD'de hükümet sisteminde kuvvetler ayrılığı ile yerinden yönetim birleştirilmiştir (137).

(134) Özbudun, s. 308 - 309.

(135) Duverger, Droit Public, s. 98 - 99.

(136) Özkol, s. 44.

(137) Lipson, Leslie (Çev. Karamustafaoğlu, Tuncer): *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Ankara 1978, s. 331.

Amerikan Anayasasında yasamanın, aynı zamanda yürütme ve yargı yetkilerini elinde bulundurması açıkça önlenmiştir (138). Federal planda icranın daha başlangıçtan itibaren seçimden çıkması ve aslında indirekt olan bu seçimin tatbikatta milli planda ve direkt cereyan eden bir seçim halini alması Amerikan icra kuvvetinin, yasamanın hakimiyetine tabi olma hususundaki umumi cereyana sürüklenmesine engel olmuştur (139). Amerikan sisteminde yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirlerine bir üstünlük kurması sözkonusu değildir. Bunlar kudret ve otorite bakımından birbirine eşittirler (140). Teoride böyle bir durum sözkonusu olmasına rağmen, uygulamada yürütme organı, yasamaya belli bir üstünlük kurmuş gözükmektedir (141). Başkanın sorumluluğu yoktur. Bakanlar, başkan tarafından yasama organı dışında seçilir. Bakanlar yasama organına değil, kendilerini seçen başkana karşı sorumludurlar.

Amerika'da başkan, yürütme gücünün sahibidir. Anayasa, başkana yürütme gücünü vermiş olmakla beraber, yürütmenin açık bir izahını vermemiştir. Bu sebepten ve kongrenin icraatındaki eksiklik dolayısıyla başkanın itibarı ve otoritesi yükselmiştir, bu ise uzun bir gelişme sonucunda olmuştur. Başkanlığın tarihi, başkanın itibarının yükselmesi tarihidir. Fakat bu yükselme birdenbire olmamış, fasılalarla olmuştur (142).

Amerika'da, başkanın hakimiyeti dört kaynağa dayanır. Birincisi Anayasadır. İkincisi, federal kanunlardır. Kongre zaman zaman başkana, ihtiyacı karşılamak için şahsi karar alma yetkisi tanıyan, geniş teferruatlı kanunlar çıkarmıştır. Üçüncüsü mahkeme kararlarıdır. Yüksek mahkeme, başkanın kuvvetinin artmasına, zaman zaman yardımcı olmuştur. Anayasa, merkezi kamu görevlilerinin atanmasında, senatonun tasvibinin alınacağını hükme bağlamıştır. Fakat başkanın, aynı kamu görevlilerini azlederken, böyle bir tasvibe ihtiyaç olmadığını yüksek mahkeme hükmüne bağlayarak, başkanın kuvvetinin artmasını sağlamıştır. Dördüncü olarak teamüllerde, başkanın kuvvet kazanmasına yardımcı olmuşlardır (143).

Görüldüğü üzere Avrupa'da olduğu gibi, zaman zaman yürütme Amerikada da kuvvetlendirilmiştir. Avrupa da hükümetlere KHK çıkarma yetkisi veren yetki kanunları gibi, ABD'de de başkanın yetkilerini artıran kanunlar çıkarılmıştır. Ancak genede ABD'de sert bir kuvvetler ayrılığı

(138) Lipson, s. 344.

(139) Vedel, Teşri ve İcra Münasebetleri, s. 51.

(140) Özer, s. 18.

(141) Özer, s. 18.

(142) Özer, s. 21 - 22.

(143) Özer, s. 25 - 26.

sözkonusu olmuş ve yasama-yürütme karşılıklı olarak belli araçlarla birbirlerini kontrol etmiştir.

Amerikan sisteminde göze çarpan bir husus ise, gelişmeler olmakla birlikte, istikrarlı bir manzara göstermesidir. Oysa Kara Avrupasında bir çok değişiklikler olmuş, belli bir sistem istikrarlı olarak uygulanamamıştır. Mesela Fransa'da 1789 Devriminin patlak verişinden bu yana, en azından ondört anayasal rejim denenmiştir (144). Bu hastalık ise Fransız toplumundaki düşünce ve çıkar ayrılıklarından kaynaklanmıştır. Fransa'da yalnız hükümet istikrarını değil, anayasal muvaffakati sağlamak için de gerekli çoğunluklar bulunamamıştır (145).

Görüldüğü üzere ABD'de sert bir kuvvetler ayrılığı uygulanmasına rağmen, Avrupa'daki gelişmelere paralel olarak yürütme zaman zaman güçlendirilmiştir. Özellikle başkanın olağanüstü haller dolayısıyla sahip olduğu yetkiler onun kudretini, daha da çok artırmıştır (146). Bütün bu gelişme tarihi bir gerçekten çıkmaktadır; Kuvvetli bir yürütme tehlikelidir, zayıf bir yürütme ise emniyetli olabilir, fakat etkisizdir (147). Asrımızda ise etkili ve süratli kararlara ihtiyaç vardır.

SONUÇ

Yüzyılımız modern demokrasilerinin en belirgin özelliği yürütme organının güçlenmesi ve siyasi kurumlar içerisinde sivrilerle ön plana çıkmasıdır. Bu gelişme birdenbire olmamış, tarihi gelişme içerisinde şartlara göre belirmiştir. Elbette ki günümüz devleti, geçmiş devletlerle mukayese edilemeyecek derecede mükellefiyetler yüklenmiştir. Artık günümüzde hemen herşey devletten beklenmekte, her türlü meseleye devletin çözüm bulması istenmektedir. Devlet üzerine düşen bu görevleri yapabilmek için yetkilere ihtiyaç duymakta, dolayısıyla görevleri fiilen yerine getirecek olan yürütme organı çok çeşitli yetkilerle donatılmaktadır.

Yürütmenin güçlenişi bir ihtiyaç olarak belirmiş olmasına rağmen, yürütme bu yetkilerini anayasa çerçevesi içinde yerine getirecek ve sorumluluğu olacaktır. Bunun aksi bir durum ise, demokratik rejim ile bağdaşmayan ve diktatörlüklere zemin hazırlayan bir rejim olacaktır. Öyleyse, yürütmeye birçok yetkiler verilmekle beraber, onun etkili bir şekilde

(144) Lipson, s. 314.

(145) Lipson, s. 315.

(146) Özer, s. 25.

(147) Özer, s. 25.

denetlenmesi de son derece gereklidir. Bu demokratik rejimin geleceği açısından son derece önemli olan bir husustur.

BİBLİYOGRAFYA

Aldıkaçtı, Orhan : Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı, İstanbul 1960.

Aldıkaçtı, Orhan : Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982.

Aliefendioğlu, Yılmaz : Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi TODAİED, c. 21, sy. 1, Mart 1988.

Anayasa Değişikliği Öntasarısı Hakkında Türkiye Barolar Birliğinin Görüşleri.

Arslan, Süleyman : Bakanlar Kurulunun İktisadi ve Mali Alandaki Görev ve Yetkileri, Ankara 1982.

Cansel, Erol : Sosyal Devlet ve Aile, AÜHFĐ, 1969 c. XXVI, sy. 3 - 4.

Daver, Bülent : Siyasal Bilime Giriş, Ankara 1968.

Daver, Bülent : Fevkalade Hal Rejimleri, Ankara 1961.

Duverger, Maurice : Droit Public, Paris 1966.

Duverger, Maurice (Çev. Özbudun, Ergun) : Siyasal Partiler, Ankara 1974.

Duverger, Maurice (Çev. Erkurt, Necati) : Seçimle Gelen Krallar, İstanbul 1986.

Ergec, Ruşen : Regards Sur la Constitution Turque de 1982, Ankara 1988.

Eroğlu, Cem : Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1974.

Giraud, Emilé : Le Pouvoir Exécutif Dans Les Démocraties D'Europe et D'Amérique, Paris 1938.

Kapani, Münci : Kamu Hürriyetleri, Ankara 1970.

Kuzu, Burhan : Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985.

Kuzu, Burhan : Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul 1987.

Lipson, Leslje (Çev. Karamustafaoğlu, Tuncer) : Politika Biliminin Temel Sorunları, Ankara 1978.

- Mirkine, Guetzevich** (Çev. Türel, A. Rıza) : Hukuki Esasiyede Yeni Temayüller, Ankara 1938.
- Okandan, Recai G.** : 4 Ekim 1958 Fransız Esas Teşkilat Kanunu, İÜHFİM, c. XXV, 1959, sy. 1 - 4.
- Oytan, Muammer** : Fransa'da, Almanya'da ve Türkiye'de Yasama Yetkisinin Devredilmezliği ve Yürütme Organının Kanunu Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi, Onar Armağanı, İstanbul 1977.
- Oytan, Muammer** : Fransa'da Yürütme Organının Yetkileri ve Güçlü Olma Nedenleri, TODAİED, c. 15, sy. 1, Mart 1982.
- Önbilgin - Oytan** : Öğretide ve Uygulamada TC. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararlar Dizini, Ankara 1977.
- Özbudun, Ergun** : Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986.
- Özçelik, Selçuk** : Yeni Anayasamız Muvacehesinde Yasama ve Yürütme Organlarının Münasebetleri Hakkında Bazı Düşünceler, İÜHFİM, c. XXVII, 1961, sy. 1 - 4.
- Özer, Atilla** : Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara 1981.
- Özkoç, Adil** : Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi, AÜHFİD, c. XXVI, 1969, sy. 1 - 2.
- Parkinson, C. Northcote** (Çev. Harmancı, Mehmet) : Siyasal Düşüncenin Evrimi, İstanbul 1976.
- Sağlam, Fazıl** : Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı I, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1984.
- Sarıca, Murat** : Fransa'nın V. Cumhuriyet Anayasası, İÜHFİM, c. XXVII, 1961, sy. 1 - 4.
- Soysal, Mümtaz** : Anayasaya Giriş, Ankara 1968.
- Tan, Turgut** : Planlamanın Hukuki Düzeni, Ankara 1976.
- Tan, Turgut** : Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması, TODAİED, c. 17, sy. 4, Eylül 1984.
- Teziç, Erdoğan** : Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler, TODAİED, c. 5, sy. 1, 1972.
- Teziç, Erdoğan** : Batı Demokrasilerinde Yürütmenin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi, İHİD, yıl. 1, sy. 2, Ağustos 1980.

Tunaya, T. Zafer : Sosyal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980.

Ünal, Şeref : Mukayeseli Hukukta Kararname Mefhumu ve Tatbikatı, AD, yıl 62, sy. 10, Ekim 1971.

Vedel, George (Çev. Göze, Ayferi) : Siyasi İktidar ve Planlama, İÜHFM, c. XXXII, 1966, sy. 1.

Vedel, George (Çev. Timur, Taner) : Teşri ve İcranın Münasebetleri Problemi, AÜSBFD, c. XV, Eylül 1960.

Waline, Marcel : Droit Administratif, Paris 1959.

Yılmaz, Misket : Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977.



YARGI KARARI KONUSU OLMUŞ BİR MİRAS HUKUK PROBLEMİNİN ÇÖZÜMÜ

Doç. Dr. Mehmet ÜNAL (*)

OLAY: Miras bırakan Murat öldüğü zaman geride, Selahaddin, Rıdvan ve Osman adında üç oğlu ile Ayşe adında bir kızını mirasçı bırakır. Bu dört çocuğundan başka mirasçısı bulunmayan mirasbırakan kızından mal kaçırmak için ölümünden önce değişik tarihlerde oğulları lehine çeşitli sağlararası teberrular (kazandırmalar) da bulunur. Bunlar, Tablo II'de görüldüğü üzere, 1968 tarihinde Selahaddin, Rıdvan ve Osman lehine eşit olarak yapılan ve toplam değeri 4.926.248 TL. olan; 25.6.1974 tarihinde, Selahaddin ve Rıdvan lehine eşit olarak yapılan ve toplam değeri 1.760.904 TL. olan; keza 28.3.1978 tarihinde Selahaddin, Rıdvan ve Osman lehine eşit olarak yapılan, toplam değeri 8.215.569 TL. olan kazandırmalardır. Bu kazandırmalar dolayısıyla mirasbırakan Murat öldüğü zaman geride bıraktığı terekenin mevcudu 206.666 TL., tereke borcu ise 200.000 TL'dir. Bunun üzerine kendisinden bu suretle mal kaçırmış olan Ayşe dava açmış ve bu dava ile iade ve tenkis talebinde bulunmuştur. Yargıtay, davayı, mahkeme sırasında bilirkişilerce yapılan iade ve tenkis hesaplarını doğru bulmayarak bir kaç kere ilk mahkemenin verdiği kararı bozarak iade etmiştir.

1. Dosyada mevcut bilirkişi raporları ve diğer belgeler ile tereke mevcudu, tereke borcu ile davalılara yapılan temlik ve kazandırmaların tarihi, hukukî sebebi, nisbet ve miktarları tesbit edilmiştir. Tenkis işlemi ve diğer hesaplamalar bu değerler üzerinden yapılmıştır.

a) Tereke mevcudu, miras açıldığı zaman terekede mirasbırakan adına mevcut aktif kalemleri ifade eder (1). Müşahhas olayımızda bu kalemler 246, 276 ve 282 parsel sayılı taşınmazların değerinden oluşmaktadır.

(*) A. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Miras Hukuk, İstanbul 1978, s. 376.

Buna göre tereke mevcudu :

Parsel No:	Değeri :
246	24.985.8.- Tl.
276	179.064.9.- Tl.
282	2.617.5.- Tl.
TOPLAM	206.668.2.- Tl

b) Tereke borcu ise taksimden önce tereke mevcudundan ödenmesi gereken borçları ifade eder. Düşahhas olayımızda bu borçlar mirasbırakan'ın birlikte yaşadığı kimselerin son bir aylık geçim giderleri ile cenaze masraflarından meydana gelmektedir (MK. m. 454).

Buna göre tereke borcu :

Bir aylık geçim gideri	: 50.000.- Tl.
Cenaze masrafı	: 150.000.- Tl.
TOPLAM	200.000.- Tl.

c) Davalılara yapılan temlik ve kazandırma konusu :

Taşınmazın Parsel No:	Tasarruf Tarihi:	Hukukî Sebebi:	Değeri:
294	28.3.1978	Rücu şartı ile hibe	3.223.168.2 Tl.
879	»	»	3.112.516.8 Tl.
880	»	»	1.879.884.0 Tl.
281	25.6.1974	Hibe	1.760.904.0 Tl.
568	1968	Satış	252.713.5 Tl.
585	1968	»	4.673.534.4 Tl.
TOPLAM KAZANDIRMA :			14.902.721.0 Tl.

2. Eşini daha önce kaybeden mirasbırakan Murat 9.9.1984 günü öldüğü zaman geride mirasçı olarak Selahattin, Rıdvan ve Osman adlarında üç oğlu ile Ayşe adında bir kızını bırakmıştır. Mirasbırakan'ın, füruu zümresine dahil bu dört çocuğundan başka mirasçısı bulunmamaktadır. Onun için bunlardan her biri terekenin 1/4 nisbetinde miras payına sahiptir. Bu payın 3/4'ünü mirasçının mahfuz hissesi; 1/4'ünü ise mirasbırakanın tasarruf nisabı oluşturur.

3. Mirasbırakan oğullarından Selahattin, Rıdvan ve Osman lehine değişik tarihlerde çeşitli sağlararası teberrular (kazandırmalar) da bu-

lunmuştur. Bu kazandırmaların M.K. m. 507/4 uyarınca tenkisi talep edilmiş ve mahkemece bu talep kabul edilmiştir.

Ancak sözkonusu kazandırmaların davacı Ayşe'nin mahfuz hissesini ihlâl edip etmediğini, etmiş ise bunun miktarını; keza ihlâl edilen mahfuz hissenin kimlerden, ne miktar tenkis edilerek tamamlanacağını tesbit için öncelikle miras payı, mahfuz hisse ve tasarruf nisabının hesabında esas olan terekenin bulunması gerekir. Bu terekenin hesabına tereke mevcudunun tesbiti ile başlanır. Müşahhas olayımızda tereke mevcudu 206.666.- TL.dir. Mahfuz hisse ve tasarruf nisabının hesabında esas olan terekenin bulunabilmesi için önce bu miktardan toplamı 200.000.- TL. olan tereke borcunu çıkarmak; sonra da elde edilen sonuca, yani sâfi (net) terekeye tenkise tabi sağlararası kazandırmaları eklemek gerekir. Bu esaslara göre her iki işlem sırası ile yapılacak olursa, mahfuz hisse ve tasarruf nisabına esas olan tereke elde edilir.

Buna göre :

a) Tereke mevcudu	:	206.666.- TL.
Tereke borcu	:	200.000.- TL.
Sâfi (net) tereke	:	6.666.- TL.
b) Sâfi (net) tereke	:	6.666.- TL.
Sağlararası kazandırmalar toplamı	:	14.902.721.- TL.
Mahfuz hisse ve tasarruf nisabına esas olan tereke	:	14.909.387.- TL.

4. Yukarıda bulunan 14.909.387.- TL.lık tereke esas alınarak her mirasçının miras payı ve mahfuz hissesi hesaplanmalıdır. Her mirasçının miras payı bu terekenin 1/4'ü, mahfuz hissesi ise bu payın 3/4'ü olduğuna göre :

Mirasçının Adı :	Mahfuz hisseye esas tereke :	Miras payı :	Mahfuz hissesi :
1. Selahattin	$14.909.387 \times 1/4$	$3.727.347 \times 3/4$	= 2.795.510.- TL.
2. Rıdvan	»	»	2.795.510.- TL.
3. Osman	»	»	2.795.510.- TL.
4. Ayşe	»	»	2.795.510.- TL.
TOPLAM	4/4	14.909.388	11.182.040.- TL.

(TABLO : I)

5. Yukarıdaki hesaptan anlaşıldığı üzere, davacı Ayşe'nin mahfuz hissesi de, diğerlerinin gibi, 2.795.510.- Tl.dir. Bunun 1.666.- Tl.sı sâfi (net) terekeden Ayşe'nin hissesine isabet eden miktar ile (yani $6.666/4 = 1.666$.- Tl. ile) karşılanacaktır. O halde davacı Ayşe'nin sağlararası kazandırmalarla ihlâl edilen mahfuz hisse miktarı $(2.795.510. - 1.666.) = 2.793.844$.- Tl.dir.

6. Mirasbırakan oğullarından Selahattin, Rıdvan ve Osman'a değişik tarihlerde yaptığı kazandırmalarla kızı Ayşe'nin mahfuz hissesini ihlâl etmiştir. Ayşe'nin mahfuz hissesini ihlâl eden kazandırmaların hukuکی sebebini, yukarıda görüldüğü üzere, satış, hibe, rücu şartıyla hibe oluşturmaktadır. Satış ve hibe gibi, rücu şartı ile hibeye (Bk. m. 242) dayanan temlik ve tasarruflar da birer sağlararası kazandırmadır (2). Zira rücu şartı ile hibe infisahî (bozucu) şarta bağlı olduğundan tasarruf konusu taşınır veya taşınmaz eşyanın mülkiyeti teslim veya tescille birlikte hibe edilene, yani burada davalılara geçer. Bu suretle bağışlanan davalılara geçen mülkiyetin, bağışlayana rücu = avdet etmesi bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi şartına bağlanmıştır. Aksine bağışlayan bağışlanandan önce öldüğü takdirde teslimle veya, burada olduğu gibi, tescille birlikte daha önce bağışlanana geçmiş olan mülkiyet artık rücu yönünden şarta bağlı olmaktan kurtulur ve kesin bir kazandırma halini alır. Esasen her infisahî şarta bağlı akit gibi, rücu şartı ile hibe de kurulduğu andan itibaren hüküm doğurur. Bundan dolayı Yargıtay'ın görüşünün aksine (3) rücu şartı ile «bağışlama, yararına bağış yapılanın bağışlayandan sonra ölmesi halinde» hüküm ifade etmez; aksine baştan itibaren hüküm ifade eden kazandırma o andan itibaren rücu şartına bağlı olmaktan kurtularak kesinlik kazanır. Nitekim Yargıtay bir kararında (4) «rücu şartı ile yapılan bağışlar, ölüm günü gerçek bağış halini alır», rücu şartına bağlanmış bağış, bağışlayan «(A)'nın öldüğü tarihte davalının (bağışlananın) mülkiyetine kayıtsız şartsız geçmiştir» diyerek bu hususu açıkça ifade etmiştir. Onun için BK. m. 242'de düzenlenen «rücu şartı ile hibe», BK. m. 240/II'de düzenlenen «tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama» değildir. Zira bunlardan birincisinde «bağışlayanın sağlığında gerçekleşmiş bir elden bağışlama»; ikincisinde «bir bağışlama vadi

- (2) İnan, A. Naim; Miras Hukuku, Ankara 1969, s. 94; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 126 vd.; Tandoğan, Halük; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1985, s. 367 vd.; İmre, Zahit; Türk Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 92 vd.
- (3) Yarg. 2 HD. 19.10.1978, E. 6998/K. 7216 (Ank. Baro Der. 1978, s. 999 vd.); 2 HD. 19.10.1978, E. 6181/K. 7238 (Ank. Baro Der. 1978, s. 1001); 2 HD. 22.2.1983, E. 1269/K. 1419 (Yasa Dergisi, Eylül 1983, s. 1302).
- (4) Yarg. 2 HD. 27.9.1984, E. 6342/K. 7097 (YKD. Ocak 1985, sy. 1, s. 21).

sözleşmesi» sözkonusudur (5). Bundan dolayı Yargıtay'ın «bağışlama, rücu şartına bağlı olduğu için, ölüm anında gerçekleşmiş olur» (6), «temlik rücu şartı ile bağış olup ölüm anında hukukî sonuç doğurur» (7) ifadelerini, lehine bağışlama yapılan kimsenin önce ölmesi halinde bağışlama konusu şeyin bağışlayana «rücuu = avdeti» ile ilgili görmek gerekir. Aksi halin kabulü yukarıda açıklanan gerçeklere aykırı düşer. Bu bakımdan Yüksek Mahkememizin aksine olanı bozma kararını ve diğer içtihatlarını (8) yerinde ve isabetli bulmuyoruz.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere tenkise tabi kazandırmalar arasında ölüme bağlı tasarruf bulunmamaktadır. O halde davacı Ayşe'nin ihlâl edilen 2.793.844.- TL'lik mahfuz hissesi sağlararası tasarruflardan yapılacak tenkislerle tamamlanacaktır. Sağlararası tasarruflardan tenkis belli bir tertip ve sıra gözetilerek yapılır. Bunun için tenkis işlemine en son tarihte yapılan sağlararası tasarruftan başlanır ve ihlâl edilen mahfuz hisse tamamlanana kadar en eski tarihli tasarrufa doğru devam edilir (MK. m. 512). Bu durumda tenkisin kimden, ne miktarda ve hangi tasarruftan yapılacağını tesbit edebilmek için öncelikle sağlararası tasarrufları tarih sırasına koymak gerekir. Buna göre toplam değeri 8.215.569.- TL. olan 28.3.1978 tarihli kazandırma birinci; toplam değeri 1.760.904.- TL. olan 25.6.1968 tarihli kazandırma ikinci; toplam değeri 4.926.248.- TL. olan 1968 tarihli kazandırma ise üçüncü sırada yer almaktadır. 1/3 nisbetinde Selahattin, Rıdvan ve Osman lehine yapılan birinci ve üçüncü sıradaki kazandırmalardan, davalılardan herbirine sırası ile 2.738.523 ve 1.642.082.- TL'si, 1/2 nisbetinde yalnız Selahattin ve Rıdvan lehine yapılan ikinci sıradaki kazandırmadan sadece adı geçenlerden her birine 880.452.- TL'si isabet eder. Sözkonusu kazandırmalar yukarıdaki esaslar dahilinde bir sıralamaya tabi tutulacak olursa aşağıdaki tabloda görülen sonuçlar elde edilir.

Lehine kazandırma yapılanlar	Birinci	İkinci	Üçüncü	TOPLAM
	Sıra	Sıra	Sıra	
	28.3.1978	25.6.1974	1968	
1. Selahattin	2.738.523.-	880.452.-	1.642.082.-	5.261.057.- TL.
2. Rıdvan	2.738.523.-	880.452.-	1.642.082.-	5.261.057.- TL.
3. Osman	2.738.523.-	—	1.642.082.-	4.380.603.- TL.
TOPLAM	8.215.569.-	1.760.904.-	4.926.248.-	14.902.717.- TL.

(TABLO : II)

(5) Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 126 vd.

(6) Yarg. 2 HD. 22.2.1983, E. 1269/K. 1419 (Yasa Derg. Eylül 1983, s. 1302).

(7) Yarg. 2 HD. 19.10.1978, E. 6998/K. 7216 (Ank. Baro Derg. 1978, s. 999).

(8) Yarg. 2 HD. 19.10.1978, E. 6181/K. 7238 (Ank. Baro Derg. 1978, s. 1001).

Davacının ihlâl edilen mahfuz hissesi önce birinci sırada yer alan kazandırmalardan yapılacak tenkislerle tamamlanmalıdır. Birinci sırada yer alan kazandırma davalılarından her birine aynı anda ve aynı nisbetlerde (1/3) yapıldığından Ayşe'nin ihlâl edilen 2.793.844.- Tl.lik mahfuz hissesi herbirinden eşit nisbette yapılacak tenkislerle tamamlanacaktır. Başka bir ifade ile her davalıya yapılan birinci sıradaki kazandırmadan eşit miktarda tenkis yapılacaktır. O halde her davalıdan yapılacak tenkisin miktarı 793.844'ün 1/3'üne eşittir. Bu da $(2.793.844 \times 1/3) = 931.281.-$ Tl.sı yapar.

Bu miktar önce davalılardan herbirine yapılan birinci sıradaki kazandırmalardan çıkarılacaktır. Bu işlem yapıldığında aşağıdaki sonuçlar elde edilir:

Lehine kazandırma yapılanlar :	Birinci Sıra 28.3.1978 :	Tenkisi gereken Miktar :	BAKİYE :
1. Selahattin	2.738.523.-	— 931.281.-	= 1.807.242.- Tl.
2. Rıdvan	2.738.523.-	— 931.281.-	= 1.807.242.- Tl.
3. Osman	2.738.523.-	— 931.281.-	= 1.807.242.- Tl.
TOPLAM	8.215.569.-	2.793.844.-	5.421.726.- Tl.

7. Birinci sırada yer alan sağlararası kazandırmalardan yapılan tenkis davacının ihlâl edilen mahfuz hissesini tamamlamaya yettiğinden ikinci ve üçüncü sırada yer alan kazandırmalara başvurmaya gerek kalmamıştır.

8. Yukarıda elde edilen bakiye ile davalılar lehine yapılan ikinci ve üçüncü sıradaki kazandırmalar, davalılara net terekeden isabet eden miktar toplanacak olursa herbirinin miras payı bulunmuş olur. Aynı şekilde davacının tenkisle tamamlanan mahfuz hissesi ile sâfi (net) terekeden kendisine isabet eden miktar toplanınca onun miras payı bulunmuş olur. Bu miras payı aynı zamanda davacı Ayşe'nin mahfuz hissesidir. Buna göre mirasçılardan herbirinin miras payı aşağıdaki gibidir :

Mirasçılar	Birinci Sıra		Safi (Net)	
	bakiyesi :	2. sıra	3. sıra	Terekeden Miras İisabet eden : Payı :
1. Selahattin	1.807.242	880.452	1.642.082	1.666 = 4.331.442 Tl.
2. Rıdvan	1.807.242	880.452	1.642.082	1.666 = 4.331.442 Tl.
3. Osman	1.807.242	—	1.642.082	1.666 = 3.450.990 Tl.
4. Ayşe	2.793.844	—	—	1.666 = 2.795.509 Tl.
TOPLAM	8.215.570	1.760.904	4.926.246	6.664 = 14.909.383 Tl.

9. Yukarıdaki tablodan da anlaşıldığı üzere yapılan tenkise rağmen davalılardan herbirine isabet eden miras payı, 2.795.510.- TL'si tutan kendi mahfuz hisselerinden daha fazladır. Bundan dolayı mahfuz hisselerinin, kendilerine yapılan kazandırmalardan (kendilerine yapılan taşınmaz temliklerinden) çıkartılması sonucu değiştirmemektedir. Çünkü her birinden yapılan tenkis miktarı henüz onların mahfuz hisselerine erişmiş (tecavüz etmiş) değildir. Netice itibarı ile müşahhas olayda MK. m. 503'ün uygulanmasını gerektiren bir hal sözkonusu değildir.

10. Ayrıca tenkise tabi kazandırmaların sadece sağlararası tasarruflar oluşturduğundan tenkis yapılırken belli bir tertip ve sıraya uymak gerekir. Yukarıda açıklanan bu tertip ve sıra böyle bir tenkis işleminin yapılmasına da engeldir. Çünkü uyulması gereken tertip ve sıraya göre tenkis işlemi, kazandırmaya nail olan mirasçının mahfuz hisse miktarına kadar devam ettirilir; onun mahfuz hisse miktarına erişildiği anda da, başlamış olan bu tenkis işlemi durdurulur. Müşahhas olayda böyle bir duruma erişilmiş, yani mahfuz hisseye tecavüz edilmiş değildir. Bundan dolayı mahfuz hisselerinin kendilerine yapılan temliklerden önceden çıkartılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır.

11. Kaldı ki, Yargıtay'ın bozma kararı ve yukarıda zikredilen içtihatlar doğrultusunda rücu şartı ile hibeyi ölüme bağlı tasarruf sayarak MK. m. 503 ve 512 bir arada uygulanacak olursa mantık ve hukuk kurallarına aykırı düşen sonuçlara varılır. Ezcümle rücu şartı ile hibe-ölüme bağlı tasarruf sayıldığından mahfuz hisse ve tasarruf nisabına esas olan tereke miktarı dolayısı ile mahfuz hisse değişmeyecektir. Buna karşılık, bir ölüme bağlı tasarruf olarak rücu şartı ile hibe mirasbırakanın ölümü tarihinde, yani miras açıldığı zaman tereke içersinde mevcut olduğundan tereke mevcudu, sâfi (net) tereke, keza ihlâl edilen mahfuz hisse miktarı değişecektir.

Buna göre tereke mevcudunu bulabilmek için evvelki tereke mevcuduna, yani 206.666.- TL.sına rücu şartı ile hibe konusu taşınmazların değerini (8.215.569.- TL.) de eklemek gerekir.

Evvelki Tereke Mevcudu	:	206.666.- TL.
Rücu Şartı ile Toplam Hibe	:	8.215.569.- TL.
<hr/>		
Tereke Mevcudu	:	8.422.235.- TL.

Bu miktardan tereke borcu çıkarıldığında safi (net) tereke bulunur. Buna göre safi (net) tereke = (8.422.235 — 200.000) = 8.222.235.- TL.dir. Bu miktarın 1/4'ü safi (net) terekeden her mirasçıya isabet eden payı ifade eder. O halde bu pay (8.222.235 x 1/4) = 2.055.559.- TL.sı eder.

Başka bir ifade ile davacı Ayşe'nin mahfuz hissesinin 2.055.559.- TL'lik kısmını terekede mevcut ve rücu şartı ile hibe konusu taşınmazlardan elde edecektir. Ayşe'nin bu suretle elde edeceği miktar onun mahfuz hissesinden çıkarılacak olursa bakiye, ihlâl edilen mahfuz hissesini gösterir. Buna göre Ayşe'nin ihlâl edilen mahfuz hissesi (2.795.510.- — 2.055.559.-) = 739.951.- TL'sidir.

Ayşe'nin mahfuz hissesine tecavüz teşkil eden bu miktarın öncelikle MK. m. 512'ye göre Yargıtayca ölüme bağlı tasarruf sayılan rücu şartı ile hibeden tenkis edilmesi gerekir. Öte yandan MK. m. 503'e göre leh-dâr mahfuz hisseli mirasçı olduğu takdirde tenkis, kazandırmanın o mirasçının mahfuz hissesini aşan kısmı üzerinden yapılır. Rücu şartı ile hibeden davalılardan herbirine isabet eden miktar (8.215.569 x 1/3 =) 2.738.523.- TL'dir. Bu miktar, davalıların 2.795.510.- TL. olan mahfuz hisselerini aşmadığı için tenkis ölüme bağlı tasarruflardan, yani müşahhas olayımızda rücu şartı ile hibeden yapılmayacaktır. Böylece tenkis yapma sırası sağlararası tasarruflara gelmiş demektir. Başka bir ifade ile ortada bir ölüme bağlı tasarruf var iken, tenkis ondan önce sağlararası tasarruftan yapılacaktır. Böyle bir sonuç hem tenkis kurumunun dayandığı temel düşünceye, hem de MK. m. 512'nin açık ifadesine aykırı düşer.

Buna karşılık, Yargıtay'ın bozma kararı ile davalılardan herbirinin mahfuz hissesinin, ölüme bağlı olsun veya olmasın, kendisine yapılan bütün kazandırmaların toplamından çıkarılması ve tenkis işleminin kalan «bakiye»nin tamamı üzerinden yapılması kastediliyorsa, bu durum da MK. m. 503'e açık bir aykırılık teşkil eder. Zira sözkonusu maddede, mahfuz hissenin kendisinden çıkarılacağı kazandırmalar (teberrular) arasında sağlararası tasarruflar sayılmış değildir. Yargıtay'ın bozma kararı ile kastedilen bu değil de, çıkarma işleminden sonra elde edilen «bakiye»yi MK. m. 512'nin koyduğu esaslar dahilinde tenkise tabi tutmak ise, o takdirde de sonuçta bir değişiklik olmayacaktır. Başka bir ifade ile varılacak sonuç bizim daha önce elde ettiğimiz sonucun aynısı olacaktır. Zira bu halde de, ister sağlararası tasarruf sayılsın, ister ölüme bağlı tasarruf sayılsın tenkise tabi tutulacak ilk tasarruf 28.3.1978 tarihli rücu şartı ile hibe olacaktır. Yukarıda numara 7'de açıkladığımız üzere bu tasarruftan yapılan tenkis davacı Ayşe'nin ihlâl edilen mahfuz hissesini tamamlamaya yeteceğinden müteakip sıradaki tasarruflardan tenkis yapmaya gerek kalmayacaktır.

TARIMSAL TOPRAKLARIN MİRAS YOLUYLA PARÇALANMASI VE BUNUN EKONOMİK ZARARLARI

Doç. Dr. Mehmet ÜNAL (*)

İncelememizin başlığı «Tarımsal toprakların miras yoluyla parçalanması ve bunun ekonomik zararları» teşkil etmektedir. Bu başlık üç ayrı kavramı birlikte içine almaktadır. Bunlar sırasıyla,

- 1 — Tarımsal Toprak,
- 2 — Bu toprakların miras yoluyla parçalanması,
- 3 — Parçalanmanın ekonomik zararlarıdır.

Biz bu kavramlardan önce bir ve üçüncüsü, sonrada ikincisi üzerinde duracağız. Buna sebep ilki, yani tarımsal toprak kavramı, daha ziyade bizim ihtisas alanımız dışında kalan teknik bir tanımlı; üçüncüsü, yani ekonomik zararlar ise toprak parçalanmasının tabii ve ekonomik sonucunu ifade etmektedir.

Şu halde, burada ikincisi, yani tarımsal toprakların miras yoluyla parçalanması olgusu, meydana gelen ekonomik zararların asıl sebebini teşkil etmektedir. Bu sebebın ülkemizde yürürlükte bulunan pozitif hukuk kuralları çerçevesinde nasıl gerçekleştiğini ortaya koymak bu incelemeden beklenen fayda ve amaca daha fazla eder. Bu hususu dikkate alarak yukarıda belirttiğimiz kavramlar arasında sıra değişikliği yapmış bulunuyoruz.

1 — **TARIMSAL TOPRAK KAVRAMI** : Toprak ferdî ve toplumsal hayatın en önemli unsurlarından biridir. Gerçekten toprak fert için üzerinde ekim - dikim yaparak beslendiği, tehlikelerden korunduğu maddî zemini; devlet için ise ülke unsurunu teşkil eder. Şu halde toprak, fert ve onun meydana getirdiği toplumun teşkilatlanmış şekli olan devletin her türlü faaliyet ve uğraşlarının üzerinde ceryan ettiği bir hayat alanıdır.

Ülke toprakları önce «Yararlı» ve «Yararsız» topraklar olmak üzere ikiye ayrılır. Kendisinden hiç bir suretle istifade edilemeyen topraklar yararsız; buna karşılık şu veya bu yolla istifade edilen topraklar yararlı

(*) A. Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

topraklardır. Yararlı topraklar ise kendi içerisinde tarıma elverişli topraklar, tarıma elverişli olmamakla birlikte üzerinde bitki ve hayvan yetiştirilebilen topraklar, üzerinde inşaat, yol ve işyeri yapılabilen inşaat arazileri (arsalar), içinde maden bulunan topraklar olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır. Bu ayırmadan da anlaşıldığı üzere tarımsal topraklar yararlı toprakların başında gelmektedir (1). Tarımsal topraklar, üzerinde ekim, dikim, bakım, yetiştirme yapılabilen veya, orman hariç, doğrudan doğruya tabiatın yararlanmak suretiyle bitki ve hayvan üretimi yapılabilen veya ıslah (amélioration) suretiyle üretime elverişli hale getirilen topraklardır. Görülüyor ki, hâlen üzerinde ekim-dikim yapılan (kültürarazisi ile), orman hariç, mera, yaylak, kışlaklar ve ıslah yoluyla tarıma elverişli hâle getirilen topraklar bu tanım içinde yer almaktadır.

Şu halde tarımsal topraklar, hâlen üzerinde tarımsal üretim yapılan kültür arazileri ile ıslaha elverişli arazi ve bitki ve hayvan üretimine dolayısıyla elverişli olan mera araziler olmak üzere üç tür araziden meydana gelmektedir. Tarımsal toprakları bu şekilde anlamak, toprak kaynağını ve rezervini en geniş anlamda korumak demektir (2). Ancak bizim burada, üzerinde durmak istediğimiz tarımsal topraklar bu geniş anlamdaki topraklar olmayıp aksine dar ve teknik anlamdaki tarımsal topraklardır. Doktrin dar anlamdaki tarımsal toprakları kültür arazisi olarak anlamaktadır. Kültür arazisi emek, sermaye ve tekniğin birlikte kullanılmasıyla üzerinde hâlen üretim yapılan toprakları ifade eder. Bu toprakların önemli bir kısmı özel mülkiyet konusudur. Bunların bir kısmı üzerinde üretim, hayvan, araç - gereç benzeri vasıtalar sayesinde ve kredi, gübre gibi girdiler kullanılarak teşkilatlı bir şekilde yapılmaktadır. Bunlara kısaca tarımsal işletme denir (3). Ülkemizde bu tür işletmelerin dışında üzerinde tarımsal üretim yapılan büyük miktarlarda tarımsal topraklar bulunmaktadır. Geleneksel yöntemlerle üretim yapılan bu tür topraklara kısaca «tarımsal toprak» demek isabetli olur. Şu halde dar anlamda tarımsal topraklar kavramı tarımsal işletmeler ile geleneksel tarımsal toprakları birlikte ifade etmektedir.

Bu ayırımı ilerde yapacağımız açıklamalara esas teşkil edeceği için önemli buluyoruz.

2 — TARIMSAL TOPRAKLARIN PARÇALANMASININ EKONOMİK

ZARARLARI: Hiç şüphe yok ki, tarımsal üretimin en önemli unsuru toprak varlığıdır. Toprak varlığı kadar önemli olan bir diğer unsur da toprak

(1) Eren, Fikret; Toprak Hukuku Ders Notları (teksir), Ankara 1979, s. 1.

(2) Eren, a.g.e., s. 169.

(3) Zevkliler, Aydın; Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970, s. 72 vd.

büyükliğüdür. Zira tarım ekonomisi ve işletmecilik ilkelerine göre belirli büyüklüğün altındaki topraklar verimli şekilde işletilmeye elverişli değildir. Küçük topraklardan sahibinin ihtiyacını karşılayacak miktarda ürün elde edilemeyeceğinden bunlar ekonomik yönden yetersiz işletmelerdir. Onun için küçük toprak sahipleri, bu amaçla topraklarından vazgeçerek veya onları satarak terkederler. Bundan başka, bu suretle terk etmeseler bile, toprakları üzerinde yapacakları üretim onlar için tali bir geçim kaynağı teşkil edeceğinden verimli şekilde tarımsal üretim yapmazlar. Kaldı ki, bu şekilde elde edilen ürün çoğu zaman onların sarf ettikleri emek ve sermayelerini de karşılamaz. Bundan dolayı ortaya kendi kendine yeterli olmayan cüce ve cılız işletmeler çıkar. Şu halde ileri tarımsal işletmenin kurulabilmesi, bunların rantable şekilde işletilebilmesi için asgarî bir toprak büyüklüğüne sahip olması gerekir. Asgarî toprak büyüklüğünün tesbitinde çeşitli ölçüler kullanılmaktadır (4).

Bunlardan birincisi gelir ölçüsüdür. Buna göre tarımsal toprağın geliri ile diğer sektörlerden elde edilen gelirler mukayese edilir. Bu mukayese sonucu tarımsal işletmelerin geliri diğer sektörlerden elde edilen gelire eşit ise ortada kendi kendine yeterli büyüklükte bir tarımsal işletmenin var olduğu söylenir. Meselâ, iki işçinin yıllık gelirine eşit ürün veren toprak, yeterli büyüklükte tarımsal toprak sayılır.

Diğer bir ölçü işgücü ölçüsüdür. Buna göre önceden tesbit edilen belirli sayıdaki işgücüne yetecek istihdam imkanı ve gelir sağlayan topraklar yeterli büyüklükteki topraklardır.

Bir başka ölçüde toprağın yüzölçümüdür. Buna göre yüzölçümü yönünden tesbit edilen büyüklükte olan veya onun üstünde bulunan topraklar yeterli tarımsal topraklar sayılır.

Yeterli tarımsal toprağın asgarî büyüklüğü ekolojik şartlara, üretim tekniği ve çeşidine, zaman ve yere göre değişir. Bu bakımdan yeterli tarımsal toprak kavramı nisbî bir kavramdır. Bununla birlikte tarımsal toprağın sözkonusu niteliği onun için yeterlilik ölçüsünü oluşturur.

Hangi ölçü uygulanırsa uygulansın, genel olarak yeterli toprak büyüklüğünden bir çiftçi ailesinin geçimine yetecek kadar istihdam imkanı ve gelir sağlayan tarımsal topraklar anlaşılır. Şu halde, bu anlamdaki topraktan küçük toprak zaman, emek, enerji ve teknoloji israfı demektir. Küçük ve yetersiz topraklar yeniliklerin uygulanmasına engel olur. Onun için toprağın verimli olarak işletilebilmesi onun asgarî bir büyüklüğe sahip olmasını zorunlu kılar. Bundan dolayı yeterli bir tarımsal toprak varlığının korunması fikri, birçok ülkede alınan hukukî tedbirlerin başlıca sebebini oluşturmaktadır.

(4) Zevkililer, age., s. 100 vd.

Ülkemizdeki tarımsal işletmelerin büyük çoğunluğunu küçük ve yetersiz işletmeler meydana getirmektedir. 1963 yılında yapılan bir sayıma göre ülkemizde 3.101.000 tarımsal işletme bulunmakta, bu işletmelerin her biri ortalama 6.8 parçadan meydana gelmektedir. Bu durum, tarımsal toprakların ne kadar parçalandığının açık işaretidir. Hatta tarımsal topraklar, parçalanmakla kalmamış, zamanla şekilleri değişmiş ve bozulmuş, yüzölçümleri küçülmüştür. Böylece parçalanan ve küçülen tarımsal işletmeler kendine dahi yeterli olmaktan çıkmış, millî ekonomiye katkısı giderek azalmıştır. Görülüyor ki, tarımsal topraklar sadece jeolojik bakımdan değil, aynı zamanda ekonomik bakımdan da büyük bir erozyona uğramış bulunmaktadır.

3 — TARIMSAL TOPRAKLARIN MİRAS YOLUYLA PARÇALANMASI :

Tarımsal toprakların giderek parçalanıp küçülmesinin, verimini kaybetmesinin şüphesiz alım - satım, şehirleşme, imar faaliyeti, yol ve kanal yapımı, veraset (miras) gibi birçok sebebi vardır. Ancak bu sebeplerin başında veraset gelmektedir.

Türk Miras Hukuku'nun terekenin taksimi konusunda benimsediği ilkeler ve intikal hükümleri tarımsal toprakların parçalanıp küçülmesinin başlıca sebebinin oluşturmaktadır. Ezcümle, Türk Miras Hukuku aynen, ve serbest taksim ilkeleri ile mirasçıların hukukça eşitliği ilkesini benimsemiştir.

a — **Aynen Taksim İlkesi (MK. m. 590, 611) :** Bu ilkeye göre her mirasçı terekeye dahil bir mal üzerinde miras payı ölçüsünde hak sahibidir. O'nun için mirasın taksimi ve hisselerin teşkili bütün tereke mallarının miras payları ölçüsünde ayrı ayrı ve aynen bölünmek suretiyle yapılır. Başka bir deyişle, terekeye dahil bir mal hisse sayısınca aynen bölünerek taksim edilir. Bu bakımdan tarımsal topraklarla diğer tereke malları arasında bir ayırım gözetilmiş değildir. Ancak bölünemeyen tereke malları bundan müstesnadır (5).

b — **Taksim Serbestisi İlkesi :** Bundan maksat mirasçıların, terekenin taksimini ve taksimin şeklini diledikleri gibi belirleyebilmeleridir. Başka bir deyişle, emredici hukuk kurallarına, ahlâk ve adaba aykırı olmak kaydıyla mirasın taksiminde mirasçılar serbesttirler; hiçbir kayıt ve şarta bağlı değildirler. Bundan dolayı terekeye dahil tarımsal toprakları da aynı serbesti içinde taksim edebilirler (6).

c — **Mirasçıların Hukukça Eşitliği İlkesi :** Mirasın taksiminde hâkim olan bir başka ilke de mirasçıların hukukça eşitliği ilkesidir. Bu ilke uyarınca mirasçılar hisse miktarlarına bakılmaksızın tâbi oldukları hukuk ve taksim kuralları bakımından birbirlerine eşittirler. Ezcümle, her mirasçı tereke mallarına ilişkin aynı talep ve dava hakkına sahiptir. Keza, mirasçılardan

(5) İmre, Zahit; Türk Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 738, 894.

(6) İmre, age, s. 726.

her biri taksimi, özellikle aynen taksimi talep ve dava edebilir. Bu bakımdan aralarında yaş, cins, uzaklık, yakınlık ayrımı gözetilmiş değildir (MK. m. 589, 586). Mirasçılar arasında Medenî Kanunun öngördüğü bu eşitliğin sağlanabilmesi için taksimin mümkün mertebe aynen, yani eşyanın bizaatîhi kendisi bölünerek yapılması gerekir. Ayrıca bu bakımdan da tarımsal topraklar için bir ayırım ve istisna Medenî Kanunda öngörülmüş değildir. Ancak bu ilkenin önemli bir istisnasını tarımsal işletmeler teşkil etmektedir (MK. m. 597). Medenî Kanun bir istisna olarak kabul ettiği tarımsal işletmeden maksat «iktisadî bir vahdet halinde işletilmekte olan ziraî mallar»dır; yani teknik anlamda tarımsal işletmelerdir. «İktisadî bir vahdet halinde işletilme» kavramı toprak, bina, araç, gereç, hayvan, emek, sermaye gibi üretim faktörlerinin belli bir amaç ve işbirliği bağı içinde tarımsal üretimde kullanılmasını ifade eder. Bu tür faktörler tarımsal üretim amacıyla işletiliyorsa aralarında iktisadî bir vahdet (birlik) var demektir (7).

İşte böyle iktisadî bir vahdet halinde işletilen bir tarımsal işletme mevcut ise, bu işletmenin taksim edilmeksizin mirasçılardan birine tahsisi mümkündür. Ancak taksim edilmeden tahsisin yapılabilmesi için öncelikle bunun mirasçılar tarafından istenilmiş olması gerekir. Böyle bir istek olmaksızın tarımsal işletmenin tahsisi hâkim tarafından resen yapılmaz.

Tahsisin istenmemesi halinde, mirasçılar tarımsal işletmeyi diledikleri gibi taksim ederek paylaşabilirler (8). Görülüyor ki, Medenî Kanunun tahsis konusunda getirdiği bu istisna da tarımsal toprakların bölünmesinin önüne geçilmesinde kifayetsiz kalmaktadır.

Mirasçılardan hukukça eşitliği ilkesinin diğer bir istisnasını da taksimi kabil olmayan mallar teşkil eder. Taksim edildiğinde kıymetinden önemli bir azalma meydana gelecek olan tereke malı taksimi kabil olmayan mallar kategorisine girer. Meselâ, terekeye dâhil bir araparı veya apartman dairesi böyledir. Taksimi kabil olmayan mallar bir menkul olabileceği gibi bir gayrimenkulde olabilir. Bu tür mallar taksim edilmeden mirasçılardan birisine tahsis olunabilir. Mirasçılardan tahsis konusunda anlaşamamaları halinde sözkonusu mal satılıp bedeli aralarında taksim olunur (MK. m. 591).

SONUÇ : Görülüyor ki, Medenî Kanunun kabul ettiği bu ilkeler karşısında tarımsal toprakları bütünlüğünü korumak oldukça güçtür. Bu tür toprakların zamanla bölünüp küçülmesi nesiller tevali ettikçe, mirasçılardan adedince intikal hükümleri içerisinde devam edecektir. Onun için bir çok ülke gibi Medenî Kanunumuzun ülkesi olan İsviçre'de de tarımsal toprak-

(7) Zevkliler, age., s. 92.

(8) Zevkliler, age., s. 128.

ların miras yoluyla intikali ayrı hükümlere tabi tutulmuştur. Buna «Tarımsal Miras Hukuku» denmektedir. Kaldı ki, bununla da yetinilmeyerek Borçlar ve İcra - İflas Kanunlarında da yapılan önemli değişikliklerle belirli büyüklüğün altında kalan tarımsal işletmelerin parçalanarak satımı ve haczi yasaklanmış; böylece tarımsal işletmelerin küçülerek yetersiz ve cüce işletmeler haline gelmesinin önüne geçilmiştir. Bu tür tedbirlerin alınma zamanı Türk tarım ekonomisi bakımından da çoktan gelmiş ve geçmektedir.

Bu yolda alınacak tedbirlerin başında tarımsal toprakların miras yoluyla parçalanıp küçülmesi sürecinin durdurulması gelmektedir. Bu maksatla yapılacak ilk iş, bölgelere, üretim çeşidi ve tekniğine göre yeterli tarımsal işletme büyüklüklerinin tesbiti olmalıdır. Bundan sonra asgarî büyüklüğün altında kalan tarımsal toprakların miras hukuku açısından kabili tahsis olmayan (bölünmez) mallar kategorisine dahil edilmesi gelir. Böylece tarımsal toprak varlığının ve bütünlüğünün korunması sağlanmış, belli büyüklüğün altında kalan tarımsal toprakların parçalanarak mirasçılara intikali önlenmiş olur.

Bundan başka, daha önce parçalanmak suretiyle küçülmüş olan toprakların tesbit edilen yeterli tarımsal işletme büyüklüğüne tekrar ulaşmasını sağlamak gerekir. Bunun için komşu arazi malikleri arasında şuf'a (önalım) hakkı karşılıklı olarak tanınmalıdır. Bu yolla tanınacak karşılıklı şuf'a hakkı, tarımsal arazinin yüzölçümü önceden tesbit edilen işletme büyüklüğüne erişinceye kadar devam etmelidir.

Bu suretle daha önce cüceleşmiş ve cılızlaşmış tarımsal işletmeler için zamanla yeterli birer işletme haline gelebilme yolu açılmış olur.

Nihayet, tarımsal işletmelerin bölünüp parçalanmasını, dolayısıyla küçük ve yetersiz işletmelerin oluşmasını önlemek için, başka ülkelerde olduğu gibi Medenî Kanun içinde tarımsal miras hukukunun da ayrıca düzenlenmesi gerekir. Buna ilâveten tarımsal miras hukukuna paralel olarak Borçlar ve İcra - İflas kanunlarında da gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Ancak bu suretledir ki, yeterli tarımsal işletme varlığının ve bütünlüğünün sürekli olarak korunması mümkün hâle gelir.

HAKSIZ FİİLDE KUSURLU SORUMLULUK VE ÖZELLİKLE KUSUR UNSURU

Yrd. Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN (*)

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanununun «birinci babı», «borçların teşekkülü» başlığını taşımaktadır. Borçların teşekkülü ifadesini «borçların kaynağı» olarak anlamak daha doğru olur.

Borçların kaynağı BK.na göre, birinci babın birinci faslında akitten (BK. 1 - 40), ikinci faslında haksız muameleden (haksız fiilden) (BK. 41 - 60) ve üçüncü faslında haksız bir fiil ile mal iktisabından (sebepsiz zenginleşmeden) (BK. 61 - 66) doğan borçlar olarak üçe ayrılmıştır. Bu ayırımın içerisinde sözleşme benzerleri (quasi contractus) (BK. 8) ve haksız fiil benzerleri (quasi delictum) (BK. 52/II, 55, 56, 58) de yerlerini almış bulunmaktadır (1). Ancak borçların kaynağının tesbitinde bu ayırım yeterli gelmemekte, birde kanun hükmüyle getirilen borçlar bulunmaktadır (MK. 315) (2).

Bu dört borç kaynağından biri olan haksız fiil denince ilk akla gelen, kusura dayalı haksız fiil olmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu, kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) olarak ikiye ayrılmaktadır.

Kusur, hemen hemen sorumluluk hukukunun bütün dallarında sorumluluk unsuru olarak aranan subjektif bir haldir. Kusur, başkalarına zarar veren insan faaliyetinin hemen hemen bütününü müeyyide altına alan BK.nun 41. m.sinde düzenlenen haksız fiilin temel şartıdır. Çünkü kusurun, varlığı sorumluluk doğurmakta, yokluğu ise sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır.

İnceleme konumuz, haksız fiil sorumluluğu ve haksız fiilin kusur unsurudur.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi.

(1) ATAAY, Aytakin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 2. bası, İst. 1975, s. 34.

(2) ATAAY, A., a.g.e., s. 35.

I — HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlenme tarzına bakıldığında, önce borcun, kaynakları ve hükümleri, sonra da sona ermesinin açıklandığı görülmektedir. Bu ayırım, Roma Hukuku sisteminden gelmektedir. Roma Hukuku'nda yapılan en eski ayırıma göre borç kaynağı olarak, akit ve haksız fiil gösterilmektedir (3).

Haksız fiilin gerçekleşmesi özel hukuku ilgilendirdiği gibi kamu hukukunu da (ceza hukuku) ilgilendirebilir. Kamu hukukunun müeyyidesi ceza olup, tâkipçisi de devlettir. Özel hukukta ise haksız fiilin müeyyidesi tazmin yükümlülüğü olup takipçisi de zarar gören ferttir (4).

Yukarıda sayılan haksız fiil şartlarından hukuka aykırılık ve kusur içiçe olduklarından, kusurun anlaşılabilmesi için, hukuka aykırılığın tesbiti ve ayrılması gerekmektedir.

II — HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli olan unsurlar şu şekilde sıralanabilir: Hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusur. Doktrinde de unsurların bunlar olduğu fikri hâkimdir (5).

A) HUKUKA AYKIRI FİİL VE HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER

Haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için iki şart aranmaktadır: Bunlar, şahsın fiili ve bu fiil ile hukukun ihlâlidir.

Hukuka aykırılığın ortaya çıkması için önce olumlu veya olumsuz bir hareketin olması gerekir. Bu hareket şahsın davranışdır. Davranış ya bir hareket, zaman içinde ve yerde değişiklik, yani fiziki bir olay olarak veya hareketsizlik şeklinde ortaya çıkar.

(3) RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İst. 1980, s. 49.

(4) KARADENİZ, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 1977, s. 273; KOSCHAKER, Paul (t. c. AYİTER, Kudret), Modern Hususi Hukuka Giriş olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 275 vd.; RADO, T., a.g.e., s. 181.

(5) FEYZİOĞLU, Feyzi, N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II., 2. bası, İstanbul, 1976, s. 471; İNAN, Ali, N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1970, s. 265; BECKER, H., (t. ç. REİŞOĞLU, Kemal) İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI. C. Borçlar Kanunu I. Kısım, Genel Hükümler, II. Fasikül, Ankara, 1968, s. 233; OSER/SCHÖNENBERGER, (t. ç. SEÇKİN, Recai) Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Ankara 1950, s. 350; TEKİNAY, Selahattin, S., Borçlar Hukuku, 4. bası, İstanbul, 1979, s. 421; ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku Ankara, 1981, s. 123 v.d.

Fiil denince ilk olarak bir hareket akla gelirse de hareketsizlik de fiil içinde değerlendirilir. Çünkü olumlu hareketin maddi bir sonucu varken, olumsuz hareketin maddi sonucunun olmadığı iddia edilemez. Hareket insanın dış davranış tarzıdır; olumlu veya olumsuz şekilde ortaya çıkması, belli bir hareketin yapılması veya yapılmaması, onun geniş anlamda davranış tarzı olmasını engellemez (6).

Türk Borçlar Kanunu'nun 41. m.de «...haksız bir surette...» deyimine yer verilmiştir. Haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun «hukuk kurallarının ihlali» şartı bu deyimde yerini bulmaktadır. Önce hukuka aykırılığın ne anlama geldiğini ve bunun nasıl tesbit edileceğini ortaya koymak gerekir.

Hukuka aykırılığın niteliği ve tesbiti için iki farklı kuram bulunmaktadır; bunlar, subjektif kuram ve objektif kuram (norm kuramı)dır (7).

Subjektif hukuka aykırılık kuramına göre, bir fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için, faalin fiili yapması için bir hakkının olup olmadığına bakılmalıdır. Hukuk düzeninin tanıdığı yetkiler aşılarak verilen zarar hukuka aykırı sayılır. Bu yetkiler, hukuk düzeninin açıkça tanıdığı veya herhangi bir sınırlamaya tabi tutmadığı haklardan kaynaklanır. Bu kurama göre, hukuk düzeninin tanımadığı yetkiyi veya sınırladığı bir yetkiyi aşarak kullanan şahsın fiili hukuka aykırıdır (8).

Borçlar Kanunu'nun 41. m.si «...haksız bir surette...» deyimini, subjektif kurama göre hukuka aykırılığın tesbit edilmesi gerektiği çağrışımını yapmakta ise de hal böyle değildir. Gerek Kanununun umumi çatısı ve gerekse doktrindeki hakim görüş, hukuka aykırılığın, objektif aykırılık kuramına göre tesbiti gerektiği yolundadır (9).

Objektif hukuka aykırılık kuramı, zarar doğuran fiilde, olayı fail açısından değil, zarar gören açısından ele almaktadır. Hukuk düzeni, şahıs-

- (6) KANETİ, Selim, Haksız Fiil sorumluluğunda Kusur Kavramının görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul, 1980, s. 34.
- (7) TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 17; İNAN, A. N., a.g.e., s. 267; KANETİ, S., a.g.e., s. 38.
- (8) BECKER, H., a.g.e., s. 234; KANETİ, S., a.g.e., s. 38; GÖKTÜRK, H. Avni, Borçlar Hukuku, I. Kısım, Borçların Umumi Hükümleri, Ankara, 1974, s. 197.
- (9) TUNÇOMAĞ, Kerim, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri C. I., 6. bası, İstanbul, 1976, s. 430; SCHWARZ, Andreas (t. ç., DAVRAN, Bülent), Borçlar Hukuku Dersleri C. I., İstanbul, 1948, s. 106; Von TUHR, Andreas (t. ç. EDEGE, Cevat), Borçlar Hukuku, I. C., İstanbul 1952, s. 388; BERKİ, Şakir, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Ankara, 1962, s. 127; OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 356; BECKER, H., a.g.e., s. 236; SAYMEN/ELBİR., a.g.e., s. 444; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 18; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 483; ÖNEN, T., a.g.e., s. 124; KANETİ, S., a.g.e., s. 39.

lara birtakım subjektif haklar tanıyarak, onlara bu hakların sınırı içinde egemen olma ve başkalarına karşı koruma yetkisi vermiştir. Bu haklar, aynı, şahsi, fikrî, ticari ve sınaî olmak üzere ayrılırlar. Mutlak haklar denilen bu haklar, sahipleri tarafından serbestçe kullanılır ve başkalarından bunlara uyma beklenir.

Fertilere tanınan haklar ve başkalarına bunların korunması hususunda yüklenen ödevlerin kaynakları olan hukuk kurallarının tesbiti gerekir. Çünkü BK.nun 41. m.si ne hukuk kurallarını ve ne tip hukuk kurallarını ne de hukuka aykırılığın niteliğini göstermemiştir (10).

Hukuk kurallarının tesbitinde yol gösterici temel norm MK.nun 1. m. sidir. Medeni Kanun'un 1. m.sinin kenar başlığının «Kanunu Medeninın Tatbiki» şeklinde oluşu, bu maddenin sadece MK.nun tatbikinde uygulanacağı hükmünü doğurmamalıdır. Aksine bu madde hukukun tatbikini, hukuk kurallarının nelerden oluştuğunun gösterilmesinden başka bir anlam taşımaz. Zaten kaynak kanunun almanca metninde «Andwendung des Rechts» deyimini geçer ki, bu da hukukun uygulanması anlamına gelmektedir (11).

Medeni Kanun'un 1. m.si hukukun uygulanmasında uyulması gereken hukuk kaynaklarını göstermiş bulunmaktadır; buna göre :

Kanun : Kanun yapıcı organın bu adla ve usulüne uygun olarak hazırlayıp yürürlüğe koyduğu yazılı metindir. Bu tanıma bizzatı kendisi de bir kanun olan Anayasa'da girer (12).

Hukuka aykırılık kavramı içerisine sadece kanunun emredici veya yasaklayıcı bir hükmü girmez. Kanunun yorumlanma şeklini de gösteren, MK.nun 1. m.sine göre (Kanun, lâfzıyla ve ruhiyle temas ettiği bütün mes'elelerde mer'fidir.), ruhen yasaklanan veya emredilen konulara aykırılık da hukuka aykırılığı doğurur.

Kanun hükmü bazan, bir emir ve yasak olsa bile BK.nun 41. m.sinde kastedilen hukuka aykırılığa dayanak olmayabilir. Ceza Kanunu düzenleyici kuralların yanında emir ve yasaklardan oluşan bir kanundur. Ceza Kanunu'na veya ceza hükmü taşıyan başka bir kanuna aykırı davranış cezayı gerektirir; aykırı davranış, eğer bir subjektif hakkı da ihlâl ediyorsa BK.nun 41. m.sinde aranan hukuka aykırılık ortaya çıkar. Meselâ, dev-

(10) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 17; BECKER, H. a.g.e., s. 234.

(11) EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 55.

(12) ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku (teksir), Ankara, 1975, s. 100; EDİS, S., a.g.e., s. 62.

let aleyhine işlenen suçlarda bir emir ve yasağın ihlâl edilmesine karşılık, bir subjektif hak ihlâl edilmediğinden, BK.nun 41. m.si açısından hukuka aykırılık sözkonusu değildir (13).

Yazılı hukukun diğer kaynaklarından olan tüzük, yönetmelikler ve hatta genelge ve tebliğlere de uymama hukuka aykırılığı doğurur.

Medeni Kanun'un 1. m.sinin ikinci cümlesi örf ve adet hukuku ile hakimın koyacağı hukuk kurallarını da hukukun kaynağı olarak göstermektedir. Fiilin örf ve adet hukukuna aykırı olduğu hallerde de hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur (14).

Hâkimin koyduğu hukuk kuralı, hukuka aykırılığa dayanak olabilir mi? Genel olarak konu ele alındığında, hakimın koyduğu kural da hukuka aykırılığın dayanağı olabilir. Ancak bazı sakıncaları da ortaya çıkabilir. Çünkü, insanlar faaliyetlerini düzenlerken başkalarına zarar vermeyi yasaklayan hukukî kuralları bilirler veya bildikleri varsayılır. Zira bu kurallar ya ilân edilmiş veya yıllardan beri yaşanan hayatın içinde vardır. Halbuki hakimın koyduğu hukuk kuralı, uyumsuzluk mahkemeye geldikten sonra, hakimın kararıyla ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, hakimın yaptığı hukuk kuralının haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturması sakıncalı olabilir. Hâkim, hukuk kuralı koyarken hakkaniyeti gözönüne alacağı için, böyle bir sorumluluk hakkaniyet sorumluluğu olabilir. Ancak bu sorumluluk BK.nun 54. m.sinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğundan farklıdır.

Bir hakkın kullanılması, hukuka aykırı sayılmaz. Ancak bu kuralın aksi de vardır. Yetkiyi kullanma şekli ve amacı, bazan faili haksız çıkarabilir. Bunun kaynağı da en genel ifade olan MK.un 2. m.sidir. Bu maddede, sahip olunan hukukî bir hakkın kötüye kullanılması yasaklanmıştır; dolayısıyla hukuka aykırı sayılmıştır (15). Ayrıca hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bazı hallerde de (BK. 52/I, III), aşırılığa kaçma hukuka aykırılığın doğmasına yol açabilir.

Failin fiilinin hukuka aykırı olmaması, haksız fiil sorumluluğunun doğmamasını gerektirir. Bununla beraber fiil, hukuka aykırı olmamasına rağmen, ahlâka aykırı olarak ve kasten işlenmişse yine sorumluluk doğar (BK. 41/II). Genel ahlâka aykırı olarak ve kasten yapılan hareketin hukuka aykırı olmamasına rağmen haksız fiil olarak değerlendirilip ortaya çıkan zârardan failin sorunlu tutulması adalet hislerinin tatmin edil-

(13) OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 357.

(14) OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 357.

(15) OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 357.

mesi fikrine dayanmaktadır (16). Meselâ, bir taraf için hayatî önemi olan bir ilâcı satmaktan sebepsiz olarak kaçınan tarafın davranışı ahlâka aykırı olup, doğan zarar ahlâka aykırı haksız fiil hükmüne göre (BK. 41/II) tazmin edilmelidir.

Mahkeme ilâmlarının uygulanmaması da hukuka aykırılığı meydana getirir.

Sadece şahsi menfaatleri koruyan hukuk kuralı ile toplum menfaatleri çatışırsa, şahsi menfaatleri koruyan hukuk kuralının ihlâlî hukuka aykırı sayılmaz. Çünkü karşılıklı menfaat çatışmasında toplum menfaati her zaman üstün tutulur (17).

Hukuka aykırı fiilin, fail tarafından işlenmiş olduğunu ispat davacıya düşer. Dâvalının fiilinin hukuka aykırı olduğunu ispat için yukarıda anlatılan hukuk kurallarının kaynağı bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekir. Fail yazılı hukuk kuralını ihlâl ediyorsa, bunun ispatına gerek olmayıp, hâkim, HÜMK.nun 76. m.sine göre kanunları re'sen uygular.

Failin sözlü hukuk kuralını ihlâl ettiği iddia olunduğunda, böyle bir kuralın varlığını dâvacı ispat eder. Ayrıca BK.nun 41/II. m.sinin koruma alanına giren ahlâka aykırılık, halinde de ahlâk kuralının varlığını dâvacı ispat eder.

Haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru incelenirken, dayanılan hukuk kuralının koruma amacı da gözönüne alınmalıdır (18).

Fiil işlenmekle beraber, zarar gören ve failin, fiil öncesindeki ve esnasındaki durumları gözönüne alındığında hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmaktadır.

1. MEŞRU MÜDAFAA HALİ

Bir insanın, kendisinin veya diğer bir şahsın hukuken korunan haklarına yapılmakta olan, hukuka aykırı ve gerçek bir saldırıya karşı uygun vasıta ve şekilde karşı koyma, yani karşı saldırı meşru müdafaa'dır.

Meşru müdafaa için, müdafaa yapana saldıranın, kusurlu olup ol-

(16) ÖNEN, T., a.g.e., s. 122.

(17) Yarg. 4. HD. E. 1980/1302 K. 1980/3917 T. 21.3.1981 bkz. YKD. C. 7. Yıl 1981, S. 5, s. 567.

(18) Türk Hukuk doktrininde TANDOĞAN ve EREN, tarafından hukuka aykırılık bağı kuramı için bkz., TANDOĞAN, Halûk, Hukuka Aykırılık bağı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul, 1980; EREN, Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na Armağan, Ankara, 1975, s. 461 - 491.

maması önemli değildir. Fail kusursuz olsa veya kusur yükletilemese bile, mağdur, meşru müdafaa hakkını kötüye kullanmamak şartıyla karşı saldırıda bulunabilir ve bu saldırı hukuka aykırı sayılmaz (19). Meşru müdafaa hakkı, sadece saldırıya uğrayana ait olmayıp, herkese ittir. Yani başkasına yapılan bir saldırıya karşı, saldırıyla ilgili olmayan herhangi bir şahıs da meşru müdafaa hakkını kullanabilir.

Meşru müdafaa için kullanılan vasitanın seçiminde ve şiddetin derecesinde aşırılığa kaçma, kendini meşru müdafaa halinde sanma hukuka aykırılığı doğurur (20).

2. KENDİ HAKKINI KUVVET KULLANARAK KORUMA

İhkakı hak yasaktır. Ancak, devlet kuvvetlerinin yetişememesi, başka bir vasitanın olmaması ve korunacak hak sonradan alınamayacak veya çok zor alınabilecek durumda olması hallerinde aşırılığa kaçmadan kuvvet kullanarak hak korunabilir. Kuvvet kullanma sırasında doğan zarardan kuvvet kullanan sorumlu değildir. Meselâ bir dükkanın vitrinini kırarak kaçmaya kalkan şahsı, dükkan sahibi zorla alıkoyabilir. Bu arada failin kaçmaya çalışması sırasında çeketi yırtılırsa, bu zarardan ve alıkoymadan dükkan sahibi sorumlu tutulamaz.

3. İZTIRAR HALİ

Bir şahsın kendisinin veya başkasının bir hukukî varlığını tehdit eden çok yakın bir tehlikeden korunmak amacıyla üçüncü şahısların malına zarar vermesi hukuka aykırı değildir.

İztırar halindeki birinin fiili hukuka aykırı olmamakla beraber verilen zararın hakkaniyet gereği tazmin edilmesi gerekir. Bu durumdaki tazmin borcu haksız fiil sorumluluğunun sonucu olmayıp, Mecellede'de yerini bulan «iztirar gayrin hakkını iptal etmez» prensibine göre, kendine mahsus bir hakkaniyet sorumluluğudur.

4. YETKİLİ MAKAMIN EMRİNİ YERİNE GETİRME

Kanunun verdiği bir görev ve yetkiye dayanarak resmi makam tarafından verilen kanunî emrin yerine getirilmesi hukuka aykırı sayılmaz.

- (19) OSER/SCHÖNENBERGER (a.g.e., s. 478) ve BECKER, (a.g.e., s. 239) hayvanların saldırısına karşı meşru müdafaayı kabul etmemektedirler. Buna karşılık Von TUHR, (a.g.e., s. 398), FEYZİOĞLU, F. N., (a.g.e., s. 272) kıyas yoluyla hayvanların saldırısına karşı meşru müdafaayı kabul etmektedirler.
- (20) ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 560; Von TUHR., a.g.e., s. 398; OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 479.

Emri veren makamın yetkili olması, yetki sınırlarının aşılmaması, hakkını kötüye kullanmaması gerekir (21). Emri uygulayanın sorumlu olmaması için, emri yerine getirirken usulüne uygun davranmalıdır. Meselâ, idam mahkumunu, cellat işkence ile veya asmanın dışında başka bir usul ile öldüremez.

5. ÖZEL HUKUKUN TANIDIĞI BİR HAKKI KULLANMA

Özel hukukun tanıdığı, tedip, intifa, irtifak hakları gibi bir hakka dayanarak, bu haklarla ilgili olanların mal ve şahıs varlıklarına, hakkın tanıdığı sınır içinde kalmak şartıyla yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmaz.

6. ZARARA ÖNCEDEN RAZI OLMA

Üzerinde serbestçe tasarruf imkânı olan bir hakka, sahibi, müdahale için önceden izin verirse hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Müdahaleye izin önceden verilmelidir; sonradan verilen izin, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz; sadece tazminat talebinden vazgeçme sayılır. Verilen rıza ahlâka aykırı olmamalıdır. Ahlâka aykırı olarak verilen rıza, BK. 20. gereğince batıl sayılır; dolayısıyla hukuka aykırılık devam eder.

B) ZARAR

Haksız fiilin dış dünyada ortaya çıkan tabii sonucu zarardır. Zarar, şahsın kendi isteği dışında, mal varlığında veya beklenen mal varlığı artışında meydana gelen azalmadır. Bu eksilmenin sebebi, başkasının kusurlu ve hukuka aykırı fiili sonucunda meydana gelmesi gerekir.

Zararın geniş anlamı içerisine, şahsın mal varlığı ve şahıs varlığındaki azalmalar girer ki birincisi maddi zarar, ikincisi manevi zarardır. Borçlar Kanunu'nun 41. m.si maddi zararı, 49. m.si manevi zararın tazminini göstermektedir.

C. İLLİYET BAĞI

Hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki sebep olma ilişkisine İlliyet Bağı denir. Hukuka aykırı fiil zararın sebebi ise aradaki bu sebep olma ilişkisi İlliyet Bağıdır.

İlliyet Bağını, açıklayan çeşitli kuramlar vardır. Bunlardan en önemlisi, şart kuramı ve uygun illiyet bağı kuramı olmaktadır. Türk hukukun-

(21) ÖNEN, T., a.g.e., s. 125.

da şart kuramını Kunter ve Kaneti savunmakta, uygulama ve doktrinindeki çoğunluk uygun illiyet bağı kuramını savunmaktadırlar (22).

D. KUSUR

Kusur, hukuka aykırı bir fiilin işlenmesinde failin sahip olduğu iradî durumdur. Failin iradesi hukuka aykırılığa yönelmiş veya hukuka aykırılığın doğmaması için gerekenleri yapmama konusunda pasif kalmış ise, bu eksik irade kusurlu sayılır. Hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi kusur olup behemihal hukuka aykırı bir davranışı gerektirir (23).

Hukuka aykırı kusurlu fiilin sebep olduğu zararın tanzimi gerekir. Haksız fiilin kusur şartı aşağıda etraflıca incelenecektir.

III. HAKSIZ FİİLİN KUSUR UNSURU

Gerek BK.da ve gerekse MK.da kusurun tanımı yapılmadığı gibi, üstelik terim birliğine de varılmamıştır. Hatta BK.nun 41. m.sinde başlı başına kusur ifadesine de yer verilmemiştir.

Kusur kavramının Roma hukukunda haksız fiil unsuru olarak kabulü ilk defa M.Ö. 287 tarihli lex Aquilia adlı kanunla olmuştur (24). Bu tarihten önce, kusur, haksız fiilin unsuru sayılmamaktaydı (25). Romalılar, kusuru, dolus (kasd) ve culpa (ihmal) olarak isimlendiriyorlardı.

Roma hukukunda olduğu gibi günümüzde de kusur, haksız fiil sorumluluğunun şartlarından biridir. Buna karşılık kusurun kanunda tanımı yapılmamıştır. Gerek tanımı, gerekse özelliği nedir? Doktrinde kusurun, haksız fiilin subjektif unsuru olduğu fikri hakimdir (26). Kusur, failin ruhi durumunu dikkate alan, onun iradesini gözönünde bulunduran bir kavramdır (27). Bir kimsenin hareketi, hukuk kurallarınca hoş görülmediği, kınandığı takdirde kusur ortaya çıkar (28). Kusur, hukuken reddolunmuş

(22) Şart kuramı ve Uygun İlliyet bağı kuramı için bkz., KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955; EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975; KANETİ, Selim, a.g.e., s. 36.

(23) EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II., Ankara 1988, s. 106.

(24) RADO, T., a.g.e., s. 182.

(25) RADO, T., a.g.e., s. 183.

(26) İNAN, A. N., a.g.e., s. 277; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 477; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 430.

(27) SAYMEN/ELBİR., a.g.e., s. 392.

(28) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 439.

ahlâkî bir hareket tarzından ibaret olup bir fiil ile ortaya çıkar (29). Kusur kavramı, hukuka aykırı bir fiil işleyen kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen bir zihnin ve ruh hali içinde bulunmasını ifade eder (30). Bir hukukî kuralın fail tarafından isteyerek veya istemeyerek ihlâli kusurdur. Kusur hukukla çelişen bir irade olup, iradenin haksız sonuca yönelmesidir (31). Kısaca kusur, bir irade noksanlığıdır. Bir irade, eğer fail, fiilin hukuka aykırı bir fiil olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve hukuka aykırı sonucu istiyorsa ya da hukuka uygun hareket edebilmek imkânına sahip olduğu halde böyle hareket etmemişse eksik olur, kusurlu olur (32).

Kusur, failin ruhî durumuna sıkı sıkıya bağlı olduğuna göre her harekette ruhî durum değerlendirmeye tâbi tutularak kusur tesbit edilmelidir.

A) KUSURUN ŞARTLARI

Kusurun var olabilmesi için, failin ehliyete sahip olması, kınanan bir davranışının olması ve hukuka uygun hareket imkânının bulunması gerekir.

1. KUSUR EHLİYETİ

Kusur, failin normal bir fikrî durumda bulunmasını ve hukuk düzeninin emirlerine uyabilme kabiliyetinin olmasını gerektirir (33). Kusurdan dolayı sorumluluk meydana getirilen zarara değil; failin sorumluluğa ehil olmasına bağlı bir keyfiyettir (34). Bu ehliyet cezaî ehliyetten ve medenî hakları kullanma ehliyetinden farklıdır (35).

Kusur ehliyeti için sadece temyiz kudreti yeterlidir. Bu hüküm MK.un 15. m.sinden kaynaklanmaktadır.

Temyiz kudretinin ne zaman var olduğunu MK. göstermemiş, aksi-ne olmayan halleri sayarak bunun dışında kalanları mümeyyiz saymıştır. Buna göre, yaş küçüklüğü mümeyyiz olmaya engeldir; ancak bu engelin hangi yaşta kalkacağı da belli değildir. Roma hukukunda 7 yaşını tamamlamamış küçükler kusura ehil sayılmamakta (36), 7 ile 12 - 14 ara-

(29) Von TUHR., a.g.e., s. 403.

(30) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 430.

(31) SAKA, Zafer, Kusur, AD. S. 5, 6., Yıl, 1973, s. 442, 443.

(32) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 431.

(33) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 400.

(34) ARSEBÜK, Esat, Borçlar Hukuku C. I, II. Ankara, 1950, s. 118.

(35) Von TUHR., a.g.e., s. 407.

(36) RADO, T., a.g.e., s. 183.

sındakiler kısmen mümeyyiz sayılmaktaydılar (37). Bugün için temyiz kudretine engel olan yaş küçüklüğünü hâkim, önüne gelen meselede failin durumunu gözönüne alarak, tesbit edecektir (38).

Temyiz kudretine engel olan diğer hallerden akıl hastalığı ve akıl zayıflığının da sürekli veya geçici olduğu dikkate alınmalıdır.

Temyiz kudreti nisbî bir kavram olduğundan, her olayda ayrı ayrı ele alınmalıdır (39). Bazı fiiller için var olan temyiz kudreti diğer bazı fiiller için yeterli görülmebilir (40). Her haksız fiilde, o fiilin içinde geçtiği şartlara göre yapıldığı anda, failin temyiz kudretine sahip olup olmadığının somut bir şekilde tesbiti gerekir. Bunun için failin zihnî ve fikri olgunluğu, zarar veren fiilin niteliği; ortaya çıkardığı tehlike derecesi ve önemi gözönüne alınmalıdır (41).

Tüzel kişiler de faaliyetleri sırasında başkalarına zarar vermeleri halinde sorumlu olurlar. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti, organların kurulması ile ortaya çıkar (MK. 47). İrade insana mahsus bir ruh haletidir. Hukukun kabul ettiği, fakat insan olmayan bir varlığın iradesi olabilir mi? Tüzel kişi denen hukukî varlığa vücut veren kollektif irade, aynı zamanda onun faaliyetini de düzenler. Tüzel kişinin kollektif iradesi, organları vasıtasıyla ortaya çıkar, fakat irade organın değil, tüzel kişindir. Bu itibarla kusurlu iradeden organların şahsi kusuru söz konusu olmayıp tüzel kişinin kusurlu sorumluluğu ortaya çıkar. Eğer organın, iradenin açıklanmasında şahsi kusuru varsa her ikisi beraber sorumlu olurlar (42). Organın iradesinden tüzel kişinin sorumlu olabilmesi için işlenen haksız fiilin, tüzel kişinin faaliyet alanında olması lâzımdır (43). Eğer organ, hukuka aykırı bir hareketi organ sıfatıyla değilse herhangi bir gerçek kişi sıfatıyla yapmış olursa, haksız fiil ehliyeti ve sorumluluğu aynen diğer gerçek kişilerin tabi oldukları esaslara göre halledilir; organın bu şekildeki hareketi görevini yaparken ortaya çıksa bile sonuç değişmez (44).

Sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun ödemede bulunması onun sorumluluğunu gerektirir; ancak borçlu, ödememe halinde kusurunun

(37) KARADENİZ, Ö., a.g.e., s. 290.

(38) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 116; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 435; OSER/SCHÖNENBERGER, a.g.e., s. 374.

(39) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 435; ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 121; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 57.

(40) ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 121.

(41) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 57; İNAN, A. N. a.g.e., s. 283.

(42) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 408; FEYZİOĞLU, F. N. a.g.e., s. 470; BECKER, H., a.g.e., s. 260.

(43) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 408; BECKER, H., a.g.e., s. 259.

(44) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 408; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 469.

yokluğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur (BK. 96). Alacaklının, borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükümlülüğü yoktur. Haksız fiilde ise sorumluluk için kusur şart olduğundan, kusurun varlığı da ispat olunacaktır. Kusurun varlığının ispatı, davacıya düşmektedir (45). Kusuru ispat edecek olan taraf, ehliyetin varlığını da ispat etmelidir. Ancak böyle bir ispat külfetini yerine getirmek çok zor ve hatta çoğu zaman imkânsızdır. Bu bakımdan failin kusur ehliyetine sahip olduğuna dair bazı hukukî karineler vardır. Meselâ, reşit olan birinin ehliyet sahibi olduğu, yâni temyiz kudretine sahip olduğu asıldır (46).

Ayrıca, hakim önüne gelen davada, kendi takdiri ile ehliyetin var olup olmadığını kestirecek ve fiil esnasında failin fiilinin sonuçları üzerinde hüküm verecek durumda olup olmadığını (47) re'sen araştıracaktır.

2. KUSURLU DAVRANIŞIN FAİLE BAĞLANABİLMESİ

Sağlam bir iradeye sahip failin kusurlu sayılabilmesi için, iradesinin hukuka aykırılığa yönelmesi veya kendisinden bekleneni yapmaması gerekir. Aksi halde zarar, kaza ve tesadüfen ortaya çıkar ki böyle bir zarar haksız fiilden kaynaklanmaz ve tazmini de gerekmez.

3. FAILİN HUKUK KURALLARINA UYGUN HAREKET İMKANI

Hukuk düzeni herkesten ortalama bir hareket tarzında hareket etmelerini, bunun dışına çıkmamasını bekler. Ancak şahsın ortalama hareketin dışına çıkmaması için hukuka uygun hareket imkânına da sahip olması gerekir. Aksi halde bir insandan kendi gücünün çok üstünde bir hareket yapması beklenir ki bu da adil olmaz. Bu anlamda başlıca kusursuzluk sebepleri, beklenmedik bir olayın varlığı, mücbir bir sebep, cebir ve ikrahdır (49). Meselâ zorla bir haksız fiil işletilen şahsı kusurlu saymamak gerekir (50).

B) KUSUR EHLİYETİNİN İSTİSNASI

Temyiz kudretine sahip olmayanlar, haksız fiillerinden kural olarak sorumlu değildir. Bu hüküm, MK.un 15 ve 16. m.lerinin aksi kanıtından çıkmaktadır. Buna karşılık MK.un 15/II. m.sinde «Kanunda muayyen is-

(45) İNAN, A. N., a.g.e., s. 285.

(46) Yarg. HGK. E. 968-2-260. K. 222 T. 29.4.1970. bkz. ERMAN - ELBİR - ERDOĞAN, TİK., 1970 C. II., İstanbul, 1972, s. 3.

(47) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 374.

(49) KATENİ, S., a.g.m., s. 54.

(50) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 435; OSER/SCHÖNENBERGER., s. 374.

tisnalar bakidir» demek suretiyle, temyiz kudretinin yokluğu halinde de haksız fiil sorumluluğunun olabileceğini göstermektedir.

Bahsedilen, gayrimümeyyizliğe rağmen sorumluluk istisnası, BK.nun 54. m.sinde gösterilmektedir. Buradaki sorumluluk kusurdan doğmamakta, sebep sorumluluğu olmaktadır (51).

Bu sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır. Failin temyiz kudretinden sürekli veya geçici olarak yoksun olmasına göre ikiye ayrılmaktadır.

Temyiz kudretinden sürekli olarak yoksun olanların sorumluluğu BK.nun 54/l. m.sinde gösterilmiştir. Bu hükme göre, önce hakkaniyetin bulunması gerekir. Yani zarar görenle, gayrimümeyyiz failin mal varlıkları hakim tarafından gözönüne alınarak hakkaniyetin olup olmadığı tesbit edilecektir (52). İkinci olarak failin kusur ehliyetinin olmaması, yani gayrimümeyyiz olmaması gerekir (53). Bu iki şartın bulunması BK.nun 54/l. m.sine göre, sorumluluk için yeterli gibi görünmekte ise de, yeterli gelmemektedir. Bu sorumluluk türünde her ne kadar kusur aranmakta ise de sorumluluk kusurdan tamamiyle soyutlanmamıştır. Sorumluluk için haksız fiilin bütün unsurları bulunmalı, kusur ise sadece ehliyetsizlik ile ortadan kalkmış olmalıdır. Kusurun başka bir sebeple ortadan kalkması veya bulunmaması hakkaniyet sorumluluğunu da ortadan kaldırmaz. Fiil eğer mümeyyiz biri tarafından işlendiğinde kusurlu sayılabilecek ise, o zaman gayrimümeyyizin fiili için, BK.nun 54/l. m.sine göre hakkaniyet sorumluluğu doğar (54).

Temyiz kudretinden geçici olarak yoksun olanların, yani fiil esnasında temyiz kudretine sahip olmayanların, bu sebepten kusursuz olmaları onları sorumluluktan kurtarmaz. BK.nun 54/II. m. sine «Temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat ederse mesul olmaz» hükmü getirilmiştir. Bu fıkranın ikinci cümlesi yanlış tercüme edilmiş olup, doğrusu «Bir kimse temyiz kudretini muvakkaten kaybetmiş ve bu halde zarar ika etmişse, bu halin kendi kusuru olmaksızın tahaddüs ettiğini ispat etmediği takdirde tazminle mükelleftir» şeklinde olmalıdır (55). Burada ispat edilmesi gereken

(51) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 119.

(52) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 405.

(53) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 58, 59.

(54) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 58, 59; SAYMEN - ELBİR., s. 405.

(55) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 118.

husus «fiilin kusursuz olarak» işlendiği değil, «ehliyetsizliğin kendi kusuru ile ortaya çıkmadığı olmalıdır» (56).

Bu ikinci fıkrayı da ikili bir ayırma tabii tutmak gerekir. Fail, kusurlu bir davranışı sonucunda ehliyetini kaybetmiş ise sorumluluğu tamdır. Başka bir anlatım ile sanki kusurlu sorumluluk sözkonusudur. Burada kusursuz sorumluluk daha da şiddetlendirilmiş ve olay sırasında gayrimümeyyiz olan şahıs, hakkaniyet şartı bile aramadan, tazminle yükümlü sayılmıştır (57).

İkinci olarak, temyiz kudretinin kaybında failin kusuru yoksa kurtulacağı anlamı çıkmaktadır. Bu hale düşmeye başka sebep olmuşsa failin bu hale düşmesine sebep olan sorumlu olmalıdır (58).

Fail, temyiz kudretinin kaybında kusurlu değilse, sorumlu olmayacağı sonucu, bazı mahzurlar çıkarabilir. Meselâ, iki benzer olayda, faillerden biri sürekli olarak, diğeri ise kendi kusuru olmada geçici olarak gayrimümeyyiz olmuş olsa; birincisi BK.nun 54/I. m.sine göre sorumlu olabilecek, ikincisi ise BK.nun 54/II. m.sine göre sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu iki benzer olayda değişen sadece faillerden birinin sürekli, diğerrinin geçici surette gayrimümeyyiz olmalarıdır. Geçici olarak temyiz kudretini kaybedenin durumu diğerrine göre daha iyi olmaktadır. Böyle bir sonuç ise çelişkidir. Bu sebeple kusuru olmadan temyiz kudretini kaybeden de BK.nun 54/I. m.sine göre sorumlu tutulmalıdır (59).

Öte yandan akla bir soru daha gelmektedir. Sırf kusurun olmaması sebebiyle, meselâ kaza eseri ile meydana gelen zararın tazmin edilmemesi kuraldır. Buna karşılık gayrimümeyyiz ise, fiilinden hakkaniyet gerektiğinde sorumlu tutulacaktır. Olayların her ikisinde de sonuç olarak faillere kusur isnat edilememektedir. Faillerden mümeyyiz olan BK.nun 41. m.sine göre sorumlu tutulamayacak, gayrimümeyyiz olanı ise BK.nun 54. m.sine göre sorumlu tutulacaktır. Bu farklı sonucu ortadan kaldıracak kusursuz mümeyyizi de BK. 54. m.sine göre sorumlu tutmak; zayıf durumda olan mağdurun korunması açısından sosyal bir fayda sağlayabilir. Buna karşılık borçlar Hukuku Sistemimizin kabul ettiği kusur sorumluluğu prensibi ortadan kalkma derecesine gelir. Üstelik hakkaniyet sorumluluğu da sadece hakkaniyet şartına münhasır kalmamaktadır (60). Bu durum ise hakkaniyet sorumlusu gayrimümeyyizin sorumluluğunun alanını daha da genişletmektedir.

(56) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 118.

(57) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 438.

(58) BİRSEN, K., a.g.e., s. 185; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 469.

(59) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 439.

(60) Sayın Prof. Dr. S. Sulhi Tekinay, yayınlanmamış bir yargıtay kararından

IV. HUKUKA AYKIRILIĞIN KUSURDAN FARKI

Hukuka aykırılık, hukuk düzeniyle ilgilidir. Hukuk düzeni şahıslara korunmaya değer haklar tanımış ve bu haklara başkalarının uymasını emretmiştir. Şahıslara hak tanıyan ve bunları koruyan hukuk kuralları, önceden tesbit edilmiş olup, herkes tarafından bilinir olması veya öyle sayılması temel özelliğidir. Hukuk düzeninin fertlerden beklediği davranışlar, genel olarak her şahıs hakkında aynı olup, şahsın subjektif durumu, algılama yeteneği, hukuku bilip bilmemesi gözönüne alınmaz. Fiili gerçekleştirmesi esnasında, şahsın, değişken (alternatif) hareket edebilme imkânının olup olmaması, hukuka aykırılık unsurunun ortaya çıkmasında önemli değildir. Hukuka aykırılık unsuru, fail ile olan bağına sadece fiilde bulur; hukuka aykırılığa muhatap olanda ise, onun sahip olduğu bir hakkın ihlali sonucunda doğan zararda bulur. Hukuka aykırılık, hukuk kurallarına aykırı olarak zarara dönük, dış dünyada (maddî alemde) meydana gelen hareket ile ortaya çıkar. Bu hareketin objektif ve insanın dış dünyasıyla ilgili oluşu, haksız fiilin objektif unsurunu meydana getirir.

Fiilin, hukuk kurallarıyla çatışması, onu hukuka aykırı fiil haline getirir; insan iradesi ürünü olması ve bu iradenin kınanabilir olması da kusurlu fiil haline gelmesini sağlar. Kusurun olabilmesi için sağlam bir iradenin olması gerekir. Sağlam irade ise şahsın mümeyyiz olmasına bağlıdır. Fail mümeyyiz olmasa bile fiili dış dünyada bir değişiklik yapmış ve bu değişiklik hukuka aykırı ise hukuka aykırılık gerçekleşir. Buna karşılık fiilin irade ürünü olmayışı kusursuzluğu gerektirir. Bundan çıkan sonuç bir fiil hukuka aykırı olduğu halde kusurlu olmayabilir. Halbuki hukuka aykırı fiilde kusur bulunmayabildiği halde her kusurlu fiil hukuka aykırıdır (61). Çünkü kusur, hukuka aykırılığı görmek ve onun sonucunu istemek (kasd) veya hukuka aykırı sonucun doğmaması için yeterli özeni göstermemektir (ihmal). Burada hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsuru arasında bir yakınlaşma ve hatta iç içe olma durumu sözkonusudur. Buna rağmen iki unsurun birleştiği düşünülmemelidir. Çünkü hukuka aykırı fiil kusurlu olmayabilir (62). Bunun en açık misali, mümeyyiz olma-

bahisle, kusursuz mümeyyizlerin de hakkaniyet gerektiğinde sorumlu tutulmaları gerektiği görüşünü kabul etmektedir. bkz. TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 439, 440.

(61) KANETİ, S., a.g.m., s. 43.

(62) Yarg. 4. HD. E. 1980/1279, K. 1980/3256, T. 13.3.1980 kararında «bilindiği gibi her kusurlu davranış hukuka aykırı değildir. Ancak, her hukuka aykırı davranış içinde kusurun varlığı tartışmasızdır» diyerek, aksi fikir ileri sürülmüştür. YKD. C. 8, s. 1, s. 31.

yanların fiillerinde görülür. Gerçekten, bir deli, başka birine zarar verirse, hareketinde kusur vardır denemez; zira iradesi yoktur; fakat hukukun çizdiği sınırları aştığı için fiili hukuka aykırıdır (63).

Failin, fiilin kendi iradesine bağlantısının da bulunması gerekir. Bu bağlantı yukarıda da değinildiği üzere, mümeyyiz olmaması durumu ile ortadan kalkabileceği gibi, sağlam iradeye rağmen, iradenin hukuka aykırılığa yönelmemesi ve beklenen özenin de gösterilmesi hallerinde de ortadan kalkar. Her ne kadar fiil içinde bir irade gerekli ise de, buradaki irade hukuka aykırılığa yönelme olmayıp, failin fiil için güttüğü saiktir. Hukuka aykırılıkta ve kusurda saikin önemi yoktur.

Bazan irade, kusur için aranan iradeden önce gelir ve yokluğu, kusurdan ziyade hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Meselâ, bir delinin kendiliğinden verdiği zararda hukuka aykırılığın varlığına rağmen, kusur yokluğundan haksız fiil gerçekleşmez. Buna karşılık, deli, bir başkasının kışkırtması sonucunda zarar vermişse durum başkadır. Çünkü deli bir vasita olarak kullanılmıştır. Delinin fiili hukuka aykırı olmaktan çıkar. Eğer hukuka aykırı sayılıyorsa, kendisi hakkaniyet sorumlusu olabilecekti. Deli açısından hukuka aykırılık ve dolayısıyla hakkaniyet sorumluluğu ortadan kalkmasına rağmen, deliyi kışkırtanın, kışkırtma fiili hukuka aykırı sayılmakta, kışkırtan açısından hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmektedir.

Son olarak, hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsuru arasında, hukuka uygun hareket etme imkânı bakımından da farklılık vardır. Hukuka uygun hareket imkânı olsun, olmasın, fiil hukuk kurallarıyla çatışıyorsa hukuka aykırılık unsuru gerçekleşir. Fakat hukuka uygun davranabilme imkânı yoksa kusur da yoktur. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da, hukuka aykırı bir boykota katılanın, bunu dayanılmaz bir baskı sonucunda yaptığı için, başka türlü hareket imkânı olmadığından kusursuz sayılmıştır (64).

V — KUSURUN TÜRLERİ VE SORUMLULUĞA ETKİSİ

Haksız fiilin bir unsuru olan kusur, değişik kelimelerle belirtilmiş ve sorumluluğa etkileri bakımından açıkça belli edilmemiştir. Bu türler genel olarak, iradenin aktif olmasıyla kasti, pasif olmasıyla da ihmali oluşur. Sorumluluğun doğması ve sınırın (tazminat miktarının) tayini bakımından ayırım önemlidir.

(63) SAYMEN/ELBİR., a.g.e., s. 445.

(64) Nakleden, KANETİ, S., a.g.m., s. 55.

A) KAST

Kast hukuka aykırı bir sonuca yönelen iradedir (65). Kastın gerçekleşebilmesi için failin, hukuka aykırıcı sonucu önceden görebilmesi ve onu istemiş bulunması şarttır (66). Hukuka aykırı sonucun önceden görülmesine tasavvur kuramı, bu sonucun fail tarafından istenilmesine de irade kuramı denilmektedir (67).

Kast için hukuka aykırı sonucun isnetilmiş olması yeterlidir; hukuka aykırı fiil sonucunda doğacak zararın istenmesine gerek yoktur (68). Failin hukuka aykırılık, halini bilmemesi kastı ortadan kaldırır; meselâ fail başkasının malını kendi malı sanarak ona zarar vermesi, kastî bir fiili oluşturmaz (69).

Hukuka aykırılığı bilmemek kastı ortadan kaldırır. Çünkü failin hukuka aykırılığı bilmemesi, onun hukuka aykırı sonucu tasavvur etmesine engeldir; dolayısıyla kastın bir unsuru olan tasavvur gerçekleşmemektedir (70). Buna karşılık yalnız hukuk kuralını bilmemek kastın ortadan kalkmasına yeteri gelmez. Şöyleki, normalde hukuk kurallarını herkesin bildiği varsayılır. Yine şahıs hukuk kuralların bilmemekle birlikte, başkalarına zarar vermemeyi, zarardan kaçınmayı bilir ve çoğu zaman da fiilin ahlâken kınanması kast için kâfidir (71).

Failin kasıtlı davranmasının saiki, sonuca etkili değildir; kastı ortadan kaldırmaz (72).

1. TÜRLERİ

a) VASITASIZ KAST (DOLUS DIRECTUS)

Vasitasız kast, tasavvur edilen hukuka aykırı sonucun fail tarafın-

(65) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 441; ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 128; Von TUHR., a.g.e., s. 404; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 393; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 46; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 374; SAKA, Z., a.g.m., s. 446; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 478; İNAN, A. N., a.g.e., s. 278; ATAAY, A., a.g.e., s. 51.

(66) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; SAYMEN - ELBİR, a.g.e., s. 393.

(67) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; ATAAY, A., a.g.e., s. 51.

(68) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; Von TUHR., a.g.e., s. 404; ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 128; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432; ATAAY, A. a.g.e., s. 53.

(69) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; Von TUHR., a.g.e., s. 404; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 47; ATAAY, A., a.g.e., s. 53; ÖNEN, T., a.g.e., s. 135.

(70) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.

(71) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.

(72) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48; ÖNEN, T. a.g.e., s. 135.

dan açıkça istenmiş olmasıdır (73). Kastın bu türünde fail, hem hukuka aykırı sonucu tasavvur etmiş hem de onu gerçekten istemiştir.

b. İHMALİ KAST (DOLUS EVANTUALİS)

Kastın varlığı için gerekli olan irade, bazen açıkça hukuka aykırı sonuca yönelmeyebilir. Fail, fiilinin hukuka aykırı bir sonuç doğuracağını tasavvur eder; fakat gerçekleşmeme ihtimaline binaen fiile devam eder veya hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesi halinde de sonucu kabullenir (74).

İhtimalî kastta fail, canlı bir tasavvurla hukuka aykırı sonucu görür; fakat bu sonucun gerçekleşmeme ihtimali vardır. Fail bu ihtimale dayanarak istemediği sonuca doğru gider. Ancak fail tasavvuru ile hukuka aykırı sonucu da görür ve böyle bir sonuç ihtimal dahilindedir. Fail, işte bu ihtimali gözönüne alarak fiilinden kaçınması gerekir, fakat ihmal göstererek fiiline devam eder (75).

Sonuç olarak ihtimali kast ile vasitasız kast aynı ağırlığa sahiptir.

2. SORUMLULUĞA ETKİSİ

Kast, kusurun en ağır derecesidir. Hakim, BK.nun 43. m.sine göre hal ve mevkiin icabını ve BK.nun 44/II. m.sine göre müzayaka halini takdirle, tazminat tayin ederken kastı gözönünde tutmalıdır. Eğer fiil, kasten işlenmişse, zarardan daha az bir tazminata hükmedilmemelidir. Tabii bunun yanında fiil kasten de işlense, tazminat zarardan daha fazla olmaz.

Bazı haksız fiil çeşidinde ise kast sorumluluk için bir unsur sayılmaktadır. Ahlâka aykırı bir fiilin husule getirdiği zararın tazmini, failin kastına bağlıdır (BK. 41/II).

B) İHMAL

İhmal BK.nun 41. m.sinde aynı anlamlara gelen ihmal, tedbirsizlik, ve teseyyüp kelimeleri ile gösterilmektedir. Bunların hepsi ihmal anlamına geldiği gibi tazminatın takdirinde de farklı değer taşımazlar. İhmal, failin, hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucu önlemek için hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir.

(73) TUNÇOMAĞ, K. a.g.e., s. 441; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 393; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 47; ATAAY, A., a.g.e., s. 52; İNAN, A. N., a.g.e., s. 278.

(74) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 441; SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 47; İNAN, A. N., a.g.e., s. 279; ATAAY, A., a.g.e., s. 52; FEYZİ-ÖĞLU, F. N., a.g.e., s. 479; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432.

(75) Doktrinde sonucun istenmemesi ve bu ihmalden dolayı ihtimali kast, kasta yaklaşan ihmal olarak isimlendirilmektedir. bkz. ÖNEN, T., a.g.e., s. 135.

Fail haksız bir neticeyi istememekle beraber hal ve hareketin gerektirdiği tedbirleri almamak suretiyle, haksız sonucun gerçekleşmesine sebebiyet vermekle kusuru, ihmal olmaktadır (76).

1. TÜRLERİ

İhmal, oluşu bakımından şuurlu ve şuursuz ihmâl, sonuçları bakımından da ağır ve hafif ihmal olarak ayrılmaktadır.

a) SUBJEKTİF AYRIM

Hukuka aykırılığın fail tarafından tasavvur edilmesi ve edilmemesi durumlarına göre şuurlu ve şuursuz ihmal ayrımları ortaya çıkar.

aa) Şuurlu İhmal

Fail, hukuka aykırılığı tasavvur edebilmekle, bu sebepten böyle bir neticenin doğmasını istememekte ve hatta yeterli olmayan bir takım tedbirler dahi alabilmektedir. Fail, sonucun doğmasını istememektedir. Buna rağmen hukuka aykırı sonuç çıkarsa şuurlu ihmal (meş'ur ihmâl) söz konusudur.

Şuurlu ihmal ile ihtimali kast arasında sıkı bir benzerlik olmasına rağmen birbirinden farklıdır. Şöyleki ihtimali kastta hukuka aykırılık tasavvur edilmekle, sonuç istenmemekle birlikte gerçekleşmesine de rıza gösterilmektedir. Şuurlu ihmâlde ise sonuç tasavvur edilmekte ve fakat istenmemektedir de (77). Hatta sonucun gerçekleşmemesi için tedbir dahi alınmaktadır.

Tedbir alıp almamak kesin olarak ayırım için kâfi gelmemektedir. Çünkü çoğu zaman fail, tasavvur ettiği hukuka aykırılığın gerçekleşmeyeceği ümidi ile tedbir dahi almamaktadır (78).

bb) Şuursuz İhmal

Failin fiilinin sonucunu tasavvur etmemişse ve bir haksız fiile sebep olmuşsa; bu fiilde ne tasavvur ne de irade vardır. Ancak hal ve şartlar failin fiilinin sonucunu tasavvur edebilecek durumda olduğunu gösterirse ve failde fiilinin sonucunu, gerekli dikkati sarfettiğinde görebilecek durumda ise şuursuz ihmâl vardır (79).

(76) Von TUHR., a.g.e., s. 405; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 395; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.

(77) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 111.

(78) BİRSEN, K., a.g.e., s. 182.

(79) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 111; BİRSEN, K., a.g.e., s. 183; Von TUHR., a.g.e., s. 405; ATAAY, A., a.g.e., s. 56; İNAN, A. N., a.g.e., s. 280.

Şuurlu ve şuursuz ihmalin birbirinden farklılığı, hukuka aykırılığın önceden tasavvur edilememesinden kaynaklanmaktadır. Önceden hukuka aykırı netice tasavvur edilmiş ve fakat yeterli tedbir alınmamışsa, şuurlu ihmal sözkonusudur. Hukuka aykırılık önceden tasavvur edilmemiş, ama bu tasavvur yokluğu şahsın dikkatsizliğinden kaynaklanmışsa şuursuz ihmal sözkonusu olur.

b) İHMALİN DERECESESİNE GÖRE AYRIM

Kast ve ihmal kusurun dereceleridir. Kast doğrudan doğruya iradenin hukuka aykırı sonuca yönelmesi olduğu için derecelenmesi mümkün değildir. İhmal ortalama hareket tarzından ayrılma olduğuna ve bu ortalama harekete uyum, herkesten aynı ölçüde beklenemeyeceğine göre, ağır ve hafif olmak üzere derecelenmektedir.

Kusurun en hafifi bile sorumluluk için yeterlidir (80). Kusuru, kast, ihmal olarak ikiye ayırmak ve ihmali de ağır ve hafif ihmal şeklinde derecelemenin faydası, BK.nun 43. m.sinde hakimnin takdirine kolaylık sağlamak içindir.

aa) Ağır İhmal

Normal bir kimsenin aynı hal ve şartlar altında görebileceği ve yapabileceği en basit özen ve dikkatin gösterilmemiş, yapılmamış olması ağır ihmaldir.

bb) Hafif İhmal

Normalin üstünde dikkatli, tedbirli, bilgili bir insanın göstereceği özenin bulunmaması hafif ihmaldir.

2. SORUMLULUĞA ETKİSİ

Kusuru derecelendirirken kast ve ihmâl ayırımı görülmesine karşılık; ekseriya kusurun tazminata etkisi, ağır ve hafif kusur ayırımında kendisi göstermektedir. Tazminatı etkileme açısından, kast her zaman için ağır kusur sayılmakla beraber, ihmâl, duruma göre hem ağır hem de hafif kusur içinde yer bulmaktadır.

Ağır ihmâl, ekseriya kastla aynı değere sahiptir. Bu halin tipik misâli, BK.nun 44/II. fıkrasındaki, failin tam tazminat halinde müzayakaya düşeceği hallerde tazminatın eksiltilmesine gidilemeyeceği kuralında gö-

(80) ÖNEN, T., a.g.e., s. 137; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 434; OSER-SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 376.

rülür.

Tazminatın daha düşük miktarda tayinine kusurun etkili olması en çok hafif ihmâlde görülmektedir. Failin hafif kusurundan dolayı, zararın bir kısmına katlanmak zorunda kalan mağdur için bu sonuç ağır gelebilir. Fakat zararın tamamını da hafif ihmâlli failin çekmesi de adîl değildir (81). Bunun sebebi de toplumun olaylar karşısında gösterdikleri tepkide görülebilir. Şöyle ki, kasten adam öldüren ile, ihmâl ile adam öldürene karşı gösterilen tepki farklıdır; birincisine daha ağır, ikincisine ise daha hafif olmaktadır (82).

Bu sebepten dolayıdır ki, hafif ihmâl ile yapılan zararın tamamı değil, daha az bir kısmı tazmin ettirilir. Bilhassa failin tazminat ile müzayaka hali sözkonusu olunca ve bu tazminatın mağduru da etkilemeyeceği anlaşılınca tazminattan bile vazgeçilebilir. Müzayaka halindeki fail, kısa bir müddet sonra durumunu iyileştirmişse, mağdur tarafından yeniden dava açılarak, müzayaka sebebiyle yapılan tenzilatın ortadan kaldırılması hakkaniyete ve adalete uygun düşer (83).

Kusurun hafif ihmâl derecesinde olması, muhakkak zararın daha az olarak tazmin edilmesini gerektirmez. Eğer fail zengin, buna karşılık mağdur çok fakir ise zararın tamamı tazmin ettirilebilir (84). Hatta zarar, çok az ise, tamamı tazmin ettirilebilir (85).

3. İHMALİN TAKDİRİ

İhmalin ağır veya hafif olduğunu, bunların hangi noktalarda başlayıp ve biteceğini, alt ve üst sınırını kestirmek çok güçtür.

Bir olayda kusurun kasıt veya ihmâl derecesinde olduğunu, ihmâl derecesinde ise, ağır veya hafif ihmâl olduğunu, yahut da olayın tesadüf ve kaza sonucu ortaya çıkarak kusurdan arındığını hakim tesbit edecektir (86). Kusurun derecesi tesbit olunurken önce kasıtlı veya ihmâli olup olmadığı belli edilmelidir. Çoğu zaman ihtimali kast ile şuurlu ihmâl birbirine karıştırılabilmektedir (87).

(81) BECKER, a.g.e., s. 265.

(82) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 317.

(83) Von TUHR., a.g.e., s. 101.

(84) BECKER., a.g.e., s. 265.

(85) BECKER., a.g.e., s. 265.

(86) SAYMEN - BİLİR., a.g.e., s. 396; İNAN, A. N., a.g.e., s. 282; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 443.

(87) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432.

İhmalin varlığını ve derecesini tayinde, net ve kesin bir ölçü yoktur (88). Hâkim önüne gelen her olayda ihmali ve derecesini ayrı ayrı takdir eder (89). Şu halde, ihmali geniş ölçüde takdire dayanan bir kavramdır. Hakim takdirini nasıl yapacaktır? Takdir için iki ölçü bulunmaktadır; subjektif ölçü ve objektif ölçü.

Subjektif ölçüye göre, bizzat olayın faili ele alınarak, ondan, olayda beklenileni yapıp yapmadığına bakılır. Bunun için sözkonusu olayda bizzat failin kendisinin nasıl davranması gerektiği tesbit edilir, ardından da bu davranışı ne ölçüde gösterip göstermediğine bakılarak ihmalin derecesi tesbit edilir. Günümüzde artık bu ölçü terk edilmiş olup (90), hukumumuzda sadece BK.nun 528. m.sinde bu tür ölçü aranmaktadır.

İkinci yol, faili başka bir şahısla kıyaslamadır. Bu usule objektif (mücerret) usul denmektedir. Objektif ölçünün, subjektif ölçüye tercih edilmesinin sebepleri olarak, şunlar gösterilmektedir: «a) İnsanların zekâ ve irade gibi derunî vasıflarını, maharet ve kabiliyetlerini lâıykıyla tesbit etmek imkânsızdır. b) Cemiyet hayatında emniyet mülâhazası, fertlerden faaliyetlerinde şahsi vasıfları ne olursa olsun asgari derecede muayyen bir ihtimam gösterilmesinin beklenmesini icabettirir.» (91).

Kıstas olarak kullanılacak soyut tip, mâkul ve mazbut bir kimsedir. Böyle bir kimsenin, failin fiili gibi olan hallerde, kaçınılmaz sayacağı önlemlere göre ihmali derecesi takdir edilir (92). Çünkü aynı şartlar altında herkesten aynı hareket beklenir.

Objektif tip tesbit edilirken memlekette yaşayan insanların ortalama tipi mi, yoksa failin durumuna uygun tip mi alınmalıdır? Bu usulde failin temyiz kudreti hariç, şahsi özelliklerine pek fazla değer verilmemektedir (93). Buna karşılık tesbit edilen ortalama tipin her hadiseye uygulanması da hakkın kaybolmasına sebep olabilir. Objektif tip bulunurken fail dikkate alınmalı, onun yaşına, cinsiyetine ve kültür seviyesine göre (94) ortak bir tip bulunmalıdır (95). Bu durumda failden beklenen iyi bir aile

(88) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 396.

(89) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 112; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 396; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 443.

(90) İNAN, A. N., a.g.e., s. 282.

(91) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 51.

(92) Von TUHR., a.g.e., s. 406.

(93) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 50.

(94) Hakime duruşmada «yahu» sözünü sarfeden sanığın kültür durumu dikkate alınarak hakaret kastının olmadığına dair Yarg. 4. CD. E. 1981/5835 K. 1981/5342 T. 18.9.1981 karar bkz. YKD. C. 7, Yıl 1981 S. 11 s. 1498.

(95) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 59.

reisinden (bonus paterfamilias) beklenen ihtimam olmayıp, iyi bir işadami, doktor, mühendis v.s.nin ihtimamı olmaktadır (96).

Failin davranışı, belli bir çevrede veya meslek grubunda normal karşılanıp kınanmaması hali, ihmali ortadan kaldırmaz (97). Failin iş hayatının gereklerine uyması, umumun korunması, asayişin sağlanması için konan mevzuata uyması, eğer daha fazla özeni gerektiriyorsa, yeterli gelmemektedir (98).

Failden beklenen özen olayın soyut gereklerine göre de takdir edilir; yoksa uygulamada alışıl gelen ihtimama bakılmaz (99).

Çoğu zaman kusur, bilgisizlikten bedenî kabiliyetin ve maharetin noksanlığından ileri gelir. Böyle durumlarda faile kusur yüklemek doğru değilse de başaramayacağı işleri yaptığından, gerekli olan kaçınma görevini yerine getirmediğinden kınanır ve ihmali bu noktada açığa çıkar (100).

Sonuç olarak faile uygun düşen objektif tipin yapacağı harekete göre failin ihmali ve ihmalinin derecesi bulunur.

VI — KUSURUN ORTADAN KALKMASI

Faile, kastının ve ihmalinin yokluğu sebebiyle kusur atfedilememesi onu kusura dayalı sorumluluktan kurtarır.

Bazı durumlarda tabii kast mevcut olmakla beraber kusur ortadan kalkar. Meselâ ağır bir tehditle ve cebir altında işlenen hukuka aykırı fiilin kast unsuru kalkmamakla beraber, tehdit ve cebir kusuru bertaraf edici sebep olarak ortaya çıkar (101). Failin mevcut ve beklenen iradesi dışında bir sebeple, fiilinin gerekli kıldığı tedbiri alamamışsa da ihmali ortadan kalkar (102).

VII — KUSURLU SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Kusura dayalı haksız fiilin tabii sonucu tazminattır. Şartların varlığı halinde mağdur, zararın doğmaması veya henüz doğmuş zarar için faile karşı kuvvet kullanma yetkisine sahiptir. Mağdur bu haklarını kullanma-

(96) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377.

(97) BECKER, H., a.g.e., s. 252.

(98) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 54.

(99) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 13.

(100) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 115; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377.

(101) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 435.

(102) Von TUHR., a.g.e., s. 406.

dığı takdirde artık kendisi zararını faile tazmin ettiremez, aksi takdirde ihmaki hak olur. Bu gibi hallerde mahkemede dâva açması gerekir.

Failin sorumluluğu, kusur açısından kusurun derecelerine göre tesbit edilir.

Zararın doğmasında failin yanında mağdurun da kusuru olabilir; müterafik kusur denen bu hal de dikkate alınır.

Zarar birden çok şahsın fiili ile doğmuş ise bunların mağdura karşı sorumlulukları ve sorumluluğun kendi aralarında paylaşılması da haksız fiil sorumluluğunun sonuçlarındandır.

VIII — ZARAR GÖRENİN DE KUSURLU OLMASI (MÜTERAFİK KUSUR)

Zarar gören tarafın, zararlı fiilin yapılmasına önceden izin vermesi sonuçlarını daha doğmadan kabul etmesi veya fiilin yapılmasına bizzat kendisinin de katılması veya mevcut zararın artmasına yardım ederek failin durumunu ağırlaştırması halinde tazminat ya tamamen veya kısmen indirilir (BK. 44/1).

Borçlar Kanununda bu anlamda yerini bulan hollere doktrinde «müterafik kusur», «zarar görenin kusuru», «birlikte kusur» denilmektedir (103).

Doktrinde kullanılagelen bu çeşit deyimler, kusur kavramıyla beraber kullanıldıkça hatalıdır. Çünkü; hiç kimse kendi hakkını korumaya mecbur tutulmamıştır (104). Bu sebepten şahsın kendisine zarar vermesi, hukukun emri olmayıp, şahsî menfaati gereğidir (105). İster müterafik kusur, ister zarar görenin kusuru veya birlikte kusur denilsin, lafzen yanlış olmamakla beraber artık «galat-ı meş'ur» olmuş bulunmakta ve sırf BK.nun 44/II, m.sinin gösterdiği halleri içine almaktadır.

Zarar görenin zarara rıza göstermesi müterafik kusur sayılmaktadır. Esasen zarara rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığından, fiilin haksız fiil olmasına engel olmaktadır. Zarara razı olma her zaman için geçerli olmayabilir. Hukuken geçerli olmayan rıza, haksız fiilin gerçekleş-

(103) ARSEBÜK, E. a.g.e., s. 141; BİRSEN, K., a.g.e., s. 202; Von TUHR., a.g.e., s. 103; BERKİ, Ş., a.g.e., s. 137; KISAGÜN, Adli, Müterafik Kusur, ABD. 1961 C. 18 s. 12. v.d.; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 484; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 533; ATAAY, A., a.g.e., s. 99; GÖKTÜRK, H. A., a.g.e., s. 97; TANDOĞAN, H. a.g.e., s. 318; SAKA, Z., a.g.m., s. 443; ÜNAL, M. a.g.m., s. 423.

(104) ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 142; Von TUH., a.g.e., s. 103.

(105) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 143.

mesine engel olmaz. Ancak, zarar da müterafik kusurla gerçekleşmiş olur ve tazminat da düşürülür (106). Burada kastedilen rıza, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyecek haklarla ilgilidir; aksine tasarrufu mümkün haklar için verilen rıza, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla tazminatı ortadan kaldırır (107).

Rızanın, zararın doğumundan önce verilmiş olması lâzımdır. Sonradan verilen rıza, konuyla ilgili olmayıp, tazminat alacağından vazgeçme sayılır.

Zararı meydana getiren fiile yardım etmekte müterafik kusurdur. Yalnız bu durumda çok hassas davranılmalıdır. Eğer zararın tamamı mağdurun fiilinden doğmuşsa, zararlar failin fiili arasındaki İliyet Bağı kopmuşsa tazminat borcu doğmaz (108). Meselâ, ev sahibinin içki şişesine zehir koyarak buzdolabına koymak suretiyle gösterdiği ihmâlkâr davranışı, eve gelen yakın bir misafirin bunu içmek suretiyle gördüğü zarar, müterafik kusurdan doğar. Ama bu zehiri eve gizlice giren hırsız içerse, hırsızın gördüğü zarardan ev sahibi sorumlu olmaz.

Meydana gelen zararın artmasına mağdurun sebep olması da müterafik kusurdur. Mağdur kendi fiili ile zararı arttıramayacaktır. Aynı zamanda zararın artmaması için tedbir alacaktır. İstenilen tedbir, normal ve makûl bir insanın kendi işlerinde kendi menfaati icabı veya kaçınması lâzım gelen hareket tarzıdır (109).

Verilen zarar, bir ameliyatı gerektiriyorsa, mağdur buna izin vermedir. Eğer ameliyat çok riskli ve neticede pek ümitli değilse, ayrıca fail tarafından masraflar temin edilmemişse, mağdur ameliyata izin veremez; aksi halde izin vermeme müterafik kusurdur (110).

Eğer beklenen makûl hareket, mağdurun şahsî bir eksikliğinden ileri geliyorsa; meselâ mağdur âmâ, sağır veya gayrimümeyyiz işe, onun, kusuru sözkonusu olamayacağından, müterafik kusur hükümleri uygulanamaz (111). Gayrimümeyyiz küçüklerin de kusuru olamayacağından tazminatın tayininde müterafik kusur hükümleri uygulanamaz (112).

(106) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 143; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 321.

(107) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 406.

(108) BERKİ, Ş., a.g.e., s. 141.

(109) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 319; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 408.

(110) Von TUHR., a.g.e., s. 108.

(111) Von TUHR., a.g.e., s. 104; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 409; KISAGÜN, A., a.g.m., s. 11.

(112) KISAGÜN, A., a.g.m., s. 12; Yarg. 4. HD. E. 1981/1247 K. 1981/3013 T. 11.3.1981 YKD. C. 7 Yıl 1981 S. 11, s. 1422.

Gayrimümeyyizler, hakkaniyet icap ettiğinde BK.nun 54/1 kıyasen, kendilerine bağlanamayan kusurlu hal yükletilerek müterafık kusur hükümlerine göre tazminat tayini yoluna gidebilir (113).

Müterafık kusuru iddia eden tazminat yükümlüsü bu iddiasını ispat eder. Müterafık kusurun tazminata ne derecede etki edeceğini hakim takdir ve tayin eder.

SONUÇ

Kusurun haksız fiilde iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır. Birincisi, haksız fiilin esaslı unsurlarından olması sebebiyle, yokluğu haksız fiil sorumluluğunun doğmasına engel olur. İkincisi, kusurun derecelenmesi ile haksız fiil sorumluluğunun sınırı da esneklik kazanır. Ağır kusur (kasıd veya ağır ihmal) halinde tazmin sorumluluğu, zararın tamamı veya tamamına yakındır. Hafif kusur (hafif ihmal) halinde ise tazminat, oluşan zarardan daha az olabilir.

Kusur, failin dışında zarar gören açısından da ele alındığında (müterafık kusur halinde) ya zarar verenin sorumluluğu azalmakta veya tamamen ortadan kalkmaktadır.

Kusursuz sorumluluk hallerinde kusur, doğrudan doğruya sorumluluk unsuru olarak aranmamakla beraber, sorumluluğun doğmasında önemli yeri vardır.

Sonuç olarak kusur, sorumluluğun doğması ve tazminat miktarının tesbitinde önemli bir göreve sahiptir.

İSTISNA SÖZLEŞMESİ VE BAZI İŞGÖRME SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN (*)

I — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

İstisna Sözleşmesi BK.nun 355 - 372. m.leri arasında düzenlenmiştir. İstisna Sözleşmesinin tanımı, Kanunda «İstisna, bir akiddir ki, onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder» şeklinde yapılmıştır.

Sözleşmeye ad olarak verilen kelime Arapça'dan gelme bir kelime-dir. İstisna, sanat ve maharet emeği sarfederek bir şeyi meydana getirmek demektir (1).

Sözleşmenin adı mehzaz kanunun Fransızca metninde «contrat d'entreprise» (taahhüt sözleşmesi) Almanca metninde «werkvertrag» (eser sözleşmesi)'dir. Türk Borçlar Kanununda ve Türk doktrininde çoğunluğun benimsediği isim «istisna (akid) sözleşmesi'dir.». Son zamanlarda istisna sözleşmesi yerine eser (yapıt, yapım) sözleşmesi ismi kullanılmaya başlamıştır (2). Ayrıca aynı yazarlar «Müteahhit» yerine «ismarlanan» veya «yüklenici», «işsahibi» yerine «ismarlayan» kelimelerini kullanmaktadırlar.

İstisna Sözleşmesi, bir bedel karşılığında emek sarfederek ortaya bir eser çıkarma anlaşmasıdır. Sözleşmenin unsurları eser, imal, ücret ve anlaşmadır.

A) ESER

Bedeni veya fikri bir emek sonucunda ortaya çıkan hukuki varlık eserdir. Eserin maddi veya gayrimaddi oluşu niteliği tartışmalıdır. Bilhas-

(*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi.

(1) GÖKTÜRK, H. Avni, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1951, s. 497.

(2) ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1981 s. 301; TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. II. ÖBİ, İstanbul, 1977, s. 952; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, ÖBİ, C. 2. Ankara, 1977, s. 2.

sa İsviçreli yazarlar ve Türk yazarlardan Tandoğan ve Ayiter gayrimaddi eserlerin istisna sözleşmesi unsuru olamayacağı fikrindedirler (3).

Bu konuda, çoğunluk görüşü, eserin maddi veya gayrimaddi nitelikte olabileceğidir (4). Yargıtayın görüşü de bu yöndedir (5).

Sonuç olarak eser, insan emeğinin maddi veya gayrimaddi bir varlıkta tecessüm etmiş şeklidir.

B) İMAL

Bir eser meydana getirme faaliyeti ve bu faaliyetin sonucunda istenilen eserin ortaya çıkarılmasına imal denilir. Kullanılan malzemenin emek ile yeni bir hüviyet kazanması imal kavramını oluşturur. Eserin meydana gelişinde emek ile malzemenin dengeli olması gerekmez; emeğin esere katkısı az olsa da bir imal işi vardır.

İmal ile ortaya çıkan eserin başlıbaşına varlığı olan yeni bir eser olması şart değildir. Mevcut bir eserin tamir edilmesi, tadil edilmesi veya yok edilerek ortadan kaldırıp yeni bir iktisadi değer meydana getirilmesi imal kavramı içerisindedir (6). Mesela, ayakkabı tamiri, elbise ütülenmesi, bir evin odalarında değişiklik yapılması ve mevcut bir binanın yıkılarak temizlenip kullanıma hazır bir arsa ortaya çıkarılması imal kavramındadır.

C) ÜCRET

Ücret istisna sözleşmesinin kurucu bir unsurudur. İstisna sözleşmesi ivazlı sözleşmelerdendir. Karşılıksız olarak bir eser meydana getirmeye ilgili sözleşme istisna sözleşmesi olmayıp, alelade vekalet sözleşmesi olur (7).

Ücretin paradan gayri bir edim olması mümkündür. Karma nitelikli bir sözleşmede diğer sözleşmenin müteahhide yüklediği borç, istisna söz-

(3) AYİTER, Kudret, Sınai Tesislerin Kurulmasında Rastlanan Vekalet Akitleri, AÜHFĐ. C. XXX. s. 1 - 4 s. 269; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 16.

(4) GÖKTÜRK, H. A., a.g.e., s. 497; K., a.g.e., s. 953; ÖNEN, T., a.g.e., s. 302; ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979, s. 14; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku, ÖBİ, Ankara, 1971, s. 245.

(5) Yarg. 9. CD. E. 1981/725 K. 1981/898 T. 5.3.1981, YKD., C. 7. N. 1981, s. 7, s. 933.

(6) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 955; ÖNEN, T., a.g.e., s.

(7) TANDOĞAN, Halûk, İstisna Akdi Kavramı ve Benzeri Akitlerden Ayırıldılması, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1973, s. 321; ERMAN, H., a.g.e., s. 19.

leşmesinin ücretli olarak kararlaştırılabilir. Genellikle arsa karşılığı daire yapımıyla ilgili sözleşmelerde müteahhidin ücreti, kendisine üzerinde inşaat yapılması için verilen arsanın bir kısmının ücretidir (8). Bu tür sözleşmelerde müteahhit belli miktar arsa payına isabet eden daireyi yapıp teslim etmeyi borçlanır; arsa sahibi de kendisine yapıp teslim edilen dairenin ücreti olarak, kendi payının dışındaki arsa payının mülkiyetini devreder.

Ücretin miktarı önceden ya götürü olarak veya yaklaşık olarak tesbit edilir. Ücretin önceden hiç tesbit edilmemiş olması sözleşmenin kurulmasına engel değildir (Bk. 366) (9).

D) ANLAŞMA

Bir eserin ortaya çıkarılması hususunda tarafların iradelerinin birleşmesi sözleşmenin meydana gelmesi için yeterlidir. Tarafların iradelerin açıklanması açık olabileceği gibi zimni de olabilir.

Genel olarak istisna sözleşmesi şekle bağlı değildir. Ancak 2490 sayılı kanuna tabi işlerin yapılmasında istisna sözleşmelerinin kuruluşu şekle bağlıdır. Bu kanunun 25. m.sine göre, istisna sözleşmesinin yazılı ve noterce tasdik ve tescil edilmesi gerekir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi 2490 sayılı kanuna tabi işlerle sözleşmenin eki sayılır.

Karma tipli sözleşmelerde edimlerden birini öngören sözleşme şekle tabi ise sözleşmenin bütünü de aynı şekilde yapılmalıdır. Mesela arsa karşılığı daire inşaatı sözleşmesinde, gayrimenkulün mülkiyetinin devri resmi yazılı şekle bağlı olduğundan sözleşmenin bütünü (istisna-satım) resmi yazılı şekilde olmalıdır (10).

II — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN MEYDANA GETİRDİĞİ SONUÇLAR

İstisna sözleşmesi karşılıklı borç doğuran sözleşmelerdendir. Sözleşmenin meydana gelmesi ile, taraflar karşılıklı olarak hak ve borç sahibi olurlar.

A) MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

İstisna sözleşmesinde müteahhit bir eseri imal etmekle yükümlüdür. Eğer eser, maddi nitelik taşıyorsa, iş sahibine teslim edilmesi gerekir.

(8) SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 7.

(9) SELİÇİ, Özer, a.g.e., s. 7.

(10) SELİÇİ, Özer, a.g.e., s. 14.

Yani eser imal edilmekle beraber teslim edilmemişse müteahhidin borcu devam etmektedir. Müteahhit eseri ya bizzat kendisi veya kendi gözetim ve denetimi altında başkasına yaptırmalıdır. Müteahhit eseri imal için uygun zamanda işe başlamalı ve savsamadan devam ederek zamanında bitirmelidir. Müteahhit borcundan özenle imal ettiği eseri ayıpsız bir şekilde teslim etmekle kurtulur.

1. GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu'nun 356 m.de müteahhidin genel borcu, hizmet sözleşmesine atıfta bulunarak işçinin borcuna göre tesbit edilmiştir. İşçinin borçlarını BK.nun 320 ve 321 m.leri, bizzat ifa ve özen gösterme olarak belirtmiştir.

Bizzat ifa borcu, istisna sözleşmesinde yapılan işin niteliğine göre, işçinin bizzat ifa borcundan daha esnek olup, duruma göre başkasının ifası da geçerlidir. Genel olarak borcun şahsen yerine getirilip getirilme-yeceği BK.nun 67. m.sine göre tayin edilir. Borçlar Kanunu'nun 67. m.sinin gösterdiği genel kural, borcun borçlunun dışındaki şahıslar tarafından da ifasının geçerli olacağıdır (11). Aynı maddenin gösterdiği istisna kural ise, borcun borçlu tarafından ifası alacaklının menfaatine ise, borçlunun bizzat ifası gereğidir. Yerine getirilecek edim borçlunun şahsına göre özellik kazanıyorsa ve bu özellik alacaklının menfaatine ise bizzat ifa gerekir (12).

BK.nun 356 m.si hükmü, BK.nun 67. m.sindeki kuralı tersine çevirerek, bizzat ifayı genel kural, başkasının ifasını da istisna kural haline getirmiştir (13). BK.nun bu hükmü müteahhidin yardımcı şahıs kullanmasına engel değildir. Müteahhit kendi iradesi ve gözetimi altında hareket eden yardımcı şahıs kullanabilir (14). İşin yapılmasında müteahhidin şahsi maharetinin önemi yoksa, eserin imalini bir üçüncü şahsa devredebilir. Eserin imali müteahhit tarafından devredilen bu şahsa alt müteahhit denir. Müteahhit ilgili eserin imalinde yeterli bilgi ve ihtisasa sahip değilse yardımcı kullanmak veya şartları varsa alt müteahhide devir bakımından sadece yetkili değil, aynı zamanda bu yola başvurmaya mecburdur (15).

(11) KILIÇOĞLU, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHF.D., C. XXXII, Yıl 1975, S. 1 - 4, s. 185.

(12) Von TUHR, Andreas, (Çeviren, EDEGE, Cevat), Borçlar Hukuku Umumi Kısım, 2. C., İstanbul, 1953, s. 514.

(13) KILIÇOĞLU, Ahmet, a.g.m., s. 188.

(14) Von TUHR., a.g.e., s. 514.

(15) KILIÇOĞLU, Ahmet, a.g.m., s. 189.

Müteahhidin eserin imalinde üçüncü şahıslarla ilgisi, üçüncü şahsın yardımcı olması veya alt müteahhit olması şeklinde olabilir. Birçok meslek sahipleri yanlarında çırak, kalfa, işçi gibi yardımcıları çalıştırmırlar. Bu tür yardımcıların varlığı çoğu zaman mesleklerin icabındandır. Bu bakımdan müteahhidin yardımcı şahıs kullanması, eseri kendisinin imal etmediği anlamını çıkarmaz. Yardımcının, eserin imalindeki katkısı eserin değerini ve vasfını düşürmemelidir. Eserin imalinde müteahhidin şahsı önemli ise ve yardımcı şahıs kullanmadığı zaman yardımcı şahıs kullandığı zamandaki eserden daha iyi bir eser imal edecekse, yardımcı şahıs kullanmamalıdır (16). Müteahhit yardımcı şahısları kendi gözetim ve idaresi altında olmak şartıyla ancak meydana gelecek eserin kalitesini düşürmemek şartıyla yardımcı şahıs kullanabilir.

Yardımcı şahısla müteahhit arasında bir taabiyet ilişkisi vardır. Bu ilişki müteahhide, yardımcıyı idare etme, gözetim ve denetim altında tutma yetkisi ve görevini vermektedir. Bu görevin yerine getirilmemesi, yani yardımcının iyi idare edilmemesi sonucunda doğan sorumluluk, BK.nun 100. m.sindeki yardımcı şahıslardan dolayı sorumluluk olmayıp, BK.nun 96. m.sine göre sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluktur. Müteahhit idare ve gözetim görevini yerine getirmesine rağmen yardımcının fiili bir zararı doğurmuşsa, müteahhidin sorumluluğu BK.nun 100. m.sine göre dir. Yardımcının fiili, iş sahibinden başkasını zarara uğratmışsa, müteahhit BK.nun 55. m.sine göre sorumludur. Yardımcının fiili aynı zamanda bir haksız fiil ise müteahhitle beraber yardımcı da sorumlu tutulabilir (17).

Müteahhit, yardımcı şahıs kullanma yetkisi yoksa, doğrudan doğruya BK.nun 96. m.sine göre sözleşmeye muhalefetten sorumludur.

Yardımcı, kusurlu olarak iş sahibine zarar vermişse, müteahhit yardımcıya rücu edebilir. Bu halde yardımcı ile müteahhit arasındaki münasebete bakılmalıdır. Eğer aradaki münasebet hizmet sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, yardımcı işini yaparken BK.nun 321. m.sinde aranan özen borcuna uyup uymadığına bakılmalıdır.

Müteahhidin eseri imalinde başkalarının işe karışmaları, yardımcıya müracaatın yanında işin bir kısmının veya tamamının alt müteahhide devredilmesi yoluyla da olabilir.

Bütün işgörme sözleşmelerinde, işin yapılması ile ilgili ana kural, iş yapma borçlusunun, şahsen işi yapmasıdır. Ana kural bu olmakla bera-

(16) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.

(17) KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s. 193.

ber istisnaları da vardır. Hizmet sözleşmesinde BK.nun 321. m.sine göre sözleşmede hüküm varsa veya hal ve şartlara göre, işin yapılması başkasına devredilebilir. Aynı şekilde vekâlet sözleşmesinde de BK.nun 390/II. m.sine göre vekil, sözleşme ile başkasını yerine tayin etme yetkisine sahip olabilir veya hal ve şartlar bunu gerekli kılabilir veya adete göre başkasını tayin edebilir; bunların aksi halinde aldığı işi şahsen yapmaya mecburdur. İstisna sözleşmesinde de müteahhit BK.nun 356/II. m.sinin ikinci cümlesine göre «...işin mahiyetine nazaran şahsi meharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.»

Kanunumuzda her üç sözleşme içinde istisnai kural olumsuz bir yolla ifade edilmiştir. Olumlu yolla ifade edilmek gerekirse BK.nun 356/II. m.si «müteahhit istisna sözleşmesinin mahiyetinin müsaade ettiği nisbette, eseri kendi hesaplarına bağımsız olarak çalışan alt müteahhit ve işçilere devredebilir.» şeklinde olur (18).

Çoğu zaman müteahhidin, imalini taahhüt ettiği eseri yalnız başına gerçekleştirmesine işgücü ve uzmanlığı yeterli olmaz. Müteahhit, eseri zamanında ve uygun bir şekilde teslim edebilmek için başkalarına müracaat etmek mecburiyetindedir. Müteahhidin müracaat ettiği bu şahıslar ya yardımcı vasfını taşır veya alt müteahhittirler.

Alt müteahhit, müteahhit tarafından eserin bir kısmının veya tamamının imal için devredilen, bağımsız ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı şahıstır (19). Alt müteahhit ile asıl müteahhidin yardımcıları birbirinden farklıdır. Alt müteahhit ile asıl müteahhit arasında bağlılık unsuru olmadığı halde yardımcıları müteahhide bağlıdırlar. Yardımcılar kendi hesaplarına işgörmezler; alt müteahhit ise kendi hesabına çalışır. Müteahhidin idare ve gözetim görevi, yardımcıları üzerinde olduğu haldé; alt müteahhit üzerinde böyle bir görevi yoktur.

Yardımcı şahıslarla müteahhit arasındaki ilişki çoğu zaman bir hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı halde, alt müteahhit ile müteahhit arasında istisna sözleşmesi vardır (20).

Müteahhit, eserin imalini alt müteahhide devredebilmesi için, böyle bir yetkiye sahip olması gerekir. Alt müteahhide devir yetkisi, BK.nun 356/II. m.sine göre sözleşmenin niteliğine göre belli olur. Halbuki hizmet sözleşmesinde ve vekâlet sözleşmesinde devir yetkisi, işin niteliğinden

(18) KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s. 194.

(19) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 51.

(20) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 51.

başka, iş sahibinin muvaffakati ve hal şartlarına göre belli olur. Aynı kural-
ların istisna sözleşmesinde de uygulanmasında bir engel yoktur.

İşin niteliği bazan işi bir başkasına bırakmaya kesinlikle imkân ver-
mez. Bilhassa küçük el zanaatlarıyla ilgili istisna sözleşmelerinde işin alt
müteahhitlere devrine, sözleşmenin niteliği uygun değildir (21).

Eserin imalinde müteahhidin şahsi meharetinin önemi yoksa veya
işin niteliği müteahhidin üçüncü şahıslara da müracaatını gerekli kı-
lıyorsa, BK.nun 356/II. m.sine göre genel olarak alt müteahhide devir yet-
kisi vardır. Bilhassa büyük inşaat işlerinde, yapımı üstlenilen iş çeşitli
uzmanlık alanları içerisine girer. Böyle bir işi üstlenen müteahhidin ese-
ri bütün olarak şahsen imal etmesi çok zor hatta imkânsızdır. Eseri uy-
gun bir durumda ve uygun zamanda meydana getirmek için müteahhit
bir veya birden çok alt müteahhide işi kısım kısım devretme yetkisi söz-
leşmenin niteliğinde saklıdır. Meselâ bir binanın yapımını üstlenen müte-
ahhit, binanın duvarlarının, sıva ve boylarının yapımını taşoramlara,
elektrik, su ve gaz tesisatının kurulmasını başka bir alt müteahhide dev-
redebilir.

2490 sayılı Kanuna tâbi işlerle ilgili istisna sözleşmelerinde, AEİK.nun
58. m.si «Mukaveleye bağlanan madde veya hizmet ait olduğu vekâlet
veya dairenin muvaffakati olmadıkça başkasına devredilemez. Aksi tak-
dirde mukâvele bozulur. Ancak mesuliyet kendi üzerinde kalmak şartıyla
ortak olabilir ve işi başkasına işletebilir.» hükmünü getirmiştir. İdare,
karşısında ihale sonucu yapılan sözleşmenin ifasından sorumlu bir mü-
teahhit görmek ister (22). Müteahhit, sözleşmenin sorumluluğunu de-
ğiştirebilecek bir davranış içine giremez. Sözleşmenin getirdiği sorumlulu-
ğu değiştirebilecek, ifa tarzı sözkonusu ise idarenin yazılı müsaadesi
alınmalıdır; aksi takdirde idare sözleşmeyi, sözleşmeye aykırılık sebebiy-
le feshedebilir (23).

2490 Sayılı Kanuna tabi işlerde, BİGŞ, idare ile müteahhit arasındaki
sözleşmenin ekidir. BİGŞ'nin 12. m.sine göre, müteahhit imalini yüklen-
diği eseri kısmen dahi alt müteahhide devredemez. Devredebilmesi için ida-
renin yazılı muvaffakati gerekir. Müteahhid'in, idarenin muvaffakat et-
memesine rağmen işi bir alt müteahhide devretmesi ve bu hareketin ida-
renin de lehine olması halinde, BİGŞ'nin 12. m.sine göre sözleşmenin
idarece feshi iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz (24). Bu devir işlemi müteah-

(21) KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s. 195; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 23.

(22) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 33.

(23) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 33.

(24) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 33.

hidin uzmanlık sahasının dışında olmalı ve idarenin de menfaatına olmalıdır.

Devir yetkisi, işin niteliğinden başka sözleşme ile de tesbit edilebilir. Bu hüküm BK.nun 356/II. m.sinin, 320. m.ye yaptığı yollamadan anlaşılmaktadır. Ayrıca, müteahhidin bizzat ifa yükümlülüğü, kamu düzeninden olmadığı için aksi her zaman sözleşme ile düzenlenebilir. Buna göre işin niteliği müteahhide, bir başkasına devir yetkisi tanımasa bile sözleşme ile taraflar devir yetkisini kararlaştırabilir. Devir yetkisi, başlangıçta sözleşme yapılırken müteahhide verilebileceği gibi sonradan da tanınabilir. Sonradan verilen devir yetkisi, iş sahibinin tek taraflı bir irade açıklaması ile gerçekleşir. Bu irade açıklaması, açıkça olabileceği gibi zımni de olabilir. Müteahhidin işin imalini başkasına devir etmesine ses çıkarmayan iş sahibi, zımnen devir yetkisini tanımış sayılır (25).

İşin devri, bir yetki olduğu kadar görev de olabilir. Eserin imali bir uzman alt müteahhide devri gerekli kılıyorsa, bu yetki ile beraber görevi de müteahhide yüklemektedir. Borçlu müteahhidin ölümü halinde mirasçuları, işin niteliği müsaitse bir alt müteahhide devrederek eseri tamamlamalıdır.

BK.nun 356/I. m.sinin yollamasıyla, BK.nun 321. m.de işçiye yükletilen özen borcu müteahhide de yükletilmiştir.

Özen borcu, niteliği itibariyle bağımsız yani başlı başına bir borç olmayıp, herhangi bir borç edimine ait esas yükümlülüğün yanında tâli bir yükümlülük olarak asıl borç yükümlülüğünün ifası için gerekli fiil ve hareketlerin yapılmasına yönelmiş görevdir (26).

Özen borcu, müteahhidin, eserin imalinin çeşitli safhalarında yerine getirmekle yükümlü olduğu borçlarına bağlı olarak ortaya çıkar. Müteahhit, yardımcı şahıs kullanıyorsa bunların seçiminde, sevk ve idaresinde; işi alt müteahhide devretmişse, alt müteahhidin seçiminde; malzeme kendisi sağlamışsa, onların temininde; müteahhidin verdiği malzemenin istenilen işe uygun olup olmayacağının kontrolunda özenle hareket etmelidir.

Özen kavramı, borçlunun yerine getirmesi gereken edimin kendisinden beklenen ve borcun ifası için zaruri olan irade, âzim, itina ve dikkat gibi subjektif unsurlarla birlikte, görülen iş için borçlunun şahsiyetinde bulunması zaruri olan bedeni ve fikri özelliklerinin toplamını ifade eder.

(25) KILIÇOĞLU, A., a.g.e., s. 196.

(26) İZVEREN, Adil, İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, AD. Yıl 1953, s. 11, s. 1309.

Bunlardan birinin yokluğu ifa için zaruri olan özenin yokluğu demektir (27).

Müteahhitten beklenen özenin ölçüsü, işçinin göstermesi gereken özenden daha fazla ve ağırdır. Müteahhidin üzerine aldığı iş için gerekli uzmanlığı haiz olmadığı halde bu işi alması ve işin ifasında uzmanlara da danışmaması onun için bir kusur sayılmalıdır (28). Müteahhit işçiye nazaran, yapılacak işle ilgili olarak uzmanlaşmıştır; hatta müteahhidin iş uzmanlığını iş sahibi de ölçemez.

Müteahhidin özen borcunun kaynağı olan BK.nun 321. m.sinde, işçi için hafifletici sebep olan, iş sahibinin işçinin özellikleri hakkında bilgisi, istisna sözleşmesi tarafı olan müteahhit için uygulanamaz; müteahhit hakkında etraflı bilgi sahibi olması iş sahibine, kusur olarak yükletilip müteahhidin sorumluluğu azaltılamaz (29) Buna karşılık müteahhitten de teknik işler hariç normal işlerde, beklenen özen, benzer işlerde gösterilecek olan özendir. Bu tür işlerde, BIGŞ.'nin 7. m.nin son fıkrasına göre, tecrübeli ve uzman bir müteahhidin davranış tarzı beklenen özenin ölçüsü olarak kabul edilmektedir (30). Ayrıca müteahhit tacir sıfatını taşıyorsa TK.nun 20. m.si uyarınca basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır (31). Bilhassa işin kabulü esnasında, eseri uygun bir vaziyette imal edip edemeyeceğini araştırmalıdır. Araştırma borcu özen borcunu da yan borç olarak, müteahhide yükler.

Özen borcunu yerine getirmeme sözleşmeye aykırılık sorumluluğunu doğurur. Yeterli özeni göstermeyen müteahhit bu yüzden doğan zararlara katlanır. Özen borcunun yerine getirilip getirilemediğini tayin bakımından işin sonunu beklemek iş sahibi için mahzurlu olduğu takdirde iş sahibi, ihtarla işin özenle yapılması, aksi takdirde masrafları müteahhide ait olmak üzere işin başka birine devredeceğini bildirebilir (BK. 358). Bundan başka özensiz imalden dolayı sözleşmeye aykırılıktan dolayı iş sahibi sözleşmeyi bozabilir.

Müteahhidin genel sorumluluğunun içinde iş araçlarını temin borcu da vardır. İş araçlarından maksat, BK.nun 356/III. m.sinde «...şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ve alet ve edavatı...» şeklinde bahsedilen, imal edilen eserden ayrılabilen ve duruma göre müteahhidin mülkiyetinde kalan araçlardır.

(27) İZVEREN, A., a.g.m. s. 1310.

(28) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 39.

(29) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 988.

(30) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 94.

(31) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 39.

Müteahhidin iş araçları ile ilgili borcu, aynı konuda işçinin borcu ile tam tersinedir. İş araçlarının temini, hizmet sözleşmesinde iş sahibine bırakılmışken, istisna sözleşmesinde müteahhide yükletilmiştir. İş araçlarının temini yükümlülüğü, hizmet sözleşmesi ile istisna sözleşmesinde tersine olmasının sebebi işçi ile müteahhidin sosyal ve hukuki durumlarındaki farklılığın bir sonucudur; işçinin çoğu zaman emeğinden başka iktisadî bir değeri olmazken, müteahhidin sermaye ve üretim araçlarına sahip olması gerekir (32).

İş araçlarını temin masrafları da müteahhide aittir. Masraflar iş araçları için yapılan, satınalma, kiralama ve taşıma harcamalarının bütünüdür.

İş araçlarının kullanılmakla tükenen cinsten olması onun iş araçlarından sayılmasına engel değildir. Meselâ bir eserin imalinde kullanılan enerji ve patlayıcı madde de iş araçlarındandır.

Müteahhit iş araçlarını temin borcundan iki halde kurtulur. Birincisi sözleşme ile bu borç iş sahibine bırakılmış olabilir. İkinci olarak da iş araçlarının temini, uygulanı gelen adette iş sahibine bırakılmış olabilir.

2. İMAL EDİLEN ESERE İLİŞKİN OLARAK

Eseri meydana getirmek için kullanılan malzeme, bu malzemeyi işlemek için kullanılan iş araçlarından farklıdır. İş araçlarının, gelde müteahhit tarafından, istisna olarak da sözleşmede veya adette hüküm varsa iş sahibi tarafından temin edileceği BK.nun 356/III. m.sinde belirtilmiştir. Eserde kullanılacak malzemenin ise kimin tarafından temin edileceği kanunda açıkça belli edilmemiştir.

BK.nun 357 m.de, müteahhidin kullanılan malzemenin iyi cinsten olmaması halinde satıcı gibi sorumlu olacağı genel kural olarak belli edilmiştir. Aynı maddenin II. ve III. fıkraları ise malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halinde, müteahhide, özenle kullanmak, malzemeyle ilgili olarak hesap vermek ve verilen malzemede bir kusur varsa bunu derhal iş sahibine ihbar etmek borcunu yüklemiştir. Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı gibi malzemenin iş sahibi tarafından temini hali özel bir durum olarak gözönüne alınmıştır. O halde sözleşmede ve adette aksi-ne bir hüküm yoksa malzemeyi müteahhit temin edecektir (33). BİGŞ.'nin 20. m.de müteahhide iş araçları ile birlikte malzemenin de temini borcu yüklenmiştir.

(32) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 56.

(33) BİLGE, N., a.g.e., s. 250; AKGÜN, M. Zerrin, İstisna Akdi, AD. Yıl 1953, S. 9, s. 964, aksini söylemektedir.

Müteahhidin kullanılan malzemeye ilişkin olarak sorumluluğu BK.nun 357. m.sinde malzemenin müteahhit veya iş sahibi tarafından temin edilmesine göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Malzemeyi müteahhit temin etmişse bununla ilgili sorumluluğu satıcının sorumluluğu gibidir (BK. 357/1.). Satıcı satmış olduğu malın maddi ve hukuki ayıplarından sorumludur. Aynı şekilde müteahhit de imal ettiği eserde kullandığı malzemenin maddi ve hukuki ayıplarından dolayı sorumlu olacaktır.

İşlenen malzemenin başkasına ait olması halinde MK.nun 699. m.sine göre hukuki tağyirden dolayı, ortaya çıkan eserin mülkiyeti kullanılan malzemenin mülkiyetini ortadan kaldırarak ve dolayısıyla bir zapt sözleşmesi olamayacaktır (34). Bu bakımdan hukuki ayıp istisna sözleşmelerinde hemen hemen yok gibidir.

BK.nun 357/1. fıkrası müteahhide iyi cins malzeme kullanma borcu yüklemektedir. Müteahhit malzemeyi özenle seçerek temin etmelidir. İmalatta kullanılacak malzemenin cins ve kalitesi sözleşmeyle belirtilmişse, müteahhit bundan başka malzeme kullanamaz. Malzemenin kalitesi ile ilgili bir sözleşme hükmü yoksa, müteahhit iyi kalitede, normal standardın altına düşmeyen malzeme seçmeli; buna karşılık kararlaştırılmamışsa lüks malzeme istenmemelidir (35).

Kullanılan malzemedeki ayıba müteahhit sebep olmuşsa, müteahhide BK.nun 194 - 207. m.lerinde düzenlenen satıcının sorumluluğu hükümleri uygulanmalıdır. Malzemedeki ayıba müteahhit sebep olmamakla beraber, özenle seçseydi ayıblı malzemeyi kullanmayacak idi ise yine aynı hükümlere göre müteahhit sorumlu olmalıdır.

Buna karşılık müteahhidin özenle seçmesine rağmen malzemede bozukluk varsa bundan müteahhit sorumlu olmamalıdır; çünkü müteahhit ile malzemeyi tedarik ettiği şahıslar arasında hiçbir hukuki bağ olmadığından müteahhidi sorumlu tutmamak gerekir (36).

Malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse, müteahhit derhal malzemeyi kontrol ederek işe uygun olup olmadığını tesbit etmelidir. İş sahibi konunun uzmanı olmadığından malzeme seçiminde hataya düşebilir. Müteahhit kontrolden sonra tesbit ettiği ayıpları iş sahibine bildir-

(34) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 58; BİLGE, N., a.g.e., s. 250.

(35) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 90.

(36) TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I., Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s. 999; Tandoğan aksi fikri savunarak, kendi imali olmayan malzemedan müteahhidin seçimde kusuru olmasa bile sorumlu tutulması gerektiğini söylemektedir. bkz. TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 39.

meldir; ayıp işin devamı sırasında çıkması halinde de ihbarda bulunmalıdır (37). Müteahhit, ihbara rağmen iş sahibi kusurlu malzemenin kullanılması hususunda ısrar ederse sorumluluktan kurtulur.

Malzemenin dışında, işin gerçekleşmesinin gecikeceği veya tehlikeye düşeceği bir hal ortaya çıkarsa, müteahhit derhal işsahibini uyararak onun talimatını beklemelidir (BK. 357/III) (38). Aksine davranışı, müteahhidi BK.nun 96. m.sine göre sorumlu kılar.

Müteahhit kendisine verilen malzemeyi özenle kullanmalı onun zayı olmasına engel olacak tedbirleri almalıdır. Malın sigorta ettirilmesi müteahhidin borçlarından değildir; ancak gerekli ise iş sahibini bu konuda uyarmalıdır (39). Malzemeyi özenle kullanma saklama borcu kapsamı içine tamir için verilen şeyler de dahildir (40).

Müteahhit kullandığı malzeme ile ilgili olarak iş sahibine hesap vermek mecburiyetindedir. Malzemeyle ilgili olarak müteahhit vekil gibi sorumludur (41); artanı iade etmek zorundadır (BK.357/II).

3. SÖZLEŞMEYE UYGUN OLARAK İŞE BAŞLAMA VE BİTİRME

Borçlar Kanunu'nun 358. m.si müteahhide, işe zamanında başlayıp, devam ederek, bitirme borcu ile eserin istenilen vasıflara uygun olarak imali borcunu yüklemiştir. Bu madde ile müteahhidin borcu, zamanla ve eserin vasfı ile ilgili olarak iki gruba ayrılmıştır. Bu borçlara aykırılık ayrı ayrı olabileceği gibi birarada da bulunabilir.

Müteahhidin zamanla ilgili borcu, işe başlamada, devam etmede ve bitirerek teslimde uyması gereken zaman aralığındaki imalat faaliyetidir.

Müteahhidin işe başlayacağı an sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir. Sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa, halin icabına ve mevcut âdete göre başlama anı tesbit edilir (42). İşe başlama zamanını, taraflar açık olarak veya zımnen tayin edebilirler. İşe başlama zamanı, taraflarca kararlaştırılmamış olması, halin icabı ve adete göre de belli edilememesi hallerinde, BK.nun 74. m.si gereğince müteahhit derhal işe başlamalıdır (43).

(37) GÖKTÜRK, H. A., a.g.e., s. 500.

(38) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 61.

(39) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 999.

(40) TANDOĞAN, H., s. 60.

(41) MARTEN Alfret, (t. ç. Ahmet Cevat) Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Nazariyeleri, Ankara, 1936, s. 445, TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1000.

(42) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 967.

(43) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 487; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1005.

Müteahhidin zamanında işe başlamaması, eserin teslim zamanının kararlaştırılıp kararlaştırılmaması hallerine göre incelenmelidir. İşe başlama zamanının kararlaştırılmaması halinde iş sahibi, derhal işe başlaması için ihtarında bulunabilir ve buna rağmen işe başlamazsa BK.nun 106. m.sine göre mehil vererek müteahhidi temerrüde düşürebilir (44). İşe başlama ve mehil tayini aynı anda yapılabilir. BK.nun 107. m.sindeki hallerden biri varsa mehil tayinine gerek yoktur. Müteahhit mehile rağmen işe başlamaz veya BK.nun 107. m.sindeki hallerden biri varsa mehil tayinine gerek yoktur. Müteahhit mehile rağmen işe başlamaz veya BK.nun 107. m.sine göre mehil tayinine gerek yoksa iş sahibi BK.nun 106. m.sindeki seçimlik haklarından birini kullanabilir.

İş sahibi, BK.nun 106. m.sindeki genel hükümlere göre sözleşmeyi feshetmek isterse, 107. m.deki hallerden biri yoksa, borçluya ifa için münasip bir süre vermelidir.

Müteahhide, BK.nun 358/I. m.siyle işe zamanında başlama, borca aykırı biçimde işin icrasını geciktirmeme ve teslim tarihi kararlaştırılmışsa bu tarihte işi bitirme borcunu yüklenmiştir. Müteahhidin bu borçlara uymaması halinde iş sahibi, BK.nun 358/I. m.sine göre sözleşmeyi feshedebilir. İş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için, işin zamanında bitirilip teslim edilemeyecek durumda olması ve bu gecikme iş sahibinin kusurlu davranışından kaynaklanmaması gerekir. Böyle bir halin ortaya çıkmasıyla iş sahibi, sözleşmeyi erken feshedebilir (45).

İşin imali sırasında müteahhidin gerekli özeni göstermeyeceği, ayıplı olarak veya sözleşmeye aykırı olarak imal edeceği önceden anlaşılırsa, iş sahibi, bunlara mâni olmak için müteahhide uygun bir süre vererek veya yetkili mercie süre tayin ettirerek bu süre içinde gerekenlerin yapılmasını, aksi takdirde masrafları müteahhide ait olmak üzere işi başka birine devredebileceğini ihtarla bildirebilir (BK. 358/II.). Bu hüküm, sözleşmenin feshini öngörmemektedir. İş sahibi üçüncü şahsın seçiminde serbest olmakla beraber özensiz davranışından sorumludur (46). İş sahibinin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için üçüncü şahsı, yetkili bir mercie seçirmesi doğru olur (47).

(44) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 82; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 66; TUNÇOMAĞ, K. a.g.e., s. 1005.

(45) Yarg. TD. E. 2605 K. 2806 T. 12.11.1959, bkz. OLGAÇ, Senai, Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 3., Ankara, 1977, s. 912.

(46) GÜCÜN, C. Abdurrahim, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları II, İstanbul, 1946, s. 726.

(47) MARTEN, A., a.g.e. s. 440.

4. AYIBA KARŞI GARANTİ BORCU

Eserin ayıplı olarak yapıldığı imalat esnasında anlaşıldığı takdirde, iş sahibi ya sözleşmeye aykırılıktan dolayı sözleşmeyi fesheder (48) veya BK.nun 358/II. m.sine göre mehil verip bu da sonuçsuz kalırsa imalatı üçüncü şahsa tevdi edebilir.

Müteahhidin eserin ayıplarından sorumlu olabilmesi için eserin, teslim edilmesi, ayıplı (bozuk, kusurlu) olması ve iş sahibinin ayıbı ihbar etmesi gerekir (49).

a) İsbat

Eserin ayıplı olduğunun ispatı, genel kurallara göre (MK. 6), iş sahibine düşmektedir. İş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra uygun bir zamanda ve makul bir sürede muayene ve ihbar etmelidir. Eseri muayene ederken tedbirli bir şahıs gibi davranmalı, gerektiğinde bilirkişiye başvurmalıdır. İş sahibinin BK.nun 360. m.deki haklarını kullanabilmesi için ihbar yükümlülüğünü yerine getirebilmesi, eserdeki ayıpların bilinmesine bağlıdır. Eserdeki ayıplar dört gruba ayrılabilir; bunlar normalde açıkça görülebilenler, muayene sonucunda anlaşılabilenler, gizlenmiş ayıplar, sonradan açığa çıkan ayıplardır.

Açıkça görülen ayıpla normal bir muayene sonucu anlaşılabilen ayıplar müteahhide ihbar edilmediği takdirde artık eser teslimdeki haliyle kabul edilmiş sayılır.

Muayene zamanı teslimle başlamakla beraber, işin niteliği teslimle muayene zamanı arasını uzatmış olabilir. Meselâ yaz şartlarında kullanılmak üzere imal ettirilen bir soğuk hava deposu, kışın teslim edilmişse ancak yazın muayene edilebilir.

Muayene sonucunda veya sonradan ortaya çıkan ayıpları iş sahibi derhal müteahhide bildirmelidir (50).

Muayene ve ihbar yükümlülüğü, iş sahibi için bir borç olmayıp müteahhidin sorumluluğunun bir şartıdır (51). Bu şartları yerine getirmeyen iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır ve müteahhit sorumluluktan kurtulur.

Muayene ve ihbar müddetinin sözleşme ile uzatılıp kısaltılması ve hatta müteahhidin sorumluluğunun kaldırılması da mümkündür (52).

(48) Bkz. Yukarıda s. 147.

(49) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 71; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 133.

(50) Yarg. 15. HD. E. 1480, K. 1316, T. 24.10.1974, OLGAÇ, S., a.g.e., s. 915.

(51) OLGAÇ, S., a.g.e., s. 915.

(52) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 970.

BK.nun 359/II. m.sine göre eserin ayıbı ile ilgili olarak her iki taraf da bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Bilirkişi incelemesi bir çeşit delil tesbiti niteliğindedir. Bu fıkra göre yaptırılacak delil tesbiti için mahkemeye başvurulmalıdır (53). Tarafların özel olarak yaptırdıkları incelemeler ise delil tesbiti niteliğinde olmayıp özel bilgi edinme olur. BK.nun 359/II. m.sine göre mahkemeden istenecek bilirkişi raporundan amaç ise ayıpların tespit edilerek gerektiğinde delil olarak kullanılmasıdır (54).

Hukukumuz da delil tesbiti işlemi HMUK.nun 368. ve devam eden maddelerinde gösterilmektedir. Taraflar isterlerse, HMUK. 368. ve devamı maddelere göre veya BK.nun 359/II. m.sine göre delil tespitini isteyebilirler. Her ne kadar aynı konuda hem HMUK.na göre hem de BK.na göre delil tesbiti dâvası açılabilir ise de HMUK. aradığı şartların olmaması halinde de BK.na göre dâva açılabilir.

b) Eserin Ayıplı İmali Halinde İş Sahibinin Hakları

Eseri muayene ederek ayıbını ihbar eden iş sahibinin sahip olduğu haklar, alıcının ayıba karşı haklarına benzemekte ise de istisna sözleşmesinin özelliğinden dolayı biraz farklıdır. Satım sözleşmesinde satılanın ayıplı olması halinde alıcı, sözleşmeyi, feshedebilir, ücret indirimi isteyebilir veya ayıplı olmayan birisi ile değiştirilmesini isteyebilir. İş sahibi de BK.nun 360. m.sine göre sözleşmeyi feshedebilir, ücret indirebilir veya müteahhidi tamire zorlayabilir. İş sahibinin hakları, alıcının haklarından farklı olarak seçimlik olmayıp, ancak belli şartlarda kullanılabilir.

Eser sözleşmeye aykırı olarak yapılmışsa, iş sahibinin kullanamayacağı derecede kusurlu ise ve adalet duygularına göre iş sahibi eseri kabule zorlanamayacaksa iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir. BK.nun 360/I. m.sinde kullanılan «o şeyi kabulden imtina edebilir.» ifadesi sözleşmenin feshinden başka bir şey değildir (55). Sözleşmenin feshi tek taraflı bir irade beyanı olup, karşı tarafa varmakla sözleşmeyi doğumundan itibaren geçersiz kılar.

İş sahibi, ufak tefek ayıplar sebebiyle sözleşmeyi feshedemez (56). Sözleşme ancak BK.nun 360/I. m.sindeki hallerde feshedilebilir. Sözleşmenin feshi için müteahhidin kusurlu olması şart değildir. Ayrıca sözleşmenin feshi sebebiyle iş sahibi bir zarara uğramışsa bunun da tazmini

(53) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 970; TANDOĞAN, H. a.g.e., s. 74; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 148.

(54) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 148.

(55) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 77.

(56) BERKİ, Şakir, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 145; Yarg. TD. E. 7720 K. 2980, T. 27.11.1959, OLGAC, S., a.g.e., s. 728.

İstenebilir. BK.nun 360/I. m.sinin ifadesi, müteahhidin kusurunun ispatını iş sahibine yüklemiş gibi görünmekte ise de BK.nun 96. m.sindeki ispat yükünün ters çevrilmesi için bir sebep bulunmamaktadır (57). Sözleşme, BK.nun 360. m.sindeki hallerden birine uygun olarak feshedildiğinde müteahhit, iş sahibinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin edecektir. Müteahhidin zararı tazmin etmekten kurtulabilmesi için kendinin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir.

Eserin ayıbı, sözleşmeyi feshedecek derecede ağır değilse iş sahibi, ya ücret indirimini talep edebilir veya müteahhidi tamire zorlayabilir. Müteahhidin ayıbı gidermek için yapacağı tamirat, fazla masrafı gerektirmemelidir. Tamir masrafının aşırı olacağı durumlarda, müteahhit tamire zorlanmamalıdır.

Sözleşmenin feshi sebebi olan ayıpla, ücret indirimi veya tamir sebebi ayıp birbirinden dikkatlice ayrılmalıdır. Ayırımında tarafların menfaatleri ve iyiniyet kurallarına göre yapılmalıdır (58).

İstisna sözleşmesinin konusu bir inşaat işi olur ve inşaat, iş sahibinin arsası üzerine yapılırsa, BK.nun 360/I. m.sindeki şartların varlığı ile sözleşmenin feshi halinde, müteahhit enkazı kaldırmak mecburiyetindedir. Enkazı söküp kaldırma masrafı, müteahhidi, çok fazla zarara uğrattıysa iş sahibi sözleşmeyi feshedemez. Böyle durumlarda BK.nun 360/II. m.sine göre ya ücret indirimi veya tamirat talep edilebilir. Ayrıca bu sebepten dolayı iş sahibinin zararı olmuşsa o da tazmin edilmelidir.

c) İş Sahibinin Ayıplı İmalden Sorumluluğu (BK. 361)

İş sahibinin, müteahhidi ayıplı imalden dolayı sorumlu tutabilmesi için eserdeki ayıba kendisinin sebep olmaması gerekir.

İş sahibinin vermiş olduğu talimatlar, plan ve projeler eserin ayıplı olarak ortaya çıkmasına sebep olabilir. Yapılacak işin esas uzmanı müteahhittir. Muhakkak ki iş sahibi kendi aleyhine sonuç doğuracak hareketlerden kaçınacaktır; fakat eserle ilgili hareketlerin sonucunu da müteahhit kadar bilemez. Bu durumda müteahhit iş sahibini uyarmalıdır, aksi takdirde eserin ayıbından sorumlu olur. Müteahhidin uyarısına rağmen iş sahibi, talimatında, plan ve projelerde ısrar eder ve bu sebepten eser ayıplı olursa bundan müteahhit sorumlu olmaz; dolayısıyla iş sahibi BK.nun 360. m.sinde tanınan hakları kullanamaz.

(57) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 75.

(58) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 163.

d) Eserin Kabulü

Müteahhidin, eserin ayıblı imali sorumluluğundan kurtulma şartlarından biri de eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesidir.

Eserin kabulü, iş sahibinin, teslim edilen eserin muayene edip ayıpsız bulması veya ayıplı olduğu halde BK.nun 360. m.sinde kendisine tanınan hakları kullanmaktan vazgeçmesidir (59).

Eser açıkça veya zımnen kabul edilebilir. Eserin teslim alınması kabul anlamına gelmez (60). Çünkü iş sahibi, ayıba karşı haklarını kullanabilmesi için BK.nun 359/1. m.sinde belirtildiği üzere eseri muayene edip varsa, ayıpları müteahhide ihbar etmelidir. İş sahibinin, bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için eserin kendisine teslimi gerekir. Zımnen kabul bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ile gerçekleşir. İş sahibinin muayene ve ihbarda bulunmaması zımnen kabul sayılır (61).

Eserin ayıblı, müteahhit tarafından gizlenmiş veya normal bir muayene ile anlaşılamiyorsa, eser kabul edilse bile ortaya çıkması ile ihbar edilmelidir. Aksi takdirde eser ayıblı haliyle kabul edilmiş sayılır (62). Sonradan anlaşılacak ayıbtan dolayı müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için ayıblı, müteahhit tarafından gizlenmiş veya normal muayene ile anlaşılamiyacak durumda olduğu ispat edilmelidir. İspat yükü iş sahibine aittir.

e) Zamanaşımı

Ayıba karşı iş sahibinin talep hakları için zaman aşımı süreleri yapılan eserin niteliğine ve müteahhidin niyetine göre farklıdır. Eserin menkul veya gayrimenkul olmasına göre ayrı ayrı ele alınması gerekir.

Eserin menkul olması halinde BK.nun 363/1. m.sinde yapılan atıfla BK.nun 207/1. m.sindeki bir yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir. Sürenin işlemeye başlama anı eserin teslim tarihidir. Sözleşmede müteahhidin bir yıldan daha fazla süre ile ayıba karşı sorumlu olduğu kararlaştırılmışsa kararlaştırılan süre geçerlidir. BK.nun 127. m.sinde zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği gösterilmiştir. Halbuki BK.nun 207. m.sinde daha uzun süre satıcının sorumlu olabileceği dolayısıyla zamanaşımı süresinin uzatılabileceği ve hatta zamanaşımını uygulanmaz hale getirebileceği düşüncesi çıkabilmektedir. BK.nun 127. m.si de dikkate alınarak bu

(59) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 198.

(60) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 79; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 36.

(61) BİLGE, N., a.g.e., s. 261.

(62) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 975.

süre en fazla on yıl uzatılabilmelidir (63). Müteahhidin iş sahibi aleyhine açacağı davada, zamanında ihbar etmiş olmak şartıyla bir yıl geçse bile iş sahibi, eserin ayıbını def'i olarak ileri sürebilir (BK. 207/II. kıyasen).

Gayrimenkullerin mütemmim cüz'ü olan eserler için BK.nun 363/II. m.sinde zamanaşımı süresi 5 yıl olarak gösterilmiştir. Gayrimenkule aslen bağlı olmayan, barakâ ve kulube gibi inşaatlarla ilgili zamanaşımı süresi 5 yıl olmayıp 1 yıldır (64). Gayrimenkuller üzerindeki küçük tamiratlarla ilgili zamanaşımı süresi de 1 yıldır. Tamir ve tadil işlemleri eserin esasını ilgilendirdiği takdirde zamanaşımı süresi 5 yıldır (65).

İstisna sözleşmesinin konusu, ister menkul, ister gayrimenkul olsun müteahhidin kasıt ve hilesi ile ayıp gizli kalmışsa bir ve beş yıllık süreler uygulanmaz; on yıllık süre zamanaşımı olarak kabul edilir. On yıllık süre eserin tesliminden itibaren işlemeye başlar.

B) İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

İstisna sözleşmesi tam karşılıklı borç doğuran sözleşmelerdendir. Müteahhidin imal borcuna karşılık, iş sahibi ücret ödeme borcu altına girer. Ücret, istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarından olup, ücretsiz imal taahhüdü sözleşmeyi, istisna sözleşmesi olma niteliğinden çıkarır. Ücret çoğunlukla paradır; paradan başka bir şey de olabilir (66).

Ücretin niteliği ve miktarı sözleşme ile kararlaştırılabilir. Eğer ücretin niteliği kararlaştırılmamış ve aksine örf ve adette de bir hüküm yoksa, ücret para olarak ödenmelidir. Ücretin miktarı başlangıçta kesin ve net olarak tayin edilmişse götürü ücret (BK. 365) sözkonusudur. Yaklaşık bir değer ücret olarak kararlaştırılıp sonradan kesin ücretin tayini yoluna da gidilebilir. Ücretin hiç kararlaştırılmamış olması sözleşmenin ücret unsurunu ortadan kaldırmaz; yeter ki, ücretsizlik kararlaştırılmamış olsun.

Ücretin ödenme zamanı, ya sözleşme ile kararlaştırılır veya BK.nun 364. m.sinde gösterilen usule göre tayin edilir.

1. ÜCRET ÖDEME VE ÜCRETİN MUACCELİYETİ

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde bir taraf karşı taraftan ifa talebinde bulunabilmesi için kendi borcunu ifa etmesi veya ifa etmeyi tek-

(63) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 83; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 211.

(64) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 210.

(65) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 82.

(66) Bkz. aşağıda s. 156.

lif etmesi lâzımdır (BK. 81). İstisna sözleşmesinde müteahhid, ücret isteyebilmesi için imal ettiği eseri teslim etmelidir (BK. 364/I).

Müteahhidin eseri teslim etmesi ile sorumluluğu sona ermemekte, iş sahibinin muayenesi sonucunda eser ayıplı çıkar ve bu durum ihbar edilirse ayıbın derecesine göre müteahhit sorumlu olacaktır. Üstelik eserin kabulü, teslim ile gerçekleşmemekte, iş sahibinin teslimden sonra eseri muayene etmesi sonucuna bağlıdır. Eseri muayene etmeden teslim alarak ücreti ödeyen iş sahibi, muayene sonucunda eser, ayıplı çıkar ve bu yüzden reddederse ödemiş olduğu ücret tehlikeye girecektir. Buna karşılık kanunun hükmü de gayet açık olarak ücretin muacceliyetini teslim anı olarak göstermektedir (BK. 364). Öteyandan bazı eserlerin, teslim anı ile muayene anı arasında uzun bir süre de gerekli olabilir. Bu halde de müteahhidin mağduriyetini önlemek bakımından kanunun hükmü yerindedir.

Ücretin muacceliyetinin teslim anı olarak gösteren BK.nun 364/I. emredici bir kural olmadığından sözleşme ile bunun dışına çıkmak mümkündür. Sözleşmede, ücretin ödeme zamanı eserin kabulü anı olarak veya daha sonraki bir tarih olarak kararlaştırılabilir. Hatta önemli işlerde ücretin sözleşmenin yapıldığı anda veya eserin tesliminden önce ödeneceği de kararlaştırılabilir (67).

Eserin parçalar halinde teslimini öngören sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her parçanın tesliminden sonra o parçaya tekabül eden ücretin ödenmesi gerekir (BK. 364/II).

Eserin teslimi iş sahibinin temerrüdü sonucunda gerçekleşmemişse ücret, eser teslim edilmemiş olmakla beraber yine muaccel olur (68).

Müteahhidin ücreti isteyebilmesi için eseri, teslim etmesinin yanında sözleşmeye uygun olarak tamamlamış olması da gerekir. İş sahibi, ücreti, eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesine kadar vermekten imtina edebilir. Eserdeki ayıp çok küçük bir miktar ise iş sahibinin ücretin tamamını vermekten kaçınması iyiniyet kurallarına aykırıdır (69).

İş sahibi ücreti ödemediği takdirde müteahhit sözleşmeyi BK.nun 106. ve 108. m.leri uyarınca feshetmek ve tazminat istemek hakkına sahiptir. Gayrimenkul inşaatında sözleşme feshedildiği takdirde, müteahhit temin etmiş olduğu malzeme ve arsa için ancak tazminat isteyebilir; eserin mülkiyetini isteyemez (70).

(67) OLGAÇ, S., a.g.e., s. 951.

(68) Von TUHR., a.g.e., s. 545.

(69) OLGAÇ, S., a.g.e., s. 951.

(70) BİLGE, N., a.g.e., s. 254.

Eser teslim edilmekle ücretinin ödendiği karinesi ortaya çıkmaktadır. Bu karine iş sahibinin lehine müteahhidin aleyhinedir. Eseri teslim eden müteahhit, ücreti almadığını iddia ediyorsa iddiasını ispat etmelidir (71).

2. ÜCRETİN TESBİTİ

Ücretin miktarı sözleşme yapılırken net bir şekilde tayin edilebileceği gibi yaklaşık bir bedel tayin edilerek kesin miktarın tesbiti işin bitimine de bırakılabilir. Ayrıca ücret konusuna dokunulmadan sözleşme yapılması, ücret miktarının, işin bitiminde hesaplanacağı anlamını çıkarır.

a) Götürü Ücret

İstisna sözleşmesi yapılırken müteahhidin imal edeceği esere karşılık iş sahibinin ödeyeceği ücretin kesin olarak tesbiti usulüne götürü ücret denmektedir. Götürü ücrete aksi kararlaştırılmamışsa malzeme harcamaları da dahildir (72).

Ücretin götürü olarak tesbiti halinde, müteahhit eseri kararlaştırılan miktar üzerinden yapmak zorundadır. Ücretin götürü olarak tesbiti, ücretin kısmen veya tamamen, müteahhidin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı giderlere veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmamasını şart kılar. Götürü ücrete müteahhit yapılacak eseri kararlaştırılan ücrete yapmağa mecburdur. İmal edilecek eser, tahmin edilen miktardan fazla emek ve masrafı gerektirse bile, müteahhit ücretin arttırılmasını isteyemez (73).

Ücretin götürü olarak tesbiti halinde müteahhidin harcamaları ve emeği ücrete göre çok düşük olmasında iş sahibi ücretin indirilmesini isteyemez (BK. 365/III). Ancak bu farklılık iş sahibinin iradesinin fesadı sonucunda olmamalıdır. İş sahibi, gabine uğraması (BK. 21), hataya düşmesi (BK. 23, 24) ve hileye uğraması (BK. 28), hallerinde her zaman için sözleşmeyi feshedebilir.

Sözleşme yapıldıktan sonra, imalat safhasında önceden görülmeyen ve eserin imalini imkânsız veya aşırı derecede güç hale getiren bir takım mücbir sebep ve umulmayan hal ortaya çıkabilir.

(71) Yarg. 3. HD. E. 9349 K. 8290 T. 15.11.1964, OLGAÇ, S., a.g.e., s. 960.

(72) Bkz. Yukarıda s. 145.

(73) Yarg. 15 HD. E. 1981/639 K., 1981/1055 T. 7.5.1981 YKD. C. VIII S. 2. Y. 1982. sh. 234.

(74) GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1977, s. 24.

Mücbir sebep kavramı, genel olarak, sezilmeyen ve karşı konulmayan bir olayı ifade eder (74). «Mücbir sebep, tümsel olarak bir ödevin ihlaline sebep olan, borçlunun faaliyetine ve işletmesine yabancı kesin olarak kaçınılmaz bir olaydır» (75). Umulmayan hal ise, borçlunun iradesinden ayrı, sezilmeyen ve zarara sebep olan tesadüfi olayları anlatır (76). Mücbir sebep ve umulmayan hal kavramları birbirinden ayrı gibi görünmekte ise de sonuç olarak aynı ve eş anlamlı olarak kabul edilmektedir (77). Mücbir sebep ve sonucu BK.nun 117. m.sinde düzenlenmekle beraber aynı kavram ve sonuçlar BK.nun 365/II. m.sinde de yer almış bulunmaktadır. Beklenmeyen hal sonradan ortaya çıkar ve eserin imalini imkânsız hale getirirse BK.nun 117. m.sine göre müteahhit borcundan kurtulur.

Sonradan ortaya çıkan beklenmeyen hal eserin imalini imkânsız kılmamakla beraber, müteahhidin işe devamı onu iktisaden mahfedecek durumda olması halinde BK.nun 117. m.si uygulanamaz. Bu durumda BK.nun 365/II. m.sine göre hareket etmek gerekir.

Borçlar Kanununun 365/II. m.sinin uygulanabilmesi için;

- «1. Önceden görülmeyen, beklenilmeyen halin ortaya çıkması,
2. Bu durumun işin yapılmasını aşırı derecede güçleştirmesi,
3. Ortaya çıkan bu artışa taraflardan birinin kusurlu davranışının sebep olmaması,
4. (Bu durumun iş sahibine) ihbar (edilmesi)» (78) gerekir.

Bu şartların ortaya çıkması ile müteahhit, işin bitirilebilmesi için ücretin artırılmasını veya sözleşmenin feshini ihbar edebilir. İhbar müteahhidin yenilik doğurucu bir hakkı olup, aynı zamanda BK.nun 365/II. m.sinin getirdiği haklardan faydalanabilme şartıdır (79). Müteahhit, beklenmeyen halin ortaya çıkması ile derhal ihbarda bulunması gerekir, aksi takdirde bu durumun ortaya çıkardığı aşırı güçlüğü üslendiği kabul olunur (80).

İhbar harici olarak yapılabileceği gibi dâvâ yoluyla da yapılabilir. Dâ-

(75) ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenilemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin yerine Getirilememesi, Ankara, 1970, s. 37.

(76) GÖZÜBÜYÜK, A. P., a.g.e., s. 24.

(77) ERZURUMLUOĞLU, E., a.g.e., s. 16; GÖZÜBÜYÜK, A. P., a.g.e., s. 24.

(78) ERMAN, H., a.g.e., s. 71.

(79) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1061.

(80) ERMAN, H., a.g.e., s. 89.

vâ dilekçesinin karşı tarafa ulaşması ile ihbar hükmünü doğurur (81). Haricen yapılan ihbar sonucunu iş sahibi kabul etmezse ortaya bir ihtilâf çıkmakta, bunun çözüm yeri de mahkeme olmaktadır. Müteahhit ücret artırılması ile sözleşmenin feshini alternatifli olarak hakimden isteyebilir. Bu durumda hakim, tarafların karşılıklı menfaatlerini ölçerek ya ücretin artırılmasına veya sözleşmenin feshine, takdir hakkına dayanarak, karar verir.

Müteahhit, ücret artırımını talep ederek, dâvâ açmışsa hakim feshi hükmedemez; bu halde hakim, ancak işe henüz başlanmamış veya yeni başlanmış olması şartıyla feshi hükmedebilir (82). İşin ilerlemiş ve bitimine az kalmış olması halinde hakim sözleşmenin feshi yerine fiyat artırımını tercih etmelidir. Ücretin paradan başka bir edim olarak kararlaştırılması halinde, ücret artırımını para olarak kararlaştırılmalıdır (83). Fesih talebiyle açılan dâvâda para olarak ücret artırımını ileri sürmüşse sözleşme feshedilmemeli, ücret artırımını yolu seçilmelidir.

Dâvâ şartlarının gerçekleşmesine karşılık dâvânın açılması, önceden beklenmeyen hallerin rizikosunu müteahhidin üzerine alması ile engellenebilir. BK.nun 365/II. m.sine aksine sözleşme yapılarak, beklenmeyen haller karşısında doğacak rizikoya müteahhidin katlanacağı belirtilir (84).

b) Yaklaşık Ücret :

Götürü ücret BK.nun 365/II. m.sindeki hal hariç müteahhit için kesin bağlayıcı ve uyulması gereken bir ücret belirleme çeşididir. Genellikle yapılan her faaliyet sonucunda bir kazanç beklenir. Ücret götürü olarak tesbit edildiğinde, beklenen kazançtan mahrum kalınacağı gibi yapılan masraflardan dolayı zarara girme de bilinen gerçeklerdendir. Bu sebeple götürü ücretin doğuracağı rizikoyu müteahhidin üzerinden alacak şekilde sözleşme yapmak mümkündür. Kesin bir ücret belirtmemekle beraber tahmini yaklaşık bir miktarın ücret olarak kararlaştırılması, takribi ücret, yaklaşık ücret, keşif bedeli üzerinden ücret olarak adlandırılan ücret çeşidini ortaya çıkarmaktadır.

Yaklaşık ücretle yapılan sözleşmeden iş sahibinin borcu, işin sonunda yapılacak hesaba göre kesinlik kazanmaktadır. Yaklaşık ücretin üzerine çıkıldığında bu artışı iş sahibi karşılar. Zaten müteahhit yaklaşık ücret

(81) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1061.

(82) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 97.

(83) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 98.

(84) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 92; ERMAN, H., a.g.e., s. 122.

reti seçmekle işi bu fiyata yamak istemediğini belirtmiş olmakta (85), iş sahibi de makul artışları kabul etmektedir.

Yaklaşık ücretle yapılan işlerde kesin ücret ...yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir (BK. 366). «Şeyin kıymeti» sözünden, meydana gelen eserin değeri anlaşılmalıdır. Çünkü bir yanlış tercüme sonucu, kaynak kanunda «işin değeri» karşılığı olan (valeur du travail, Wert der Arbeit) deyimini «şeyin kıymeti» olarak BK.nun 366. m.sine girmiştir (86). İşin değeri kavramından müteahhidin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kâr ve o işe düşen genel giderler payı anlaşılmalıdır (87). Müteahhidin masrafı kavramından ise eserin imalinde kullanılan her türlü malzeme, işçilik ücretlerini anlamak gerekir. Müteahhidin masrafları yapıldığı ana göre hesap edilmelidir. Buna karşılık işin değerinin işin teslimi zamanına göre hesap edilmesi gerekir (88).

Yapılan işin değeri ve masraflar, keşif bedelinden daha az olduğu takdirde ücret, gerçek değer ve masraflara göre mi, yoksa keşif bedeli olarak mı tesbit edilecektir? Yaklaşık ücrette taraflar asgari bir miktar üzerinde anlaşmaya varmış olmaktadır ki, bu da keşif bedelidir. Keşif bedeli makul hadlerde aşıldığı takdirde bunu iş sahibi karşılayacaktır. Keşif bedeli, aşılmadığı ve hatta işin değeri ve masraflar altında kalması durumunda ücret keşif bedeli olmalıdır; iş sahibi tarafından ücretin düşürülmesi istenmemelidir (89).

c) Ücretin önceden belli edilmemesi :

Ücret, ne götürü nede yaklaşık bedel olarak kararlaştırılmasa da müteahhit ücrete müstahak olur. Müteahhidin ücreti yapmış olduğu masraflara ve işin kıymetine göre tesbit edilecektir. Yaklaşık ücret tesbiti halinde, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması durumunda müteahhidin sözleşmeyi feshetme hakkı varken ücretin önceden kararlaştırılmaması halinde bu hakkı yoktur. İş sahibi, ücret borcunun artması rizikosuna kendisi katlanır. Ücretin tesbiti için işin bitiminde ekseriya bir bilirkişiye müracaat edilir.

D) İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

İstisna sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi ifa ile sona erer. Bun-

(85) ERMAN, H., a.g.e., s. 60.

(86) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 112; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1077.

(87) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 113.

(88) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 114; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1077, aksi fikirdedir.

(89) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 112.

dan başka her iki tarafın da sözleşmeye aykırı davranması halinde sözleşme feshedilebilir. Özellikle müteahhidin özen borcuna riayet etmemesi, işe zamanında başlamaması ve devam etmemesi gibi hallerde BK.nun 358. m.sine göre sözleşmeyi feshetmek mümkündür. Aynı şekilde iş sahibi de kendine düşen borçları yerine getirmediği takdirde müteahhit sözleşmeyi feshedebilir. Genel hükümlere göre sona ermenin dışında BK.nun 367, 368, 369, 371. m.lerinde istisna sözleşmesine has sona erme sebepleri gösterilmektedir.

1. KEŞİF BEDELİNİN AŞMASI SEBEBİYLE FESİH

Keşif bedelinin aşması sebebiyle fesih sınırlı olmaktadır. Sadece istisna sözleşmesinde ücretin yaklaşık ücret usulüne göre kararlaştırılmış olması halinde fesih imkânı vardır. Ücretin götürü usule göre tesbit edilmesi veya ücretin önceden kararlaştırılmamış olması halinde BK.nun 367. m.sine göre fesih imkânı yoktur.

BK.nun 367. m.sine göre feshin ikinci şartı, ücretin kararlaştırılan yaklaşık ücretten aşırı derecede fazla olması gerekir. Yaklaşık ücretin aşırı derecede aşıldığını hakim takdir etmelidir.

Üçüncü şart ise aşırılığa iş sahibi sebep olmamalıdır. Kanunda «iş sahibinin sun'u olmaksızın» ifadesi kullanılmakla sadece iş sahibinin kusurlu davranışı kendi sorumluluğunu doğuracağı anlamını vermekte ise de, hal böyle değildir. İş sahibinin keşif bedelinin aşırı artmasına kusurlu veya kusursuz olarak sebep olması fesih hakkına mâni olur (90).

Sözleşmenin konusu iş sahibinin arsası üzerine yapılarak inşaatı bitmiş bir bina ise yukarıdaki şartlara rağmen sözleşme feshedilemez (BK. 367/II). İnşaat henüz tamamlanmamış ise BK.nun 367/I. m.deki şartların varlığı halinde sözleşme feshedilebilir.

Sözleşmenin feshi ile taraflar arasındaki hukuki bağ tamamen ortadan kalktığı için karşılıklı olarak aldıklarının sebebi de ortadan kalkar. Böylece sebepsiz bir zenginleşme ortaya çıkar ki, bu kurala göre taraflar almış olduklarını iadeye mecburdur (91).

Müteahhit yaklaşık ücreti kendi kusuru yüzünden aşmışsa iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi sonucunda doğan menfi zararını da tazmin etmelidir. İş sahibi, müteahhidin kusurlu olduğunu isbat etmesi gerekir (92). Ancak müteahhidin yaklaşık ücreti aşması aynı zamanda söz-

(90) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 104.

(91) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 106.

(92) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1089.

leşmeye aykırı davranışından kaynaklanıyorsa, bu takdirde tazminat ödemekten kurtulabilmesi için kusursuz olduğunu isbat etmelidir (93).

İş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda, inşaatın bitmesi halinde sözleşme feshedilemez. Ücretin, yaklaşık ücreti, aşırı olarak geçen kısmı, makul bir artış gözönüne alınarak ücret düşürülür (94). Meselâ 100.000.- TL.sı yaklaşık ücretle yapılması kararlaştırılan inşaat 200.000.- TL.lık ücreti gerektiriyorsa ve bu inşaatın ücret artış haddi %40 ise 200.000 liralık ücret 140.000.- liraya indirilmelidir.

Inşaatın devamı sırasında yaklaşık bedelin aşırı olarak geçileceği anlaşılırsa iş sahibi sözleşmeyi feshederek inşaatı durdurabilir. Bu durumda iş sahibi yapılan kısım için müteahhide hakkaniyete uygun bir tazminat ödemelidir. Bu tazminatın miktarı, müteahhidin yapmış olduğu masraf ve harcadığı emekten daha az olur (95).

Inşaatın devamı esnasında iş sahibine yaklaşık ücretin aşılacağı ihbarı yapılmışsa iş sahibi sözleşmeyi derhal feshetmelidir. Aksi takdirde normalin üstündeki artışa razı olmuş sayılır.

2. ESERİN TELEF OLMASI

İmal edilen eserin tamamen yok olması sonucunda ortaya çıkan hasarın kime ait olacağı ve bu durum karşısında tarafların durumu BK.nun 368. m.sinde gösterilmektedir. İstisna sözleşmesinde de hasarın intikali, satış sözleşmesinde olduğu gibi teslim işlemine bağlıdır.

Teslimden önce ortaya çıkan hasar müteahhide aittir. Malzemeye ilişkin hasar ise malzemeyi temin eden tarafın üzerinde kalmaktadır. Müteahhidin teslimden önce meydana gelen hasardan kurtulması iş sahibinin, eseri teslim almakta temerrüde düşmesi halinde mümkündür. İş sahibinin temerrüdünden sonra eserin telef olması halinde teslim edilmese bile müteahhit sorumluluktan kurtulur. Bundan başka eser, teslim edilmeden iş sahibi tarafından kabul edilmişse yine müteahhit sorumluluktan kurtulur (96).

Teslimden önce eserin yok olmasına sebep olan olay bir kaza sonucu olmalıdır; kaza tarafların kusurundan kaynaklanmamalıdır (97).

Teslimden önce meydana gelen kaza sonucunda eserin yok olması halinde taraflar karşılıklı borçlarından kurtulur; malzemenin hasarına da

(93) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 107.

(94) MARTEN, A., a.g.e., s. 450.

(95) MARTEN, A., a.g.e., s. 450.

(96) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1046.

(97) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1044.

temin eden taraf katlanır. Meselâ, ütülenmek üzere terzi dükkanına bırakılan elbiselerin, bu dükkana giren hırsızlar tarafından çalınmış olması halinde (98), müteahhit ücret isteyemeyeceği gibi iş sahibi de elbiselerin teslimini isteyemez.

Kaza, iş sahibinin, arsası veya temin ettiği malzemenin ayıbından veya talimatından ileri gelmişse, müteahhit bunların doğuracağı tehlike için iş sahibini haberdar etmişse, kendi borcunu yerine getirememesi sorumluluğundan kurtulur, ayrıca kaza, anına kadar harcadığı emek ve diğer masrafları için ücret isteyebilir. (BK. 368/III).

3. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYİ TAZMİNAT ÖDEYEREK FESHİ

İş sahibi, eserin imalının devamı sırasında herhangi bir haklı sebebe gerek kalmadan sözleşmeyi feshedebilir. Bu şekilde sözleşmenin feshi için;

- a) Eserin henüz tamamlanmamış olması,
- b) Müteahhidin zararlarının tazmini taahhüdü,
- c) Müteahhide yöneltilmiş fesih beyanı gerekir.

Müteahhit henüz işe başlamamışsa fesih müteahhidin mahrum kaldığı kâr ödenmek suretiyle mümkündür (100). Eserin imali devam etmekte ise müteahhidin sözleşme feshine kadar yaptığı harcamalar ile bu işten beklediği kâr tazmin ettirilir. Bu arada müteahhidin de kusuru varsa müterafık kusur hükümlerine müracaat ederek tazminatı düşürme yoluna gidilemez. Ancak müteahhidin kusuru iş sahibi için bir alacak doğurmakta ise bu alacağı tazmin borcu ile takas edebilir (101).

4. ESERİN İMALİNİN İŞ SAHİBİ YÜZÜNDEN MÜMKÜN OLMAMASI

Sahibinin tehlike alanında meydana gelen bir kaza eserin imalini imkansız hale getirmesi halinde BK.nun 370. m.si uyarınca sözleşme sona erer. Sözleşmenin sona ermesi bir fesih beyanına mı bağlıdır, yoksa, kendiliğinden sona erer mi? Bazı yazarlar (102) imkansızlığın ortaya çıkması ile iş sahibinin veya mirasçılarının, sözleşmeyi geriye doğru etkili olmayan, ilerisi için geçerli bir fesih beyanı ile sona erdirmeleri gerektiği fikrindedirler. Kanaatimizce imkânsızlığın gerçekleşmesi ile sözleşmenin

(98) Yarg. 3. HD. E. 3223, K. 1078; T. 30.1.1951, OLGAÇ, S., a.g.e., s. 993.

(99) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1090.

(100) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 142.

(101) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 145.

(102) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 132.

kendiliğinden sona ermesi gerekir. Ancak bir fesih beyanına gerek olmadığı halde imkânsızlığın müteahhide ihbar edilmesi gerekir (103). İhbar aynı zamanda bir iyiniyet borcudur. Eğer müteahhit imkansızlığı biliyorsa ihbara gerek yoktur. İhbarın yapılmaması sonucunda müteahhidin imkânsızlıktan sonra bu durumu bilmeden yaptığı masraf ve emek harcamalarına iş sahibi katlanır.

İmkânsızlığın ortaya çıkması ile sözleşme kendiliğinden sona erer. İş sahibi, müteahhide, imkânsızlığı öğrendiği zamana kadar yaptığı işin değeri ve bu iş için yaptığı masrafları ödemelidir. İş sahibinin ödeyeceği bedele müteahhidin bu işten beklediği kâr dahil değildir (104).

İmkânsızlık iş sahibinin kusurundan ileri gelmişse, müteahhidin müsbet zararları ile bu işten beklediği kâr tazmin edilir (BK. 370) (105).

5. MÜTEAHHİDİN ÖLÜMÜ VEYA ACZI

İstisna sözleşmesi, müteahhidin şahsi nitelikleri gözönüne alınarak yapılmışsa müteahhidin ölümü veya aczi ile kendiliğinden sona erer. Müteahhidin şahsi nitelikleri önemli değilse ölümü halinde mirasçıları işe devam etmek zorundadırlar ve karşılaştırılan (veya karşılaştırılacak olan) ücreti hak ederler (106).

Müteahhidin şahsi niteliklerinin yapılacak işde önemli olup olmadığı ya işin niteliğinden veya sözleşmeye konacak hükümlerle belli olur (107). Sözleşmenin sona ermesinin ikinci şartı müteahhidin ölümü veya işi yapamayacak duruma düşmesidir.

Sözleşme sona ermekle beraber yapılan işi iş sahibi, kısmen dahi olsa işine yarıyorsa onu kabul etmeğe ve ücretini ödemeğe mecburdur. Ücretin eserin tamamlanmış hali ile tamamlanmamış kısmı arasındaki fark düşülerek takdir edilmesi gerekir (108).

Müteahhidin kusuru sonucunda iş yapmaktan aciz hale gelmesi durumunda sözleşme yine münfesihi olur. Çünkü müteahhidin şahsi nitelikleri gözönüne alınarak yapılan sözleşmenin ifasına imkan kalmamaktadır. Bu durumda müteahhitden işe devam etmesi istenemez. Ancak müteahhit, kendi kusuru ile bu durumun doğumuna yol açtığı için, iş sahibi-

(103) DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 131.

(104) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 132.

(105) MARTEN, A., a.g.e., s. 455.

(106) MARTEN, A., a.g.e., s. 457.

(107) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 988.

(108) TUNÇOMAÇ, K., a.g.e., s. 1099.

nin, sözleşmenin münfesi olmasından dolayı uğradığı zararları tazmin etmesi gerekir.

III — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A) GENEL OLARAK HİZMET SÖZLEŞMESİ

Hizmet sözleşmesi BK.nun 313. ve devam eden maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Hizmet sözleşmesi ile ilgili hukukî mevzuat BK.nun yanında toplu iş sözleşmeleri ve iş hayatını düzenleyen diğer kanun tüzük ve yönetmeliklerdir. Hizmet sözleşmesinin temeli BK.nun hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümleri olmakla beraber, bilhassa toplu iş sözleşmelerinin ve sosyal karakterdeki hukukî mevzuatın gelişmesi sonucunda BK. hükümleri arka plana itilmiş bulunmaktadır. «Bugün BK., ancak İş Kanununa tabi olmayan hizmet sözleşmelerine tamamen; diğerlerine ise sadece iş mevzuatında boşluk bulunduğu yerlerde uygulanabilecektir» (109).

BK.nun dışında herhangi bir mevzuatta hizmet sözleşmesinin tarifi yapılmamıştır. BK.nun 313. m.si ise «Hizmet akdi bir mukaveledir ki, onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder» şeklinde hizmet sözleşmesini tanımlamış bulunmaktadır. Bu tanıma göre hizmet sözleşmesinin unsurları şunlardır :

1. Bir hizmet ediminin bulunması : Hizmet edimi karşı taraf için değeri olan, onun maddi veya fikri ihtiyacının giderilmesine yarayan bir çalışmayı ifade eder. Ancak bu çalışmanın çeşidi önemli değildir. Bir karşılık için futbol oynamayı taahhüt eden kimsenin yaptığı sözleşme de bir hizmet sözleşmesidir (110). İnsanın ne tür çalışmanın hizmet sözleşmesine konu olabileceği, toplumun hayat görüşüne ve iktisadî münasebetlere göre tayin edilir. Hizmet, genellikle müsbet bir faaliyet şeklinde yapılırsa geçerli bir edim olarak kabul edilir. İhmalî bir edim karşı taraf için bir değer taşısa bile hizmet ifası sayılmaz (111).

Hizmet borcu genellikle bir sözleşmeden doğar. Hizmet borcunun kaynağı hizmet sözleşmesi olmadığı takdirde hizmet sözleşmesinden bahsedilemez. Hizmet sözleşmesinin konusu doğrudan doğruya işçinin

(109) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 809.

(110) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 811.

(111) BİLGE, N., a.g.e., s. 207.

faaliyetidir. İşçinin hizmetini vereceği yer ve kullanacağı malzeme ve alet aksi kararlaştırılmamışsa işveren tarafından sağlanır.

Hizmet, edimi, işçinin mutlaka bir faaliyette bulunması ve sonucunda bir iş üretmesini gerektirmez; işçinin hizmete hazır vaziyette emeğini işverene tahsis etmesi yeterlidir. Ayrıca çalışma sonucunda beklenen şeyin gerçekleşmesi de aranmaz (112).

2. Ücret: Bir hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet borcunun karşısında yer alan ve işverenin hizmet sözleşmesinden doğan başlıca borcu ücret ödemedir (113).

Borçlar Kanununda ücret tarif edilmemekle beraber, İş Kanunu'nun 26. m.sinde «Genel anlamda ücret, bir kimseye (işçiye) bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakden ödenen meblağı kapsar» şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanım genel anlamda olup bir de geniş anlamda ücret vardır ki, işçiye hizmeti karşılığında sağlanan ve parayla ölçülebilen her türlü menfaatler ücretten sayılır (114).

Ücret, normal olarak zaman birimine göre hesap olunur, parça başına göre veya götürü olarak da tayin edilebilir (115). Ücretin sözleşme ile tayin edilmemiş olması, hizmet sözleşmesinin kurulmasına engel değildir; yeterki ücretsizlik kararlaştırılmamış olsun.

3. Zaman Unsuru: İşçinin belirli veya belirsiz bir süre için hizmet ifa taahhüdü hizmet sözleşmesinin ayırıcı unsurlarındandır. «Bu sebeple işçi tek bir iş yapmaz, belirli bir sonuç ortaya getirmez onun yaptığı tek iş kendisi ile iş sahibini bir süre için bağlayan zincirin bir halkasını meydana getirmektir» (116).

Hizmet süresince işçinin bütün zamanını işverene ayırmış olması gerekmez. Günde veya haftada bir saat çalışma gibi fasıllı hizmet ifaları da bir hizmet sözleşmesinin konusunu meydana getirir. Hizmet sözleşmesinin süresi bir zaman birimi ile belli olabileceği gibi sürenin belirsiz olması da mümkündür. İşçinin işine belirli bir süre bağlı olması yanında işverene tâbi olması, onun emirlerine uyma yükümlülüğü de vardır. Modern iş hayatında işçiler işverenlerin direktifleri ile hareket ederler. Tâbiyet bağı hizmet sözleşmesinin niteliğinden doğan, hizmet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran vasıflardandır.

(112) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 813.

(113) ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1979, s. 109.

(114) ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara, 1978, s. 165.

(115) BİLGE, N., a.g.e., s. 210.

(116) TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1971, s. 328.

4. Tarafların Anlaşması: Hizmet sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların anlaşmaları gerekir. Anlaşmanın geçerli olabilmesi için taraflar medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmalıdırlar. Mümeyyiz olmakla beraber reşit olmayan veya kısıtlı olanların yaptıkları sözleşme geçerli olabilmesi için veli veya vasilerinin icazeti gerekir.

Genel sözleşme yapma ehliyetinin yanında hizmet sözleşmesi için özel durumlar da vardır. İş Kanunu'nun 78. m.sine göre 16 yaşını tamamlamış çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz. Kadın işçiler de maden ocaklarında, tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalıştırılmaları yasaktır (İŞ K. 68). 18 yaşını doldurmamış kadınlar gece çalıştırılmaz (117). Tüzel kişiler hizmet yükümlüsü olarak hizmet sözleşmesi yapamazlar.

Genel olarak hizmet sözleşmesi şekle bağlı değildir. İş Kanunu'na tabi işyerlerinde bir yıl veya daha uzun süreli hizmet sözleşmeleri yazılı olarak yapılır (İŞ K. 9). Toplu iş sözleşmeleri de yazılı yapılmalıdır (TİSK. 4). Aynı şekilde BK.nun 316. m. düzenlenen ve fakat toplu iş sözleşmelerinin gelişmesi karşısında uygulama şansını kaybeden «Umumi Mukavele»de yazılı olarak yapılmalıdır.

B) İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İstisna ve hizmet sözleşmeleri bir emek sarfını, bir işgörmeyi öngören sözleşmelerdendir. Her iki sözleşmede iş görme bir ücret karşılığında yapılır. Genellikle her iki sözleşmede de bir zaman sözkonusudur.

Hizmet sözleşmesinde belirli veya belli olmayan bir zamanda işgücünün işverene ayrılması esas olduğu halde istisna sözleşmesinde önemli olan belirli bir sonucun, bir eserin ortaya çıkarılmasıdır. İşçi işine ihtimam göstermişse çalışması sonucunun işveren için faydalı olup olmadığına bakılmaz, işçi borcunu ifa etmiş sayılır. İstisna sözleşmesinde ise çalışma sonucunda istenen eser ortaya çıkmadıkça müteahhit borcundan kurtulamaz.

İşçi, işverene tâbi bulunduğu halde müteahhit iş sahibine karşı daha bağımsızdır. İşin düzenlenmesinde, iş aletlerinin seçiminde iş sahibinin talimatına göre hareket ediliyor, iş sahibi de o işteki bilgisi sebebiyle işi idare ediyorsa, hizmet sözleşmesinin varlığına hükmetmek gerekir. Parça başına ücret verilen sözleşmelerde, sözleşmenin hizmet veya istisna sözleşmesi olduğunu tayin güçleşmektedir. İşçinin bütün çalışma ye-

teneğini gösterilen işe tahsis etmesi, işin uzun bir müddet muntazam olarak verilmesi, iş aletlerinin işveren tarafından verilmesi ve işçinin işverene ait bir işyerinde çalışması parça başına ücretli için hizmet sözleşmesine dayanılarak yapıldığına karine teşkil eder. BK.nun 324. m.sine göre işçi kendisine istisna sözleşmesinden farklı olarak yeterince iş verilmesini, BK.nun 328. m.sine göre de kusuru olmadan kısa bir müddet çalışmamışsa o müddet için ücret verilmesini isteyebilir.

Müteahhit işçiye nazaran bağımsız çalışmaktadır. Hizmet sözleşmesi şahıslara sıkı sıkıya bağlı olup, aksi kararlaştırılmamış veya örf ve adette hüküm yoksa taraflar işi bir başkasına devredemez. İstisna sözleşmesinde ise aksi kararlaştırılmamış veya müteahhidin şahsı sözleşmede önemli değilse iş bir başkasına devredilebilir (118).

Hizmet sözleşmesi, işçinin ölümü ile sona erdiği halde, istisna sözleşmesinde müteahhidin ölümü, şahsiyeti önemli değilse sözleşmeyi sona erdirmez (119).

Hizmet sözleşmesinde, işçiye istirahat için izin verilir, resmi tatil ve yıllık izin verilir; izinli olduğu günlerde ücret kesilmez. İstisna sözleşmesinde müteahhit için izin sözkonusu değildir çünkü bağımsızdır.

İşçi kusuru olmaksızın malzemeye ve iş aletlerine zarar vermesi halinde sorumlu değildir; kazadan dolayı ve kaza sebebiyle boş kalmasından dolayı ücretinden kesinti yapılamaz. Müteahhit ise teslimine kadar olan hasarlara kendisi katlanır.

Hizmet sözleşmesinde işçinin sosyal güvenliğinden, işyeri şartlarının sağlığa aykırı olmasından işveren sorumludur. İstisna sözleşmesinde iş sahibinin müteahhide karşı böyle bir sorumluluğu yoktur.

IV — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN YAYIN SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A) GENEL OLARAK YAYIN SÖZLEŞMESİ

Yayın sözleşmesi BK.nun 372 - 385. m.leri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Yayın sözleşmesi, bir işgörme sözleşmesi olma niteliğinin yanında (120), bir hakkın devrini öngören sözleşme niteliğini de taşımaktadır (121). Bu bakımdan yayın sözleşmesini, 5846 sayılı Fikir ve San'at

(118) AKYAZAN, S., a.g.m., s. 880.

(119) Bkz. yukarıda s. 161.

(120) BİLGE, N., a.g.e., s. 272.

(121) FRANKO, Nisim, İ., Türk Borçlar Kanununa göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara, 1981, s. 7.

Eserleri Kanunu (FSEK) ile bu konuda Türkiye'nin de katılmış olduğu milletlerarası anlaşmalar da ilgilendirmektedir. Bir yayının sözleşmesinden bahsedebilmek için:

1. Bir edebiyat ve san'at eserinin bulunması : Borçlar Kanunu'nun 372. m.sinde «...edebi ve sınai bir eser...» tabiri kullanılmıştır. Edebiyat ve san'at eserinden ne kastedildiği FSEK.nun 1. m.sinde «...eser; sahibinin hususiyetini taşıyor.. ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nev'i fikir ve san'at mahsulüdür.» şeklinde belirtilmiştir. Burada edebiyat ve san'at eserinden anlaşılması gereken üzerinde fikri ve malî haklar bulunan bir eserdir. Toplumla mal olmuş veya kimin olduğu belli olmayan eserler gerçek anlamda bir yayının sözleşmesi için konu olamazlar, çünkü üzerinde hiç kimsenin inhisari bir hakkı yoktur. Bu tür eserlerle ilgili olarak BK.nun 373. m.si yayının sözleşmesi yapılabileceğini belirtmişse de bu sözleşme gerçek anlamda yayının sözleşmesi olmayıp, doktrinde «hukuki olmayan veya eksik neşir mukavelesi» şeklinde adlandırılan özel bir sözleşme türüdür (122).

2. Edebiyat veya san'at eseri üzerindeki telif haklarının devri : Telif hakkı üzerinde çeşitli görüşler vardır. Bu hakkı izah eden teoriler, fikri mülkiyet teorisi, şahsiyet hakkı teorisi ve sui jeneris hak teorisi olarak gruplanmaktadır. Türk hukukunda, fikri mülkiyet teorisi ve şahsiyet hakkı teorisi ile konuyu izah etmek mümkün değildir. Çünkü, mülkiyet ancak maddî varlıklar üzerinde kurulabilir, şahsi haklar da devredilemez. Türk Hukuku meseleyi Sui jeneris hak teorisi içinde monis görüşe göre ele almış bulunmaktadır (123). Buna göre fikri hak devredilebilmekte fakat devredilmekle hak sahibinden tamamen ayrılmamakta, eserle ilgili manevi bağlar devam etmektedir.

Hak devredilmekle, yayınlayan eseri yayınlama hakkının sahibi olmakta ve aynı zamanda yayınlama borcunu da yüklenmektedir. Yayınlama işleminden anlaşılması gereken, sözleşmeye konu olan eserin çoğaltılması ve paralı veya parasız olarak halkın istifadesine sunulmasıdır (124). Devir işlemi ile yazar (müellif) veya halefleri, eserin mevcudiyetini ve üzerinde başkalarının bir hakkının bulunmadığını garanti ederler. Devirden eserin aslının teslimi değil, eser üzerindeki hakkın devridir. Aksi kararlaştırılmamışsa yayınlayan (naşir) eseri ancak bir defa ve kararlaştırılan miktar kadar çoğaltıp yayabilir. Yayınlayan eserin yayınlama hakkını devralmakla yazara ücret ödeme borcu altına girer; ücret nakden olabileceği gibi basılan eserden bir miktar verilmesi şeklinde de olabilir.

(122) BİLGE, N., a.g.e., s. 269.

(123) FRANKO, N., a.g.e., s. 72.

(124) BİLGE, N., a.g.e., s. 268.

Yayıncı tarafından verilen bir plana göre ortaya bir fikri eser çıkarılması halinde sözleşmenin çeşidi yayın sözleşmesi olmaz. Böyle bir durumda ortaya çıkan eserin telif hakkı yayıncıya aittir (BK. 385, FSEK. 8/III). Bir işyerinde çalışan işçinin çalışması sırasında meydana getirdiği fikri eserin sahibi işverendir (FSEK. 8/II). Bir yazardan ücret karşılığında edebî bir eser meydana getirilmesi istenmişse arada bir istisna sözleşmesi vardır.

İstisna sözleşmesi için genel olarak şekil şartı aranmadığı halde, yayın sözleşmesi için yazılı şekil geçerlilik şartıdır.

İstisna sözleşmesinde eser teslim edilmeden hasara uğrarsa malzeme temin eden taraf bu zarara katlanır ve müteahhit ücret isteyemez. Yayın sözleşmesinde eser, yayıncıya teslim edildikten sonra yok olursa, yayıncıya kararlaştırılan ücret verilmek gerekir (BK. 382/II). Eseri yeniden yazmak nisbeten kolaysa muayyen bir tazminat karşılığında yazar yenisini yazmalıdır (BK. 382/II, III).

İstisna sözleşmesinde eser teslimden sonra zayi olursa buna işsahibi katlanır. Yayın sözleşmesinde basılıp çoğaltılan eserin zayiine ise yayıncı katlanır.

Eser tamamlanmadan yayıncıya ölür veya kaabiliyetini kaybederse sözleşme sona erer (BK. 384/I). İstisna sözleşmesinde bu gibi hallerde sözleşmenin sona ermesi müteahhidin şahsî niteliklerinin önemli olmasına bağlıdır.

Yayıncının iflâsı halinde de yayıncıya iflas masası tarafından teminat verilmezse sözleşme sona erer (BK. 384/III). Aynı durum istisna sözleşmesi için de geçerlidir.

V — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN VEKÂLET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A) GENEL OLARAK VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

Vekâlet, belli bir sonuç taahhüt etmeksizin bir işin idaresini veya bir hizmetin ifası borcunu yükleyen bir sözleşmedir (BK. 386/I) (127). Vekâlet sözleşmesi bir emek, bir insan faaliyeti olan sözleşmelerdendir (128). Vekâlet sözleşmesinin unsurları olarak :

1. İş Görme : Vekil, bir işin görülmesini üzerine almakla vekâlet verenin (müvekkilin) hukukî işlemlerini onun temsilcisi olarak yapmayı ta-

(127) DURR, Charles, Du Contrlt d'Entrepise, Bern, 1958, p. 9.

(128) BİLGE, N., a.g.e., s. 284.

3. Anlaşma: Tarafların eserin yayınlanması hususunda anlaşmış olmaları sözleşmenin hükümlerinin doğmasına sebep olur. Her iki tarafın da fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Yayınlanan, bizzat eserin sahibi olabileceği gibi onun hedefleri de olabilir. Yayınlanan tüzel kişi de olabilir.

Yayın sözleşmesinin yapılması BK.na göre herhangi bir şekle bağlı değildir. Buna karşılık FSEK. Yayın sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını hükme bağlamıştır. Fikir ve San'at Eserleri Kanunu'nun 52. m.si ile getirilmiş olan şekil şartı himaye gayesi ile konduğu şüphesizdir. Yalnız taraflardan biri için değil, hatta eser sahibinin alacaklılarını da himaye maksadıyla konduğuna göre; bu şekil şartının bir sıhhat şartı olduğunu kabul etmek gerekir (125).

B) İSTISNA SÖZLEŞMESİ İLE YAYIN SÖZLEŞMESİNİN KARARLAŞTIRILMASI

Bir edebiyat ve san'at eserinin belli bir miktar çoğaltılması istisna sözleşmesindeki bir eser imal etme karakteri ile benzerlik taşımaktadır. Bu benzerlikten dolayı yayın sözleşmesi, «istisna sözleşmesinin özel bir türü» olarak da yorumlanmaktadır (126). İstisna sözleşmesinde bir eserin imali ve onun teslimi ile müteahhidin borcu sona ermektedir. Yayın sözleşmesinde ise yayıncının, eseri ortaya çıkarmanın yanında onu yayma borcu da vardır. Ayrıca eseri çoğaltma ve yayma yayıncı için bir borç olduğu gibi bir hak da olmaktadır.

İstisna sözleşmesinde imal edilen eser, teslim edilmekle mülkiyeti iş sahibine geçmektedir. Yayın sözleşmesinde ise basılarak çoğaltılıp objeleştirilen eserin (meselâ kitaplar) mülkiyeti yayıncıya aittir.

Eğer sözleşmede kararlaştırılan iş, sadece bir eserin baskısını yapıp onu çoğaltmak ise ortada yayın sözleşmesi değil, istisna sözleşmesi vardır.

İstisna sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri de ücrettir. Yayın sözleşmesinde ise yapılan bir işe karşılık ücret ödenmesi sözkonusu değildir. Yayıncının ödediği para ücret olmayıp, eserin yayınlanma hakkının devredilmesi karşılığıdır. Hatta bu karşılığın ödenmemesinin kararlaştırılması yayın sözleşmesinin kurulmasına engel olmaz. Halbuki bir şahsın ücretsiz olarak eser imal etmeyi taahhüt etmesi istisna sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesidir.

(125) FRANKO, N., a.g.e., s. 5.

(126) FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muh-telif Nevileri, İstanbul, 1980, s. 26.

ahhüt etmektedir (129). Hizmet ifası deyimi ile de müvekkilin maddi işle-
rinin görülmesi anlaşılmaktadır. Vekilin edimi daima müsbet bir edim ol-
maktadır (130). İş görme sonucunda ortaya belli bir somut sonucun çı-
kıp çıkmaması önemli değildir, yeterki belli yönde bir faaliyet yapılsın.

2. Yapılan iş müvekkilin menfaati ve onun isteği doğrultusunda ol-
malıdır.

3. Yapılan iş bir zaman kaydına bağlı olmamalıdır.

4. Tarafların Anlaşması : Vekâlet tek taraflı bir irade açıklaması ile
doğmamakta, vekâleti ilgilendiren konuda tarafların anlaşması gerek-
mektedir. Sözleşmenin teşekkülü normal olarak icap ve kabul ile olur.
Bazı özel hallerde BK.nun 6. m.sine göre icap, reddedilmezse kabul edil-
miş sayılır. Bu özel hallerden biri de vekâlet sözleşmesi için BK.nun 387.
m.sinde gösterilmiştir. Buna göre vekâlet sözleşmesi yapılmak istenen
şahıs yapılan icabı derhal reddetmezse, sözleşme teşekkül etmiş sayılır.
Vekil, kendisine yapılan icabı kabul edip reddetmekte serbesttir. Ancak
derhal reddetmezse, kabul etmiş sayılacağından BK.nun 389, 390, 392,
393 ve takip eden maddelerdeki yazılı yükümlülükleri yerine getirmedi-
ğinden, borçların yerine getirilmemesi hükümlerine göre sorumlu
olur (131).

Vekâlet sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı yoktur. Şekle bağlı
bir hukuki muamelenin yapılması hususunda yapılacak vekâlet sözleş-
mesinin yazılı olacağını Yargıtay, E. 1953/8 K. 1953/7 T. 7.10.1953, İçtıla-
dı birleştirme kararı ile, hükme bağlanmıştır (132). Resmi dairelerde ya-
pılacak bazı hukuki muamele için özel kanunlarla yazılı vekâlet sözleş-
mesi aranmaktadır. Kanunun aradığı bu tür özel yazılı vekâlet sözleşme-
leri vekil ile resmi daire arasındaki münasebet içindir. Esasında bu tür
yazılı şekiller işin sağlama bağlanması ve ileride doğacak ihtilafları ön-
lemek içindir. Nitekim avukatla, müvekkili arasında sözlü olarak yapılan
sözleşme geçerlidir. Avukatın dâvâyı takip edebilmesi için kanunen ara-
nan vekâletname ise müvekkilin avukata vermek mecburiyetinde olduğu
bir belgedir. Vekâletnameyi vermeyen müvekkil, avukata karşı sorumlu
olur.

5. Ücret, vekâlet sözleşmesi için bulunması gereken unsur değil-

(129) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 151.

(130) OLGAC, Senai, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. IV., Ankara, 1976, s. 100.

(131) AKGÜN, M. Zerrin, Vekâlet Akdi ve Bâzi Akidlerden Farkı, AD. 1953, S. 12,
s. 402.

(132) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV., Ankara,
1980, s. 516.

dir. Vekil yaptığı işin karşılığında ücret isteyebilmesi için ya kararlaştırılmış olması veya adette ücretin verilmesi hususunda bir hükmün bulunması gerekir.

Avukatlıkta vekâlet sözleşmesi yapılmakla, ücret kararlaştırılmamışsa avukat, asgari ücret tarifesi üzerinden ücrete müstehak olur. Ayrıca taraflar yazılı olmak şartıyla serbestçe ücreti kararlaştırabilirler (Av. K. 163). Asgari ücret tarifesinin altında ücret veya ücretsizliğin kararlaştırılması avukat açısından yasaktır. Bu yasak müvekkili ilgilendirmez; avukatın kendi kanununa göre disiplin cezasını gerektirir (Av. K. 163/III); avukatla müvekkil arasında kararlaştırılan ücretsizlik esası geçerlidir.

B) İSTISNA SÖZLEŞMESİ İLE VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

İstisna sözleşmesinin konusu bir eser imalidir; vekâlet sözleşmesi ise, bir işin idaresi veya bir hizmetin ifasıdır (133). Vekâlet sözleşmesi bir işgörme sözleşmesi olup, duruma göre bütün işgörme sözleşmelerini de içine alır. Yani bir sözleşme, özel olarak vekâlet şeklinde kararlaştırılmasa bile, eğer hizmet, istisna veya yayın gibi herhangi bir işgörme sözleşmesi niteliğini taşııyorsa ortada bir vekâlet sözleşmesi var demektir.

İstisna sözleşmesinde eserin imali zamanı ya kararlaştırılmıştır veya makul bir zamandır. İstisna sözleşmesi süreli olup eserin imali ile sözleşmede sona erer. Oysa vekâlet sözleşmesinde işin yapılması ile ilgili bir zaman sözkonusu değildir.

İstisna sözleşmesinin konusu belli bir eser imalidir. Somut eser ortaya çıkmadıkça müteahhidin sorumluluğu devam eder. Vekâlet sözleşmesinde ise işin sonucu taahhüt edilmemiş olduğundan vekilin, belli bir yönde, iyiniyetli, özenli ve sadakatle çalışması, sonuç ortaya çıkmaya bile onu sorumluluktan kurtarır (134).

İstisna sözleşmesi ücret karşılığında eser imali olduğu halde vekâlet ücretsiz de olabilir. Hatta somut bir sonucun yani bir eser imalinin taahhüdünde ücretsizlik kararlaştırılmışsa, ortada bir istisna sözleşmesi değil, bir vekâlet sözleşmesi vardır.

Her iki sözleşmede de aksi kararlaştırılmadıkça, işin mahiyeti veya örf ve adet müsaade etmedikçe iş bir başkasına devredilemez. İstisna sözleşmesinde işin bir alt müteahhide devri halinde alt müteahhit ile iş

(133) AKGÜN, M. Z., a.g.m., (vekâlet), s. 1398.

(134) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 26.

sahibi muhatap olmazken, vekilin başka birini vekil tayin etmesi halinde, tevkil olunan vekil ile müvekkil karşı karşıyadır.

İşin görülmesi sırasında yapılan masraflar, istisna sözleşmesinde müteahhide ait olduğu halde, vekâlet sözleşmesinde müvekkile aittir (135).

Yapılan işin niteliği de istisna sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayırır. Başkası adına hukuki muamele yapmak, dâvâ takip etmek, hasta tedavi etmek, öğretim faaliyetinde bulunmak doğrudan doğruya vekâlet sözleşmesinin konusu olur.

Vekâlet sözleşmesini haklı bir sebep aramaksızın her iki taraf da uygun zamanda olmak şartıyla feshedebilir. İstisna sözleşmesi ise ancak haklı sebepler karşısında feshedilebilir.

Sonuç olarak istisna sözleşmesinin konusu daha özel bir nitelikte iken, vekâlet sözleşmesi daha genel bir karakter taşımaktadır (136).

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

AKGÜN, M. Zerrin : İstisna Akdi AD. Yıl. 1953, s. 9.

AKGÜN, M. Zerrin : Hizmet Akdi AD. Yıl. 1953, s. 10.

AKGÜN, M. Zerrin : Vekâlet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı AD. Yıl 1953, s. 1.

AKYAZAN, Sıtkı : İstisna Akitleri AD. Yıl 1967, s. 12.

AYİTER, Kudret : Sınai Tesislerin Kurulmasında Rastlanan Vekâlet Akitleri; İmran Ökten'e Armağan, Ankara, 1973.

BERKİ, Şakir : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1973.

BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1971.

ÇELİK, Nuri : İş Hukuku Dersleri İstanbul, 1979.

DURAL, Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976.

DÜRR, Charles : Du Contrat d'Entreprise, Bern, 1958.

ERMAN, Hasan : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, 1979.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan : Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi, Ankara, 1970.

ESENER, Turhan : İş Hukuku, Ankara, 1978.

(135) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 27.

(136) BİLGE, N., a.g.e., s. 288.

- FEYZİOĞLU, K. Necmeddin** : Borçlar, Hukuku, İkinci Kısım Akdın Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1980.
- FRANKO, Nisim, İ.** : Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin, Hükümleri, Ankara, 1981.
- GÖKTÜRK, H. Avni** : Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdın Muhtelif Nevileri, Ankara, 1951.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat** : Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1977.
- GÜCÜN, Cevat, Abdurrahim** : Nazari ve Ameli Hukuk Dâvâları, İstanbul, 1946.
- İZVEREN, Adil** : İşçinin İhtimam Mükellefiyeti AD. Yıl. 1953, s. 11.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, M.** : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İradesi Altında Yaptırma Borcu AÜHFD. C. XXXII. Yıl, 1975, s. 1 - 4.
- MARTEN, Alfret (t. ç. Ahmet Cevat)** : Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Nazariyeleri, Ankara, 1939.
- OLGAÇ, Senai** : Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi c. 3, Ankara, 1977.
- OLGAÇ, Senai** : Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi c. 4, Ankara, 1976.
- ÖNEN, Turgut** : Borçlar Hukuku, Ankara, 1981.
- SELİÇİ, Özer** : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.
- TANDOĞAN, Halûk** : İstisna Addi Kavramı ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi, İmran Ökten'e Armağan, Ankara, 1973.
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2, Ankara, 1977.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul, 1976.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1976.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : İş Hukuku, İstanbul, 1971.
- Von TUHR, Andreas (t. ç. EDEGE, Cevat)** : Borçlar Hukuku Umumi Kısım C. 2, İstanbul, 1953.

KAT İRTİFAKININ HUKUKİ MAHİYETİ

Kürşad Nuri TURANBOY (*)

I — KAT İRTİFAKI KAVAMI

KMK. 1/II., 2/c. ve 3/III. maddelerine göre kat irtifakı, yapılmakta olan veya ileride yapılacak olan bir yapının bağımsız bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra tesis edilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından arsa payına bağlı olarak kurulan bir irtifak çeşitidir. KMK. 17/1. ve 26/1 m. ifadesinde «kat irtifakı öyle bir haktır ki bu hakka sahip olan her paydaşa, diğer paydaşlardan kat mülkiyetine tahsis edilecek binayı inşa etmelerini isteme ve kat mülkiyetine çevirme yetkisi verdiği gibi onu da diğer paydaşlara karşı bu binayı inşa etme borcu altına sokar.»

Madde hükümlerinden anlaşılacağı gibi, kat mülkiyeti yapımı tamamlanmış olan yapılarda kurulabilirken, kat irtifakı ise yapılmakta olan veya yapılacak olan yapılarda kurulabilir.

Kat irtifakı, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetinin kurulması esaslarını önceden sağlama fonksiyonunu icra eden bir müesese olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten de bir arsanın ortak malikleri için yapıya başlamadan önce veya yapım sırasında ana gayrimenkulün kat mülkiyetine tahsisini sağlayacak etkili bir bağıllığın bulunması bir ihtiyaç olarak kendini gösterir. Bu aşamada arsa malikleri arasındaki sadece şahsi tesirdeki bir bağıllık, arsa paylarının el değiştirmesi halinde yeni malikleri de içine alamayacağından ihtiyacı karşılamayacaktır. Aynı şekilde, inşaatçının yeterli maddi kaynak sağlamak gayesi ile inşaata başlamadan önce veya inşaata devam ederken, ileride yapının tamamlanmasından sonra yapının bağımsız bir bölümü önceden satın almak isteyen alıcıya bu bağımsız bölümü satmasında, alıcının bağımsız bölümün ileride kendisine tahsisini sağlayacak bir kesin tesirli bir bağıllığa ihtiyaç duyması da böyle bir müessesenin varlığını gerektirmektedir (1).

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Arş. Gör.

(1) Köprülü - Kaneti, s. 188, 189.

II — KAT İRTİFAKININ ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ

Kat irtifakı özelliklerinden dolayı Medeni Kanununun düzenlemiş olduğu irtifak tiplerine benzetmek ve bu irtifak çeşitleri arasında sistematize etmek mümkün değildir. Bu bakımdan hukuki mahiyeti üzerinde birkaç hususta tartışma bulunmaktadır.

A — Kat İrtifakının Şahsi-Eşyaya Bağlı İrtifaklar Arasındaki Yeri

KMK. 5/3. m. ifadesinde belirtildiği gibi «kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak çeşitidir.» Yine KMK. 5/1. m.ne göre «arsa payı ...kat irtifakından ayrı devredilemez. Görüldüğü gibi kat irtifakı arsa payı sahibinin yararına kurulan şahsi bir irtifak hakkı değil, arsa payına bağlanan bir irtifak çeşididir. Kat irtifakı sahipliği arsa payına bağlanmıştır ve bu sahiplik tek başına el değiştiremez; arsa payının el değiştirmesi ise ona bağlı olarak kat irtifakının da kendiliğinden el değiştirmesi neticesini doğurur. Bu bakımdan kat irtifakını şahsi irtifaklardan aynı sınıfa sokmak mümkün değildir (2). Bu fikre göre kat irtifakı eşyaya bağlı bir irtifak hakkı olmakla birlikte diğer eşyaya bağlı irtifaklardan bazı hususları itibarı ile ayrılmaktadır. Bunlar kat irtifakındaki hakim gayrimenkulün taşınmaz değil bir arsa payı olması ve mükellef gayrimenkulün de ayrı bir gayrimenkul olmayıp, arsa payının bağlı olduğu ana gayrimenkul olmasıdır (3). Gayrimenkule ait bir payın hukuki muamelelerde gayrimenkul addedilmesi (4) fikrinden hareketle hakim gayrimenkulün arsa payı olduğu kabul edilse bile mükellef gayri menkul için anagayrimenkuldür denilmesi, sözü edilen arsa payının ana gayrimenkulden ayrı bir mevcudiyeti vardır demek icap edecektir. Oysa payın müşterek gayrimenkulden ayrı bir mevcudiyeti yoktur. Bu halde bir payın hakim, diğerlerinin ise mükellef gayrimenkul olduğu kabul edilmelidir, ki bu da doktrinde pay üzerinde kullanmayı sağlayan irtifak hakları kurulamaz, denilerek eleştirilmiştir (5).

Kat mülkiyetinin hukuki mahiyeti üzerinde daha mühim bir tartışma ise bu müessesenin gerçekten bir irtifak olup olmadığı hakkındadır.

B — Kat İrtifakının Aynî-Şahsî Hak Ayırımı İçerisindeki Yeri

Hak sahibi bakımından paya bağlı bir hak olan kat irtifakı mükellef

(2) Köprülü - Kaneti, s. 192, 193.

(3) Köprülü - Kaneti, s. 193.

(4) Oğuzman, s. 63.

(5) Saymen - Elbir, s. 262; Velidedeoğlu - Esmer, s. 192. Ayrıca tartışmalar için bkz. Oğuzman, s. 63.

bakımından paya bağlı bir yapma borcu mahiyetindedir. Sözü edilen hakkın irtifak şeklinde adlandırılması haklı olarak eleştirilmiştir (6).

Kat irtifakı, Medeni Kanunda düzenlenen irtifak haklarından hiç birine benzememektedir. Öncelikle kat irtifakı muhteva bakımından irtifaklardan farklılaşmaktadır. İrtifak hakkı, bir şey üzerindeki kullanma ve ve faydalanma ile alakalı bir bölümün ya da tamamını hak sahibine sağlayan veya eşyanın malikinin mülkiyetle alakalı yetkilerinden bazılarının kullanılmasını hak sahibinin yararına yasaklayan sınırlı aynî haktır.

Prensip olarak irtifak hakkının eşyanın malikine yüklediği mükellefiyetler menfi mahiyette olabilir. Bu mükellefiyet, katlanma ve kaçınma vazifesidir (7). Bir irtifak hakkının aslî muhtevasında hiç bir zaman müsbet mahiyette bir mükellefiyet bulunamaz. Müsbet edimler ancak ferî borç olarak irtifaka bağlanabilirler. Halbuki kat irtifakının konusu bir inşaat yapma borcu ve bunu kat mülkiyetine çevirme borcu hususundaki bir talep hakkından, yani müspet bir edimden ibarettir (8).

Belirtilen bu sebeplerden dolayı kat irtifakını Medeni Kanun açısından irtifak saymak imkanı bulunmamaktadır. Müsbet bir edim ihtiva eden Gayrimenkul Mükellefiyetine de kat irtifakına benzetemeyiz. Gayrimenkul Mükellefiyetinin aynı zamanda aynî hak sayılmasının sebebi, gayrimenkulün kıymetinin teminine teminat teşkil etmesinden gelmektedir.

1 — Kat irtifakını aynî hak olarak kabul eden görüşler

Kat irtifakını kendine has bir aynî hak olduğunu savunan yazarlar, kat irtifakının kurulmasını, müşterek bir gayrimenkul üzerinde birlikte yapı yapılmaması ve tamamlandığında, bunun bağımsız bölümleri üzerinde arsa payı sahipleri arasında kat mülkiyeti kurulması hususunda yapılan sözleşmeye aynî mahiyet verilmesi olarak görmektedirler.

Daha doğru bir ifade ile kat mülkiyetinin kurulması, müşterek mülkiyeti kat mülkiyetine çevirmek için yapılan düzenlemeye aynî etki sağlanmasıdır. Bu sebeplerle kat irtifakı, irtifakı kavramı içerisinde yer almakla birlikte, kat mülkiyetine yönelen aynîleştirilmiş bir müşterek mülkiyet düzeninin hak sahibine sağladığı yetkilerden meydana gelen ve Medeni Kanununun tipleştirdiği aynî hakların dışında olmak üzere arsa payına bağlı kendine has sınırlı aynî haktır (9).

(6) Oğuzman - Selici, s. 497; Ayiter, s. 132.

(7) Köprülü - Kaneti, s. 41 - 42.

(8) Erel, s. 251; Oğuzman - Selici, s. 497.

(9) Köprülü - Kaneti, s. 196. Aynı sayfanın 9 nolu dipnotunda «Kanımıza göre kanunkoyucu, kat irtifakı kurumu yerine, kat mülkiyeti kurma vaadle-

Kat irtifakının kanunda düzenlenmiş olan irtifakların hususi bir çeşidi olduğunu savunan görüş de kat irtifakı için öngörülen sürelerin kat irtifakının hususiyetinden kaynaklandığını ve hak sahibinin aynı zamanda diğer kat irtifakı sahipleri karşısında mükellef gayrimenkulün maliki durumunda olduğunda belirtmektedir (10).

Kat irtifakının aynî hak olduğunu savunan görüşler temelini Fransız Hukukundan almaktadır. Fransız doktrininde savunulan teoriye göre, aynı hak sahibi ile üçüncü şahıslar arasında yer alan bir hukuki münasebet olduğundan kayıtlı gayrimenkulün malikinin yararlanan gayrimenkulün her defaki malikine karşı olan edim mükellefiyetleri de aynî hakkın dahilindedir.

Bu da bazı müsbet edim mükellefiyetlerini irtifak hakları içerisinde düzenlenmiş Fransız Medeni Kanununun 686 ve/98. m.lerinde dayanmaktadır (11). Buna göre kat irtifakının aynî hak olarak kabulü halinde, kuvvetlendirilmiş şahsî hakların da aynî hak olarak kabulü gerekir.

Kat irtifakının öncelikle sınırlı bir aynî hak olarak kabul edilmesi kanunda sınırlı aynî haklar için belirlenmiş esaslara ayrı düşer. Sınırlı aynî haklar mülkiyetinin muhtevasını teşkil eden yetkilerin bağımsızlaştırılarak, bir şahsa tahsisi sureti ile doğmakta ve muhtevaları da bu yetkilerden müteşekkil kalmaktadır. Oysa bir yapma ve verme borcunu ihtiva eden kat irtifakı müessesesinde hak sahibi şahsın karşı tarafa yöneltebileceği bütün talepler hak sahibine bir eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlamakta ve yine hak sahibi bu taleplerini ancak yapının inşaatı ve bunun sonradan kat mülkiyetine çevrilmesiyle borçlu olan şahıslara yöneltebilmektedir (12).

Kat irtifakını, müşterek maliklerin kat irtifakı sahibinin talebi üzerine binayı kat mülkiyetine çevrilmesine katılmak mükellefiyeti vardır, denilerek (13) sınırlı aynî haklar kategorisi içerisinde mütalaa etmekte yine aynı sebeplerden konuya çözüm getirememektedir. Çünkü talep hakkı sahi-

rinin tapu kütüğüne şerhedilebileceğini ve böylece bu vaadin aynı etki yaratacağını kabul etseydi, yani bir aynı hak tipi yaratmak gerekmeksizin, aynı iktisadi sonuca ulaşabilirdi. Bu çözüm MH.nun genel sistemine daha uygun düşerdi» ve 8 nolu dipnotunda «Kat irtifakının aynı hak olduğundan şüphe etmemek gerekirdi. KMK. 2/c. m. nin kat irtifakını irtifak hakkının özel bir çeşidi olarak tanımlanırken MK.da aynı hak olarak düzenlenen irtifak hakkını kast ettiği anlaşılmalıdır.»

(10) Akipek, s. 75 - 76.

(11) Bkz. Erel, s. 251.

(12) Erel, 254 - 255; Oğuzman - Seliçi, s. 497.

(13) Ayiter, s. 75 - 76.

binin karşısında diğer hak sahiplerinin konumu katlanma gibi menfi bir davranış şekli göstermek değil, aksine müsbet bir edim olan yapma yerine getirme borcundan ibarettir.

Kat irtifakını aynı hak kategorisi içerisinde addeden görüşler kat irtifakında mevcut bulunan müsbet edim mükellefiyetlerin aynı haklarla olan irtibatını sağlayamamaktadır. Müsbet bir edim mükellefiyeti ve buna ilişkin talepler aynı hak sayılmazlar.

2 — Kat İrtifakını Eşyaya Bağlı Borç Olarak Kabul Eden Görüş

a — Genel Olarak Eşyaya Bağlı Borç Kavramı

Özel hukukun temel esası Mamelek Hukukunda aynı-şahsî hak ayrımına ilişkindir. Bu çerçevede bugün bütün modern hukuk sistemlerinin Özel Hukukla alakalı temelini teşkil etmektedir. Şahsî haklar, borçlu sıfatını taşıyan bir kimse tarafından yerine getirilebilen ve sadece borçluya karşı etkili olabilen nisbi mahiyette haklardır. Aynı haklar ise şahısların bir eşya üzerindeki doğrudan doğruya hakimiyetlerini sağlayan ve herkese karşı etkili olabilen haklardır. Bir hakkın aynı veya şahsî mahiyette olarak düzenlenmesinde kanun koyucu hukuk politikası etkili olmaktadır (14). Ancak günümüzde yine hukuk politikasının icabı olarak bu keskin ayırım arasında yer almakta diyebileceğimiz bazı hak kategorilerine yer verilmektedir. Bunların en tipik misallerinden birisi, bir şey üzerindeki aynı haktan dolayı potizif edim mükellefiyetlerini sağlayan Gayrimenkul Mükellefiyettir. Genellikle durum Borçları içerisinde mütalaa edilen bu tür borçlar şahsî mahiyette ve fakat bizzatı kendisini yerine getirecek şahsın ferden ve baştan belirlenmemiş olan borçlardır. Bir eşya ile ilişkili bir durumu, meselâ aynı hak sahipliği veya zilyetlik, herhangi bir şahsı bir borç münasebetinin tarafı kılmaktadır. Kanun koyucunun aynı-şahsî hak ayrımını yumuşatmak ve şahsî hakların tesirlerinin tesirlerini kuvvetlendirmek gayesi ile şevkettiği bu haklar günümüzde yeni olmak üzere terminolojik olarak Eşyaya Bağlı Borç kavramı altında mütalaa etmektedir (15).

Eşyaya bağlı borçlar tarafları bir eşya üzerindeki aynı hak sahipliğine veya zilyetliğe nazaran belirlenen nisbi mahiyette borç münasebetleridir. Borç münasebetinin bir eşya üzerindeki aynı hak sahipliği veya zilyetliğe bağlı olan bir hakka tabi kılınmasında alacaklının hakkının başkalarına intikalinin ya da hakkın talep edilmesinin kolaylaştırılması ay-

(14) Serozan, s. 461.

(15) Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar.

rica borçlunun borçluluk sıfatına son verilmesindeki açıklık ve basitlik getirilmesi gayelenmektedir.

Medeni Kanun ve diğer kanunlarda sistematik olarak düzenlenmiş eşyaya bağlı borç münasebetlerinden bazılarını misal olarak komşuluk münasebetlerinden doğan mükellefiyetleri, şahsî hakların şerh edilmele-ri neticesi doğan münasebetleri, müşterek ve kat mülkiyetinde müşterek ve kat maliklerinin birbirlerine karşı olan mükellefiyetlerini, yine müşterek mülkiyette kanuni şuf'a hakkını, irtifak hakkına fer'i olarak bağlanan edim yükümlülüklerini verebiliriz. Bütün bu hallerde sözü edilen şahsî hakların tesirlerinin kuvvetlendirildiği, üçüncü şahıslara karşı da tesirli kılındığı görülmekte, adeta aynıleştirilmektedir. Bu tür hak veya talepler bir eşya üzerindeki mülkiyet, sınırlı aynî hak veya zilyetlikle devamlı bir münasebet içerisindedir. Ancak birbirlerinden farklı olarak her birisi ya aynî bir hak veya zilyetlikten istifadeyi ya da bir şahsî hakkın devamını veya ondan istifadeyi temin eder (16).

Bu tür münasebetlerin aynî hak ve şahsî hak kategorileri arasında yer alan bir hak kategorisinde düzenlendiği (17), aynî hak ve şahsî haklar arasında orta kademe (mittel stufe) bir borç kategorisi olduğu (18) şahsî hakların tesirlerinin aynıleştirilmesinden ibaret olduğu görüşleri eleştirilmiştir (19). Buna bu tür münasebetlerin tamamıyla nisbi karakterleri muhafaza edilmekte, muhteva ve tesirlerine dışarıdan aynî bir unsur katılmamaktadır. Eşyaya bağlı borç münasebetlerinin ve bunlardan doğan talep hakları herkese karşı değil, ancak ve sadece bir eşya üzerinde sonradan aynî bir hak veya zilyetlik kazananlara karşı ileri sürülebil-mektedir. Eşya üzerinde sonradan aynî bir hak veya zilyetlik kazanan şahıs nisbi mahiyetteki borç münasebetinin de tarafı olmaktadır. Burada ileri sürülebil- talep hakları da tamamen alacaklının, borçludan bir edimi yerine getirmesini istemesi mahiyetinde kalmaktadır (20).

b — Kat İrtifakını Eşyaya Bağlı Borç Olarak Adeden Görüş ve Kat İrtifakından Doğan Borçlar Bakımından Değerlendirilmesi

Kat irtifakını eşyaya bağlı borç olarak adeden görüş, temelini irtifak hakkı sahiplerinin birbirlerine karşı yapının yapılması ve bunun kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda karşılıklı olarak müsbet bir edimle

(16) Guhl, s. 97.

(17) Ostertag, Randnote, s. 959, 3ff.

(18) Jost, s. 60 - 61.

(19) Sungurbey,

(20) Erel, s. 3 - 9; Oğuzman - Selliçi, s. 470; Oğuzman, Tebliğ, s. 241.

mükellef olmaları teşkil etmektedir. Kat irtifakından doğan bu borçlar bir yapma, verme mahiyetinde olan müsbet edim mükellefiyetleridir.

Doktrinde azınlıkta kalan bu görüş yukarıdaki esastan hareketle, irtifak hakkının asli muhtevasının hiçbir zaman müsbet bir edimden ibaret olamayacağını ileri sürerek kat irtifakının müsbet edimler doğuran şahsî mahiyette bir münasebet olduğunu iddia etmektedir (21).

Gerçekten de yapma, verme şeklindeki bir borç irtifak hakkıyla ancak fer'i olarak birlikte bulunabilir. MK. 703. m.ne göre yapma, verme borçları bir irtifak hakkına ancak fer'i olarak sağlanabilirler. Ayrıca kat irtifakındaki bu tür borçların Gayrimenkul Mükellefiyetindeki müsbet edim mükellefiyetlerinin konumuz açısından misal teşkil edemeyeceği yukarıda belirtilmiştir. Bundan başka irtifak hakkının bir gayrimenkul payına bağlanıp bağlanamayacağı ve bir gayrimenkul payının irtifakla mükellef kılınıp kılınamayacağı da tartışmalı bir konudur.

Kat irtifakında hak sahibinin talebi üzerine diğer müşterek maliklerin binanın kat mülkiyetine çevrilmesine katlanma vazifeleri bulunduğu iddiası da sadece arsa payındaki mülkiyet hakkının binanın kat mülkiyetine çevrilmesi için bir yetki veremeyeceği ve bu yetkinin de mülkiyet hakkını muhtevasına dahil olmadığı, böylece de bu yetkinin başkasına devri ile bu yolla malikin katlanma vazifesi ile mükellef kılınmasının mümkün olmayacağı nazarından eleştirilmiştir (22). Eleştiride belirtildiği gibi eğer bir katlanma vazifesi mevcut ise bu mülkiyet hakkından değil irtifak hakkı sahipliğinden doğmalıdır. Oysa KMK. 5/1. m.ne göre irtifak hakkı arsa payından ayrı devredilememektedir. Bu bakımdan Maliklerin katlanma vazifelerinden sözedilemez.

Kanunkoyucunun düzenlemesiyle kat mülkiyetine çevirme mükellefiyetinin cüz'i hallerde halefleri de bağlayıcı şekilde olması Kat İrtifakının hakiki mahiyetinin aslında bir eşyaya bağlı borç olduğunu ortaya koymaktadır. Kat irtifakının tapu memuru önünde düzenlenen resmi senetle ve tapu siciline tescil edilerek kurulması da eşyaya bağlı borçlar için gerekli olan aheniyetlerinin sağlanması ihtiyacını karşılamaktadır.

(21) Oğuzman - Selçü, s. 559, 577, 578; Gürsoy, Eren, Cansel s. 496, Erel, s. 251-253.
(22) Erel, s. 253.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale** : Türk Eşya Hukuku, III. Kitap, Mahdut Ayni Haklar, Ankara, 1974.
- EREL, Şaak** : Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, 1982.
- Guhl, Theo** : Persönliche Rechte mit Verstaerker Wirkung, Festgabeder jur. Fakulaet Bern für das schwiz. Bundesgericht, Bern, 1924.
- GÜRSOY - EREN - CANSEL** : Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984.
- JOST, Arthur** : Die Realobligation als Rechtsinstitut, Bern, 1956.
- KÖPRÜLÜ, Bülent - KANETİ, Selim** : Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul, 1982-1983.
- OĞUZMAN, Kemal** : Kat Mülkiyeti ve Hal Çaresi, İstanbul, 1958.
- OĞUZMAN, Kemal** : Eşyaya Bağlı Borçlar ve Haklar, İÜHF. Mec. c. XXXI, S. 1 - 4, s. 209 - 219 (Makale).
- OĞUZMAN, Kemal** : Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar, İÜ. Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, L. Tebliğler, İstanbul, 1978 (Tebliğ).
- OĞUZMAN, Kemal** : Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar, İÜHF. Halil Arslanlı Armağanı, s. 107 - 126, İstanbul, 1978.
- OĞUZMAN, Kemal - SELİÇİ, Özer** : Eşya Hukuku, 4. B, İstanbul, 1958.
- OSTERTAG, Fritz** : *Sachenrecht* Kommentar zum Schweizerschen Zivilgesetzbuch, Band IV., Besitz und Grunbuch 2. Auflage, 1917, Bern 3. Abteilung.
- SAYMEN, F. H. - ELBİR, H. K.** : Türk Eşya Hukuku, İstanbul, 1954.
- SEROZAN, Rona** : Nisbi Hakların Güçlendirilmesi, İÜHF/Mec. c. XL., S. 1 - 4, s. 459.
- SUNGURBEY, İsmet** : Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İst., 1963.
- VELİDEDEOĞLU, H. V., - ESMER, G.** : Gayrimenkul Tasarrufları, 2. B., İstanbul 1956.

MİRAS HUKUKUNDAN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

Arş. Gör. Vahit DOĞAN (*)

Miras hukuku, gerçek bir kişinin ölümü nedeni ile genel olarak mal varlığı ile ilgili hak ve Özel Hukuktan doğan bazı ilişkilerinin ve mükellefiyetlerinin tamamının veya bir kısmının hayatta bulunan gerçek veya tüzel kişilere kanun hükmü veya o kişinin iradesi ile intikalini düzenleyen kuralların tümüdür (1). Başka bir ifade ile, ölen kimsenin mamelekinin sağlara geçişini düzenleyen hukuk dalına miras hukuku denilir. Miras hukuku esas itibariyle kimlerin mirasçı olabileceği ve mirasın nasıl intikal edeceği problemleri ile meşgul olur.

Kişilerin ölümünden sonra mallarının akıbetinin ne olacağı hususu, zihinleri kurcalayan önemli bir problemdir. Çünkü miras müessesesi insan karakterinin bir neticesidir. İnsanların kendilerinden sonra gelenlere birşeyler bırakmak arzuları; onlara olan sevgilerinin bir neticesi olarak görülmektedir. Kişiler öldükten sonra kalan mallarının akıbetinin ne olacağını bilmezler ise, bu durum onları, israfa ve tembelliğe sevk edebileceği gibi, kanun dışı yollara sapmalarına da sebebiyet verebilir.

Miras müessesesindeki bu karışıklıklara bir de yabancı unsur dahil olunca ihtilaflar daha da artacaktır. Çünkü günümüzde milletlerarası ilişkilerin gelişmesi sonucu, işlerini ve yatırımlarını çeşitli devlet ülkelerine dağıtmış veya tabiiyetinde bulunduğu ülkeden başka bir ülkenin hakimiyeti altındaki topraklarda ikamet etmekte olan kimseyle sıkça rastlanmaktadır.

Miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında, intikal kanununun tesbitine ilişkin olarak muhtelif devletler arasında birlik mevcut değildir. Devletler arasında birlik sağlanamamasının nedeni; Devletler Hukukunun uygulama alanı itibariyle milletlerarası toplum hayatını ilgilendirmesine rağmen, düzenleme alanı itibariyle milli hukuk olmasından kaynaklanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, miras hukukundan do-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Araştırma Görevlisi.

(1) KÖPRÜLÜ, F., Miras Hukuku Dersleri, b. 2, İstanbul 1985, sh. 5.

ğan kanunlar ihtilafı alanında dört değişik sistem kabul edilmektedir. Bu sistemleri ana hatları ile şu şekilde belirtebiliriz (2).

Ayrılık Sistemi : Bu sisteme göre tereke, menkul ve gayrimenkul olmak üzere iki kısma ayrılmakta ve değişik hukuklara tabi tutulmaktadır. Buna göre menkul miras, murisin şahsi hukukuna, gayrimenkul miras ise, gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna tabi tutulmaktadır.

Birlik Sistemi : Birlik sisteminde, murisin malları bir bütünlük arz eder. Bu sisteme göre miras, terekeyi teşkil eden malların mahiyetine bakılmaksızın, murisin şahsi kanununa tabi tutulmaktadır. Ancak şahsi kanun hususunda müellifler arasında görüş birliği sağlanamamıştır. Bir kısım yazarlara göre, şahsi kanun murisin milli kanunudur. Diğer bir kısım yazarlara göre ise, şahsi kanun murisin ikametgahi kanunudur. Günümüzde birlik sisteminin her iki şeklinin uygulama alanı buldukları görülmektedir.

Mahalli Kanununun Tatbiki Sistemi : Bu sisteme göre, terekeye dahil mallar hangi devlet ülkesinde ise - menkul veya gayrimenkul olduklarına bakılmaksızın - o devlet kanununa tabi olacaktır.

İrade Muhtariyetine Yer Veren Sistem : Miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında yeni gelişmeler, bu alanda da irade muhtariyetine yer verilmesi gerektiği yönündedir. Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin yeni düzenlemelerde irade muhtariyeti sadece akitler alanında değil, sınırlı olmakla birlikte miras hukuku alanında da kabul edilmektedir. İrade muhtariyetine yer veren sistemlere örnek olarak Alman (EGBGB. 25/II) ve İsviçre (m. 88/II) milletlerarası özel hukuk mevzuatları gösterilebilir.

I — TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM

Miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında Türk Hukukunda kabul edilen sistemi, mevzuat, mahkeme kararları ve doktrin olmak üzere üç ayrı başlık altında incelemekte fayda görmekteyiz.

A. Mevzuatta Kabul Edilen Sistem

Mevzuatta kabul edilen sistemi inceleyebilmek için, Türk Milletlerarası Özel Hukukunu iki ayrı devreye ayırmak gerekmektedir.

İlk devre, 23 Şubat 1330 tarihli «Memaliki Osmaniyede Bulunan Te-

(2) Geniş bilgi için bkz. BERKİ, O. F., Kanuni Miras ve Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanun İhtilafı, Ankara 1960, sh. 6 vd.; DOLAŞIK, V., Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İntikal Kanununun Uygulama Alanı, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Konya 1988, sh. 35 vd.; SEViÇ, V. R., *Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kaideleri*, İstanbul 1963, sh. 84 vd.

baayı Enebiyenin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Muvakkat Kanun»un yürürlükte bulunduğu devredir. EHVK. m. 4'e göre, taşınmaz mallara ilişkin tüm davalar, Türk Vatandaşları ilgili olmasalar dahi Türk kanun, nizam ve usullerine göre görülür. Bu hükümde taşınmaz mallara ilişkin olarak tek taraflı bir bağlama kuralı öngörölmüştür. Bu hükümde menkullere ilişkin vasiyet ve tereke hakkında ise, ilgililerin milli hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

MÖH - UK.'da, miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı ile ilgili olarak EHVK'da yer alan düzenlemeye göre daha geniş bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre :

«Miras, ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır.

Mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabidir.

Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke devlete «kalır» (MÖH - UK. m. 22/I, II, III).

Maddeden anlaşıldığı gibi intikal kanunu ile ilgili kural «**murisin milli hukuku**»dur. Bu kurala iki önemli istisna getirilmektedir. Bu istisnalar ise; Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukukunun uygulanacağı ve mirasın açılması, iktisabı ve taksiminin terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi olmasıdır. Bu istisnalardan ilki Türk Hukuku lehine olmasına rağmen diğeri terekenin bulunduğu ülke hukuku lehinedir.

B. Mahkeme Kararlarında Kabul Edilen Sistem

EHVK'nın yürürlükte olduğu süre içerisinde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda kural olarak, Türkiye'de bulunan gayrimenkullerin Türk vatandaşları ile ilgili olmasalar dahi Türk Hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir. Menkul miras açısından ise, murisin milli kanunu intikal kanunu olarak kabul edilmektedir (3).

MÖH - UK'un yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar kanunun kabul etmiş olduğu sistem ile paralellik arz etmektedir (4). Buna göre, taşınır tereke murisin milli hukukuna tabidir; Türkiye'de bulunan taşınmaz tereke hakkında Türk Hukuku uygulanır.

(3) Kararlar için bkz. Y. 2. HD. 10.5.1971 gün, E. 2898, K. 3049: BOLAK, A. E., Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku, İstanbul 1980, sh. 783.; Y. 2. HD. 5.12.1957, E. 5268, K. 6213: İKİD. 1960 - 1965, C. 1, sh. 807. Y. 2. HD. E. 6846, K. 584. T. 3.2.1959: YAZICI, H./ATASOY, H., Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı, Ankara 1970, sh. 795.

(4) Kararlar için bkz. Y. 2. HD. 19.1.1987 gün ve 11151/66 K.; Y. 2. HD. 26.2.1987 gün ve 2529/153454 K.

C. Doktrinde Kabul Edilen Sistem

EHVK'nın yürürlükte bulunduğu süre içerisinde, miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında intikal kanunu hususunda doktrinde iki değişik görüş ortaya çıkmıştır.

Doktrinde çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre, EHVK. m. 4'de yer alan gayrimenkullere ait bütün davalar Türk kanunlarına tabidir hükmünü çift taraflı bir bağlama kuralı olarak kabul etmek gerekir. Yani, «gayrimenkullere ait bütün meseleler buldukları yer hukukuna (*lex rei sitae*) tabidir» şeklinde anlaşılması gerekir. Menkuller hakkında ise, maddede yer aldığı gibi murisin milli hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir (5).

Göğer tarafından savunulan diğer görüşe göre ise, taşınmazlar açısından bir mahalli kanun türü olan *lex rei sitae* benimsendikten sonra, taşınırlar açısından milli hukuk ilkesine bağlı kalınmasını anlamak güçtür. Hukuk mantığına uygun olan yol, malların bulunduğu yer kuralının yanında, menkuller açısından diğer bir mahalli hukuk olan ikametgah hukukunun yer almasıdır (6).

MÖH - UK'un yürürlüğe girmesinden sonra, intikal kanunu ile ilgili olarak doktrinde üç değişik görüş savunulmaktadır.

Bir görüşe göre, Türk Hukukunda menkul tereke ile gayrimenkul tereke arasında ayırım yapan sistemden uzaklaşmıştır. Bu yazarlara göre prensip, mirasın ölenin milli hukukuna tabi olmasıdır. Yani mirasa uygulanacak hukuk (intikal kanunu) murisin milli hukukudur. Bu prensibin tek bir istisnası bulunmaktadır. Bu ise, Türkiye'de bulunan gayrimenkuller hakkında Türk Hukukunun uygulanmasıdır. Bu düzenlemeye göre muris Türk Vatandaşı ise, terekesi bir bütün olarak Türk Hukukuna tabi olacak, muris yabancı ise, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar Türk Hukukuna, diğer mirası ise, milli hukukuna tabi olacaktır (7). Gayrimenkuller bakımından Türk Hukuku lehine getirilen bu istisna birlik sisteminin faydalarını azaltacaktır.

-
- (5) SEVİĞ, V. R., Kanunlar İhtilafı Yasama ve Yargılama Çatışmaları, b. 2, İstanbul 1974, sh. 88.; BERKİ, O. F., Devletler Hususi Hukuku, C. 2, b. 7, Ankara 1970, sh. 251.
- (6) GÖĞER, E., Devletler Hususi Hukuku, b. 4, Ankara 1977, sh. 273.
- (7) NOMER, E., *Devletler Hususi Hukuku*, b. 4, İstanbul 1986, sh. 262.; TEKİN-ALP, G., *Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları*, b. 3, İstanbul 1986, sh. 220.; ULUOCAK, N., *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, İstanbul 1987, sh. 112.

Diğer görüşe göre ise, MÖH-UK'da kabul edilen sistem birlikçi ve ayırıcı sistemler arasında yer alan üçüncü bir grup uygulamaya örnek teşkil etmektedir (8).

Üçüncü bir görüşe göre ise, terekede yer alan malların menkul ve gayrimenkul ayrımı yapılarak değişik kanunlara tabi tutulması Devletler Özel Hukuku alanında uygulanan bir kuraldır. Bu nedenle Türkiye'de bulunan taşınmaz tereke hakkında Türk Hukuku uygulanır cümlesini değiştirerek «taşınmaz tereke hakkında bulunduğu yer hukuku uygulanır» şeklinde anlaşılması daha isabetli olacaktır (9).

MÖH - UK. m. 22/1 -c. 2'de gayrimenkuller bakımından Türk Hukuku lehine getirilen tek taraflı bağlama kuralının çift taraflı olarak anlaşılması daha isabetli olacaktır. Çünkü Uluocak'ın belirttiği gibi, Türkiye dışında bulunan taşınmazlara ilişkin Türkiye'de alınacak veraset ilamlarının uygulanma şansı zayıf olacaktır. Örneğin, Türk Vatandaşı muris Fransa'da gayrimenkul miras bırakarak Türkiye'de ölüyor. Bizim sistemimize göre Türk Vatandaşı murisin terekesi bir bütün olarak Türk Hukukuna tabi olacaktır. Fransız Hukukunda ise, gayrimenkuller buldukları yer hukukuna tabi tutulmaktadır. Böyle bir olayda Fransa'daki gayrimenkuller açısından Türk Hukukunun uygulanması sonucunda verilecek karar Fransa'da ne derece bir geçerliliğe sahip olacaktır? Bu nedenle MÖH - UK'un yürürlüğe girmesinden önce doktrin ve mahkeme kararlarında kabul edildiği gibi ikili ayırımı devam edilmesi daha isabetli olacaktır.

MÖH - UK. m. 22/II'de yer alan «mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabidir», hükümdeki kavramlar nasıl anlaşılmalıdır? Doktrinde bu kavramların Medeni Hukukta yer alan kavramlarla aynı olmasına rağmen düzenlenmelerinin farklı olması sebebi ile farklı anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir (10).

II — İNTİKAL KANUNUNUN UYGULAMA ALANI

Bu başlık altında, miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında, intikal kanunu olarak kabul edilen sistemin uygulama alanını inceleyeceğiz.

(8) ULUOCAK, a.g.e., sh. 113.

(9) TEKİNALP, G. ve KOCAYUSUFFPAŞAOĞLU, N., (MÖH-UK Öntasarısı) *Sempozyum*, 22 - 24 Kasım 1976, İstanbul 1978, sh. 144 - 149.; DOLAŞIK, agt. sh. 63. vd.

(10) NOMER, age., sh. 263.; TEKİNALP, age., sh. 220.

A. Mirasçılık

Mirasçılık, «Miras hukuku kurallarının bir şahsa murisin ölümü dolayısıyla tanıdığı hak ve vazifeleri kapsar» (11). Genel olarak kanunî mirasçılık ve akdî mirasçılık olmak üzere iki değişik mirasçılık türü bulunmaktadır. Bu başlık altında Türk Hukukunda kanunî mirasçılığın ve mirasçılık ehliyetinin hangi hukuka tabi olacağını incelemeye çalışacağız.

1. Kanunî Mirasçılık

Kanunî mirasçılar, doğrudan doğruya kanun tarafından mirasçılık sıfat ve durumu tayin olunan kimselerdir (12).

Türk Hukukuna göre kanunî miras, kural olarak murisin milli hukukuna tabi tutulmuştur. Ancak, kanunî mirasçılarının mirasçılıkları sebebi ile çıkabilecek ihtilaflar ve bu ihtilafların çözüm yolları da aynı hukuka mı, yoksa başka bir hukuka mı tabi olacaktır?

a. Furuun Mirasçılığı

Karşılaştırmalı hukukta furuun mirasçı olabilmesi için, muris ile aralarında nesep bağının kurulmuş olması gerekli görülmektedir. Dar ve hukuki mânada nesep, «ana ve baba ile çocuklar arasındaki hısımlık mü-nasebeti» (13) şeklinde tanımlanmaktadır. Usul ve furu arasındaki nesep bağı iki şekilde kurulabilmektedir. Bunlar sahih nesep ve gayrisahihsesepdir.

aa. Sahih Nesepli Furuun Mirasçılığı

Genel olarak karşılaştırmalı hukukta sahih nesep bağının kurulabilmesi için doğumun evlilik içinde gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bazı durumlarda evliliğin sona ermesinden itibaren belirli bir süre sonra doğan çocuklar evlilik içinde doğan çocuklar gibi sahih nesepli çocuk olarak kabul edilmektedir (14). Diğer taraftan bazı hallerde doğumun evlilik dışında gerçekleşmiş olmasına rağmen sonradan çocuğun nesebi sahih hale getirilebilmektedir.

aaa) Baştan İtibaren Sahih Nesepli Furuun Mirasçılığı

Sahihsesep nesepli furuun mirasçılığında, nesebinin sahih olup olmadığı

(11) AYİTER, N., Miras Hukuku, Ankara 1986, sh. 7.

(12) KÖPRÜLÜ, age., sh. 145 vd.

(13) VELİDEDEOĞLU, H. V., Aile Hukuku, C. II, İstanbul 1965, sh. 312.

(14) ÇELİKEL, A., Devletler Hususi Hukukunda Nesep İlişkileri, İstanbul 1976, s. 11 vd.; AKYÜZ, E., «Sahihsesep Nesepten Doğan Kanunlar İhtilafı», A. Ü. Eğ. Fak. Der., 1982, C. 15, s. 1, sh. 145 vd.

hususda ihtilaf çıkabilir. Bu durumda öncelikle bu ihtilafın çözülmesi gerekmektedir. Türk Hukukuna göre, evlilik içi nesep, doğum anındaki evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabi tutulmaktadır (MÖH - UK. m. 15). Başka bir ifade ile, evlilik içi nesep; eşlerin müşterek milli hukukuna, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgâh hukukuna, bulunmadığı hallerde müşterek mutad meskenleri hukukuna, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukukuna tabi tutulmaktadır (MÖH - UK. m. 15'in göndermesi ile m. 12/II). Bu hüküm çerçevesinde sahih nesebin kuruluş koşulları, nesebin ne zaman sahih addedileceği, sahih nesebin hükümleri, belirtmiş olduğumuz bu şeklele bağlamaya göre hangi hukuk yetkili ise, o hukuka göre tesbit edilecektir.

Baştan itibaren sahih nesepli fûruun nesep durumu bu şekilde tesbit edildikten sonra, mirasçılığı, murisin milli hukukunun tesbit ettiği esas ve usuller dairesinde belirlenecektir.

bbb) Sonradan Sahih Nesepli Hale Gelen Fûruun Mirasçılığı

Sonradan sahih nesepli hale gelen çocuğun mirasçılığında, sahih nesepli çocuğun nesebinin sahih olup olmadığı yolundaki itiraz, genellikle nesebi sonradan sahih hale gelen çocuğa karşı yapılır. Bu durumda da yine nesep hakkındaki itiraz öncelikle çözüme kavuşturulmalıdır.

Nesepleri sahih olmayan çocukların sonradan sahih nesepli hale gelmeleri bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir. Ancak her hukuk düzeni bu düzeltmeyi bazı şartlara bağlamaktadır. Bu şartları aşağıdaki şekilde belirtebiliriz :

- Çocuğun tabii ana ve babasının sonradan evlenmesi
- Mahkeme veya diğer resmi bir makamın kararı,
- Özel kanun yolu ile nesebin düzeltilmesi.

Bu şartlardan ilk ikisi bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir. Özel kanun yolu ile nesebin düzeltilmesi yolu ise, sadece Türk Hukukunda kabul edilmektedir (15).

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, nesebi doğum anında sahih olmayan çocukların neseplerinin sonradan sahih hale getirilmesine ilişkin olarak açık bir bağlama kuralı kabul edilmiştir. Buna göre: «Nesebin düzeltilmesi, babanın düzeltme anındaki milli hukukuna, nesebin bu hukuka göre düzeltilmemesi halinde ananın milli hukukuna, nesebin bu hukuka göre dahi düzeltilmenin mümkün olmaması halinde, çocuğun mil-

(15) ÇELİKEL, Nesep İlişkileri, sh. 63 vd.

li hukukuna tabidir», hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi, doğdukları anda nesepleri sahih olmayan bu gibi çocukların sahih nesepli hale getirilmesi hususunda Türk Hukukunda bir şelale bağlama sistemi kabul edilmiştir (MÖH - UK. m. 6).

Alman Milletlerarası Özel Hukukunda konu ile ilgili düzenleme «evlenme ile nesebin tashihi» başlığını taşıyan EGBGB. m. 21'de yer almaktadır. Buna göre: Evlenme ile nesebin düzeltilmesi evliliğin genel sonuçları için geçerli olan EGBGB. m. 14'deki hukuka (her iki eşin mutad meskenleri hukuku veya eşlerin son olarak sahip oldukları müşterek milli hukukları ise - bu son halde eşlerden birisi mutad olarak burada oturuyor ise -) tabidir. Karı koca farklı devlet tabiiyetinde ise ve çocuk bu devletlerden birinin hukukuna göre meşrulaştırılabiliyor ise çocuk sahih nesepli çocuk olarak aile kütüğüne kaydedilir (16).

Sonradan sahih nesepli hale gelen füruun nesebi hakkındaki ihtilaflar bu hükümler çerçevesinde çözüldükten sonra, mirasçılığı, murisin milli hukukunun tesbit ettiği esas ve usuller dairesinde belirlenecektir.

bb) Gayri Sahih Nesepli Füruun Mirasçılığı

Gayri sahih nesepli füruun mirasçılığı da intikal kanununun uygulama alanına dahildir. Bazı hukuk sistemlerinde gayri sahih nesepli çocuklara miras hakkı tanınmamış olabilir; Örneğin, İslâm Hukuku. Yine bazı hukuk sistemlerinde ise, sahih nesepli çocuklarla aynı oranda miras hakkı tanınmaktadır. Örneğin: İsviçre, Danimarka ve TMKÖT. m. 422 (17). Gayri sahih nesepli çocukların menkul terekede mirasçılıkları ve miras hisseleri murisin milli hukukuna göre tesbit edilecektir. Türkiye'de bulunan gayrimenkul terekede mirasçılıkları ve miras hisseleri ise, Türk miras hukuku kurallarına göre belirlenecektir.

Nesebi gayri sahih çocuğun miras hakkına ilişkin olarak intikal kanunu ile mahalli kanun çatışabilir. Bu çatışma iki şekilde karşımıza çıkabilir: İlk olarak; intikal kanunu murisin gayri sahih nesepli füruuna miras hakkı tanımıyor, mahalli kanun ise miras hakkı tanıyor olabilir. Bu durumda Türk Hukukunda kabul edilen intikal kanunu bakımından, menkul terekeye murisin milli hukuku uygulanacağından gayri sahih nesepli füruuna menkul terekede miras hakkı tanımayabilir. Ancak Türkiye'de bulunan menkul tereke bakımından kamu düzeninin müdahalesi de söz konusu olabilir. Türkiye'de bulunan gayrimenkul terekeye Türk Hukuku uy-

(16) FIRSCHING, K., Einführung in das Internationale Privatrecht, 3. Auflage, 1987 München, sh. 223 vd.

(17) BERKİ, Kanuni Miras, sh. 33.

gulanacağından gayri sahih nesepli çocuklar sahih nesepli çocuklar gibi miras hakkına sahip olacaktır. İkinci olarak; intikal kanunu mahalli kanuna göre, gayri sahih nesepli fûruua daha fazla miras hakkı tanıyabilir. Bu durumda kabul edilen intikal kanunu çerçevesinde miras hissesi tesbit edilecektir.

Gayri sahih nesepli mirasçıların kendilerini, murise mirasçı kılan hukuki işlemin geçerliliği hususunda bir ihtilaf çıkarsa bu ihtilafın çözümü hangi hukuka tabi olmak gerekir? Bu sorunun öncelikle cevaplandırılması gerekir. Acaba bu intikal kanunu hükümlerine göre mi, yoksa nesep statüsüne göre mi çözülecektir? Türk Hukuku bakımından bu ihtilafın çözümü hususunda intikal kanunu yetkili görülmemektedir. Konuyu ana ve baba bakımından olmak üzere ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır. Örneğin: Fransız vatandaşı kadından evlilik dışında doğan çocuğun tabi anaya hukuken bağlanması, ancak kadının çocuğu tanımasına bağlıdır (18). Fakat Türk Vatandaşı kadından evlilik dışı doğan çocuk ile ana arasındaki tabi nesep bağı aynı zamanda hukuki nesep bağı olarak kabul edilmiştir. Yani doğumun gerçekleştiği anda herhangi bir işleme gerek olmadan çocuk ile ana arasındaki gayri sahih nesep bağı kurulmuş olmaktadır (MK. m. 290) (19).

Karşılaştırmalı hukukta çocuk ile baba arasındaki gayri sahih nesep ilişkisi genellikle tanıma veya babalığın hükümlerle tahakkuk etmesi şeklinde kurulmaktadır (20). Baba bakımından evlilik dışı nesep statüsü MÖH-UK'da babanın milli hukukuna tabi tutulmuştur.

Gayri sahih nesepli çocukların, kendilerini murise mirasçı kılan hukuki işlemin geçerliliği nedeni ile mirasçılıklarına itiraz olunabilir. Böyle bir itirazın yapılmış olması halinde, öncelikle gayri sahih nesep bağına yetkili hukuka uygun olarak kurulup kurulmadığı tesbit edilmelidir. Bu bağı kurulmuş olması halinde, intikal kanunu hükümlerine göre mirasçılıkları ve miras hisseleri tesbit edilecektir.

b) Usulün Mirasçılığı

Türk ve Alman miras hukuklarında fûruu olmayan murisin mirasçısının ana ve baba olacağı kabul edilmiştir. Ana ve baba eşit olarak miras hissesine sahiptir. Usulün mirasçılığını tayin edecek hukuk, mirasın tabi olduğu hukuktur. Başka bir ifade ile usulün mirasçılığı da intikal kanununa göre belirlenecektir. Örneğin, Sovyetler Birliği'nde intikal kanunu olarak murisin son mutad mesken hukuku kabul edilmiştir.

(18) ULUOCAK, N., Milletlerarası Özel Hukuk Uygulama Kuralları - Kişisel Statü - Ders Notları, (1985/1986), İstanbul 1985, sh. 111.

(19) ÇELİKEL, Nesep İlişkileri, sh. 103.

(20) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, b 2, Ankara 1972, sh. 127.

Murisin ana ve babasının bulunmaması halinde bunlara düşen mirasın akıbeti de intikal kanununa göre tesbit edilecektir. Bu gibi durumlarda Türk ve Alman Hukukları, ana ve babaya düşen mirasın, bunların fûruuna intikal edeceğini kabul etmektedir.

Büyük ana ve büyük babaların mirasçılıkları hususunda intikal kanunu yetkilidir. Türk, Alman ve Sovyet miras hukuklarında kabul edildiğine göre, büyük ana ve babaların mirasçı olabilmeleri için daha alt dereceden mirasçıların bulunmaması gerekir.

Usulün mirasçılığına ilişkin olarak yapmış olduğumuz bu açıklamalar, muris ile usulü arasında sahih nesep bağıının mevcut olduğu nazara alınarak yapılmıştır. Muris ile usulü arasında gayri sahih nesep bağıının bulunması halinde öncelikle bu bağıın yetkili hukuka göre tesbiti gerekmektedir (21). Nesep bağıının yetkili hukuka göre tesbitinden sonra, mirasçılık ilişkisi intikal kanunu hükümleri çerçevesinde ortaya konacaktır.

c) Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı

Sağ kalan eşin kanuni mirasçılardan olması nedeni ile mirasçılığı ve miras hissesi intikal kanununa göre belirlenir. Eğer sağ kalan eş kanuni mirasçı kategorileri içersinde yer alıyor ise bu durumda iki değişik sorunla karşılaşabiliriz. İlk olarak evliliğin geçersizliği ileri sürülebilir. Bunun yanısıra sağ kalan eşin terekeden alacağı hisselerin hukuki mahiyeti hakkında da ihtilaf ortaya çıkabilir. Bu iki değişik sorunun açıklığa kavuşturulmasından sonra sağ kalan eşin mirasçılığından söz edilebilecektir.

aa) Evliliğin Geçerliliği Ön Sorunu

Sağ kalan eşin mirasçı olabilmesi için, miras bırakanın ölümü anında geçerli bir evliliğin bulunması gereklidir. Yani, evlilik yetkili hukuk kurallarına göre yapılmış olmalı ve murisin ölümü anına kadar, evliliği sona erdiren herhangi bir durumun (boşanma gibi) olmaması gerekir ki, sağ kalan eş mirasçı olabilsin. Yapılan bir evlenme geçerli sayılabilmek için, hangi hukuka uygun olarak yapılmalıdır? Bu husus MÖH - UK'da düzenlenmiştir: «Evlenme ehliyetine ve şartlarına taraflardan herbirinin evlenme anındaki milli hukuku uygulanır. Evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir. Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir.» (MÖH - UK. m. 12/1). Maddenin ilk cümlesinde, evlenmenin maddi şartları bakımından tabi olması gere-

(21) SEVİG, V. R., Mirasla İlgili Kaideler, sh. 108.

ken hukuku, ikinci cümlede ise şekli şartlar açısından yetkili hukuku göstermektedir:

aaa) Evlenmenin Maddi Şartları

Evlenmenin maddi şartlarını olumlu ve olumsuz şartlar olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Olumlu şartlar, evlenmek isteyen kişilerin evlenme ehliyetine sahip olmalarıdır. Tarafların evlenme ehliyetine sahip olup olmadıkları her birinin kendi milli hukukuna göre tesbit edilmelidir.

Evlenmenin olumsuz şartları ise, evlenme manileri şeklinde tezahür etmektedir. Tarafların evlenmelerine mani teşkil edebilecek bir hususun varlığı veya yokluğu her birinin kendi milli hukukuna göre tesbit edilecektir (22).

bbb) Evlenmenin Şekli Şartları

MÖH - UK. m. 12/1 - 2'ye göre, «evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir. Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsoloslukluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir.» Bu hükme göre evlenmenin şekli açısından geçerli olabilmesi için, yapıldığı ülke hukukuna uygun olması yeterli görülmektedir.

bb) Sağ Kalan Eşin Miras Hakkı ve Mal Rejimleri

Sağ kalan eşin terekeden alacağı pay miras hissesi midir, yoksa karı koca arasındaki mal rejimlerine ilişkin bir hak mıdır? Bu soruyu cevaplandırabilmek için mal rejimleri statüsü ile miras statüsü arasındaki sınırı tesbit etmek gereklidir. Başka bir ifade ile sağ kalan eşin terekeden alacağı payın miras hissesi sebebi ile mi, yoksa mal rejimleri sebebi ile mi olduğunu tesbit etmemiz gerekir. Bu durumun tesbit edilebilmesi için olayın nitelendirilmesinin (vasıflandırma) yapılması gereklidir (23). Nitelik, «bir hukuki müessesenin hukuki mahiyetidir. Bundan maksat yapılan bir tasarrufu teşhis edebilmek, onun cinsini tayin etmektir.» Sağ kalan eşin terekeden alacağı payın hukuki mahiyetinin tesbit edilmesi gerekir. Şöyle ki, sağ kalan eşin terekeden alacağı payı, miras hakkı olarak kabul edersek bu hakkı intikal kanununa tabi tutmamız gerekecektir. Fakat bu payı, eşler arasındaki mal rejimlerinden dolayı elde edeceği pay olarak nitelendirecek olursak, evlilik mallarının tabi olacağı hu-

(22) SAYMAN, Y., Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982, sh. 27 vd.

(23) SEVİĞ, Mirasla İlgili Kaideler, sh. 108.

kuka tabii tutmamız gerekecektir. Çünkü, Türk Hukukunda miras statüsü ile mal rejimleri statüsüne ilişkin olarak farklı bağlama kuralları kabul edilmiştir.

Yukarıda izah ettiğimiz gibi, miras statüsü olarak mirisin milli hukuku kabul edilmektedir.

Evlilik mallarına ilişkin olarak kabul edilen bağlama kuralını izah edebilmemiz için, eşler arasında evlilik mallarına ilişkin olarak bir sözleşme yapmış olup olmadığına göre bir ayırım yapmamız gerekir.

Evlilik mallarına ilişkin olarak eşler arasında bir sözleşme yapılmış ise, karşılaştırmalı hukukta uygulanacak hukuka ilişkin olarak, eşlerin evlilik malları için yapacakları sözleşme ile belirli bir oranda hukuk seçiminin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta sağ kalan eşin hakları esas itibarıyla miras hukuku ile düzenlenmektedir. Ancak bazı hukuk sistemlerinde sağ kalan eşin haklarını mal rejimleri ile özellikle kanuni mal rejimi yolu (örneğin: Fransız Hukuku) ile düzenlenmektedir (24).

Alman Hukukunda miras hukuku ile evlilik mal rejimleri arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmektedir. Mirisin ölümü anında geçerli bir evliliğin bulunması halinde öncelikle evlilik mallarına ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Eşler arasındaki mal rejimi EGBGB. m. 15'e istinaden eşlerin evli bulunduğu memleket hukukuna göre tesbit edilir. Eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi çözüldükten sonra mirasçılıkları yetkili hukuka göre belirlenir (25).

Sağ kalan eşin terekeden alacağı payı tesbit edebilmek için, kural olarak öncelikle mal rejimlerine ilişkin ihtilaf çözülmelidir. Mirisin terekесinin bu suretle belirlenmesinden sonra, sağ kalan eşin miras hissesi intikal kanunu hükümlerine göre tesbit edilmelidir (26). Ancak mal rejimleri statüsü ile miras statüsünün değişik hukuk sistemlerini karşı karşıya getirmesiyle, sağ kalan eş olumlu veya olumsuz yönde etkilenebilir. Örneğin; Türk Vatandaşı eşler evlilik mallarına ilişkin olarak kanuni mal rejimi (mal ayrılığı) kabul etmiş ve daha sonra Fransa'ya yerleşen eşlerden birisi ölmüş olsun. Sağ kalan eş mal rejimi statüsüne göre kendi mallarını alacaktır. Sağ kalan eş, Fransız Hukukunun kabul etmiş olduğu intikal kanunu nedeni ile (Fransa'da bulunan gayrimenkuller Fransız Huku-

(24) YAKIM, B., Devletler Arası Kanun Çatışmalarında Niteliğin Önemi, İBD. 1964, C. XX, No. 1, sh. 23.

(25) KEGEL, G., Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 1987, sh. 170 vd.

(26) Geniş bilgi için bkz. ULUOCAK, age., sh. 71 vd.

kuna tabidir) Fransa'da bulunan gayrimenkul terekede ancak intifa hakkına sahip olabilecek, terekede mülkiyet hakkı olmayacaktır. Halbuki intikal kanunu olarak Türk Hukuku uygulanmış olsa idi, sağ kalan eş terekeden mirasçı sıfatı ile mülkiyet hakkına da sahip olabilecekti (27).

Mal rejimleri statüsü ile miras statüsünün farklı hukuklar olması durumlarında, sağ kalan eşin zararına sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Aynı hayat ilişkisinde birden çok hukuk düzeninin biraraya gelmesi bazı durumlarda normlar arasında bir uyumsuzluğa sebebiyet verebilir. Başka bir ifade ile bir hukuk düzeni tarafından yapılan düzenleme, aynı hukuki ilişkinin diğer hukuk düzeninin mevcut düzenlemesi ile uyuşmayabilir. Bu gibi durumlarda çözüm yolu olarak intibak (adaptation) yoluna başvurulmaktadır (28). İntibak metodunda, birarada bulunan hukuk nizamlarından birisi olduğu şekliyle değil, olaya uygun gelecek şekilde kalıp değiştirilerek tatbik edilmektedir. Başka bir deyişle, her iki kategori hakkında da ilgili hukuk düzenlerinden birinin uygulanması ve bu hukuk düzeninin öngördüğü sonuçların geçerli kılınmasıdır.

Sağ kalan eş, mal rejimleri statüsü ve miras statüsünün birlikte uygulanması sonucu terekeden hiçbir şey elde edemeyecek duruma düşerse intibak metoduna göre, mal rejimi veya miras statüsü her iki husta da (mal rejimi - miras ilişkisi) uygulanmalıdır.

d) Evlat Edinme Muamelesinden Doğan Miras Hakları

Evlâtlık mukavelesinden doğan miras haklarının daha iyi incelenmesi için, genel olarak evlâtlık mukavelesi hakkında bilgi vermek konumuz açısından faydalı olacaktır.

aa) Genel Olarak Evlât Edinme

Evlât edinme, çocukları olmayan kişilerin çocuk sahibi olma arzularını gerçekleştirmelerini ve aile yuvasından mahrum olan çocukların korunmasını amaçlayan bir kurumdur. Karşılaştırmalı hukuk açısından evlât edinme; «aralarında sahih nesep bağı bulunmayan kişiler arasında, hukuk düzeninin öngördüğü şartlar uyarınca tamamlanan hukuki işleme dayalı salt hukuki bir nesep ilişkisi» (29) şeklinde tarif edilmektedir.

(27) OĞUZMAN, K., Miras Hukuku Dersleri, b. 3, İstanbul 1984, sh. 82. (Fransız hukukunda sağ kalan eş murisin kan hısmı mirasçılarının bulunmaması halinde mirastan mülkiyet alabilmektedir. Sağ kalan eş kan hısımları ile birlikte bulunuyor ise, değişen oranlarda intifa hakkına sahiptir).

(28) NOMER, age., sh. 149 vd.

(29) ARAT, T., «Evlât Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal İşlevsel Açıdan Bakış, Berki Armağanı, Ankara 1977, sh. 107 vd.

Karşılaştırmalı hukukta, iki tür evlât edinmenin olduğu kabul edilmektedir. Birincisi tam (kuvvetli) evlat edinmedir. Buna göre, evlâtlıkla evlât edinmenin ve onun ailesi arasında sahih nesep bağına benzer bir ilişkinin kurulmasına yönelik hukuki bir kurumdur. İkincisi ise, sınırlı (zayıf) evlat edinmedir. Bu evlat edinme türüne göre, evlâtlığın asıl ailesi ile bağı devam etmektedir. Diğer yandan evlâtlıkla evlât edinen arasında sınırlı bir nesep ilişkisi de kurulmaktadır (30).

bb) Türk Hukukunda Evlat Edinme

Evlat edinmenin hukuki mahiyeti hakkında karşılaştırmalı hukuk doktrininde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür (31). Türk Hukukunda evlât edinmenin bir medeni hukuk akdi olduğu görüşü doktrinin çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir (32).

Evlât edinmenin çeşitli şartları bulunmaktadır. Bunlar aslı ve şekli şartlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir (33).

cc) Evlâtlığın Mirasçılığı

Evlâtlığın veya evlât edinmenin miras hakkına sahip olup olmadığı hususu ve bu hakkın içeriği, intikal kanunu hükümlerine göre tesbit edilecektir (34). Ancak evlâtlığın mirasçılığında, kendini murise mirasçı kılan hukuki işlemin (evlâtlık mukavelesinin) geçerliliği sorunu ortaya çıkabilir. Bu sorunun öncelikle çözülmesi gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta evlât edinme ilişkisinin maddi şartları genel olarak evlât edinmenin milli hukukuna tabi tutulmaktadır (35).

Türk Hukukunda, «evlât edinme ehliyeti ve şartları hakkında taraflardan herbirinin evlât edinme anındaki milli hukuku uygulanır» (MÖH-UK. m. 18/1) hükmü yer almaktadır. Yani, evlât edinmenin aslı şartları tarafların (evlâtlık - evlât edinen) kendi milli hukuklarına göre tesbit edilmelidir. Örneğin: Alman Vatandaşı karı kocanın Türkiye'de Türk Vatandaşı çocuğu evlât edinmek istemeleri halinde uygulanacak hukuku şu şekilde belirtebiliriz: Alman Vatandaşı karı kocanın evlât edinme ehliye-

(30) ARAT, agm., sh. 109.

(31) ATAAY, A., «Medeni Hukukta Evlat Edinme», İHFM, 1957, s. 1 - 4, sh. 268 vd.

(32) KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S., Aile Hukuku, İstanbul 1985, sh. 229.; AKINTÜRK, T., Aile Hukuku b. 3, Ankara 1978, sh. 276 vd.

(33) KÖPRÜLÜ/KANETİ, age., sh. 230.; AKINTÜRK, age., sh. 240 vd.

(34) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 127.; ULUOCAK, age., sh. 92 vd.

(35) ÖZSUNAY, E., «1961 Tarihli Aile Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla (FomRaendG) Alman Evlat Edinme Hukukuna Getirilen Yenilikler», İHFM., 1968, C. XXXII, sh. 191 vd.

tine sahip olup olmadıklarını Alman Hukukuna göre tesbit etmek gerekir. Buna göre, karı koca birlikte evlât edinecekler ise, kocanın yirmibeş, karının ise yirmibir yaşını doldurmuş olması gerekmektedir (BGB. m. 1743/I). Eğer evlât edinme işlemi karı veya kocadan yalnız birisi yapacak ise yirmibeş yaşını doldurmuş olması gereklidir (BGB. m. 1743/II). Evlâtlığın ehliyeti bakımından ise Türk Hukukunun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Alman Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatında evlât edinme ile ilgili olarak yer alan hükme göre, evlat edinme evlâtlığa kabul edenin kabul anındaki milli hukukuna tabidir. (EGBGB. m. 22) (36).

MÖH - UK'da evlât edinmenin şeklinin hangi hukuka tabi olacağına dair bir hüküm yer almamıştır. Bu nedenle hukuki ilişkilerin şekline ilişkin olarak düzenlenmiş bulunan MÖH - UK. m. 6 hükmü burada da uygulanmalıdır. Bu hükme göre, «hukuki işlemler yapıldıkları yer hukukuna veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.» Bu hükümde şekil hususunda kabul edilmiş olan *locus regit actum* ve *lex causae* kuralları evlât edinmenin şekli bakımından alternatif olarak uygulanmalıdır.

Evlât edinmenin hükümleri hangi hukuka tabi olmalıdır? Bu hususta MÖH - UK. m. 18/II'de yer alan hükme göre, «Evlât edinmenin hükümleri evlat edinmenin milli hukukuna, birlikte evlat edinme halinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabidir.» Buna göre evlât edinme muamelesini eşler birlikte yapıyorlar ise, evlenmenin genel hükümlerinin için yetkili olan hukuk; evlât edinme muamelesini eşlerden birisi yapıyor ise bunun milli hukuku evlât edinmenin hükümleri bakımından yetkili olacaktır.

Evlât edinmenin kanuni mirasçılığa etkisi Türk Hukuk doktrininde tartışmalıdır. Türk Hukukunda çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, evlâtlığın mirasçılığı intikal kanununa tabi tutulmalıdır (37). Ancak azınlıkta kalan görüşe göre ise, evlâtlığa veya evlât edinene, evlât edinme ilişkisindeki hüküm statüsünün mirasçılık hakkını tanıyıp tanımadığı gözönüne alınmalıdır. Eğer evlât edinme statüsüne göre bunların mirasçılık hakları bulunmuyor ise, miras statüsünde evlâtlığa veya evlât edinene böyle bir hak tanınması (mirasçılık hakkı) bir sonuç sağlamayabilir. Fakat evlât edinme statüsü, ilişkiye mirasçılık sonucunu tanımış ise, mirasa ilişkin tüm sorunlar artık miras statüsüne tabi olacaktır (38). Bu

(36) FİRŞİNG, age., sh. 223.

(37) SEVİĞ, V. R., Kanunlar İhtilafı, sh. 83.; ULUOCAK, MÖH., sh. 92.; BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 126.

(38) TEKİNALP, age. sh. 177.

görüŖte ileri sürülen gerekçeler aynı Ŗekilde diğer mirasçılık hallerinde de sözkonusu olabilir. Örneğin: Fransız Hukukunda sağ kalan eŖe terekeden sadece intifa hakkı tanınmaktadır. Fransız mirisin, Türkiye'deki gayrimenkul terekesinde sağ kalan eŖe mülkiyet hakkı tanınmaktadır. Türk Hukukunda, Fransız mirisin Türkiye'de bulunan gayri menkulleri bakımından sağ kalan eŖe mülkiyet hakkı tanınırken, Fransız Hukukunda sağ kalan eŖe terekeden mülkiyet hakkı verilmediğini naŖara almamaktayız. Aynı Ŗekilde, evlâtliğin mirasçılığında da evlât edinme iliŖkisine ait hüküm statüsünün evlâtliğa miras hakkı tanımamasının nazara alınmaması gerekir. Bu nedenle de evlâtliğin mirasçılığı hususunda intikal kanununa yetki tanıyan görüş daha isabetli gibi gözükmemektedir.

e) Devletin Mirasçılığı

İntikal kanununun tayin ettiği derecedeki mirasçılarının bulunmaması halinde, tereke mirasçısız olarak kabul edilecektir. Bu Ŗekilde mirasçısız olarak kabul edilen terekenin akıbeti ne olacaktır? KarşılaŖtırılmalı hukukta mirasçısız terekenin devlete kalacağı genel olarak kabul edilmektedir. Ancak devletin mirasçısız terekeye hangi sıfatla sahip olacağı hususunda iki değişik eğilim bulunmaktadır.

Bir eğilime göre, devlet mirasçısız terekeyi sahipsiz mal olarak görmekte ve devletin sahipsiz mala el koyması olarak kabul etmektedir. Diğer eğilime göre ise, devlet kanunen belirlenen mirasçılarının bulunmaması halinde en son mirasçı olarak kendini görmekte ve terekeye sahip olmasını mirasçılık sıfatına dayandırmaktadır (39).

Devletin, tayin edilen derecedeki mirasçılarının bulunmaması halinde, terekeye sahip olma hakkının mahiyeti hangi hukuka göre tesbit edilmektedir? Bu hususta iki değişik görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, devletin mirasçısız terekeye sahip olma hakkının mahiyeti Devletler Özel Hukuku bakımından herhangi bir öneme sahip değildir. Önemli olan intikal kanununa göre devletin mirasçısız terekeye elkoyma hakkının varlığıdır. Bu hakkın varlığı, devletin yabancı ülkedeki sahipsiz mirasa el koyması için yeterlidir (40).

Diğer görüşe göre ise, intikal kanunu uyarınca devletin mirasçısız terekeye el koyması hakimiyet hakkına mı yoksa mirasçılık hakkına mı dayanmaktadır sorusunun cevabı, terekenin yabancı devlete kalması ba-

(39) BERKİ, O. F., «Devletin Mirasta Mevkii ve Bundan Doğan Kanun İhtilaf-ları», ABD. 1944, No: 3, sh. 4 vd.

(40) SEVİG, V. R., Mirasla İlgili Kaideler, sh. 109.

kımından önemlidir. Başka bir ifade ile, yabancı devletin mirasçısız terekeye el koyma hakkının niteliğinin tesbiti önem taşımaktadır. Eğer devlet mirasçısız terekeye hakimiyet hakkına dayanarak el koyuyor ise, ancak (kendi ülkesi üzerindeki mallarda hakimiyet hakkı bulunduğu) kendi ülkesindeki mallara el koyabilir. Yabancı bir devlet ülkesinde bulunan mallar üzerinde hakimiyet iddiasında bulunamaz. Devlet mirasçısız terekeye mirasçı sıfatı ile el koyuyor ise, mirasçılık sıfatına göre muamele olunarak intikal kanunu çerçevesinde mirasçılığı tesbit edilmelidir (41).

EHVK'da devletin mirasçılığı ile ilgili olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. EHVK'nun yürürlükte bulunduğu süre içerisinde, mirasçısı olmayan terekenin hangi devlete intikal edeceği hususunda iki değişik görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, burada bir vasıf ihtilafı söz konusudur. Vasıf ihtilafını intikal kanununa göre çözmemiz gerekmektedir (42). Diğer bir görüş ise, mirasçısız terekeyi ikiye ayırmaktadır. Murisin mensubu bulunduğu devlet kanununa göre devlet mirasçı olarak kabul ediliyor ise, menkul miras o devlete intikal edecektir. Murisin mensubu bulunduğu devlet, terekeye mirasçı olarak değil, hakimiyet esasına dayanarak el koyuyor ise, menkul tereke Türk Devletine intikal edecektir.

MÖH - UK, devletin mirasçılığı ile ilgili olarak bağlama kuralı tesbit etmek yerine, bir maddi hukuk kaidesi getirmeyi daha uygun bulmuştur. Buna göre; «Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır» (MÖH - UK. m. 22/III). Kanunda yer alan bu maddi hükümle miras hukuku ile ilgili olarak kabul edilen intikal kanununa istisna getirmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke, menkul ve gayrimenkul ayrımı yapılmadan Türk Devletine kalacaktır. Oysa MK'da devletin sahipsiz terekeye mirasçı sıfatı ile sahip olacağı kabul edilmektedir. Bu iki hüküm şu şekilde bağdaştırılabilir: Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke; muris yabancı ise Devlet hakimiyet hakkına dayanarak el koyacak, murisin Türk Vatandaşı olması halinde ise, mirasçı sıfatı ile sahip olacaktır.

Mirasçı bırakmaksızın yabancı ülkede ölen Türk Vatandaşı murisin yabancı ülkedeki terekesinin akıbeti ne olacaktır? Yabancı devlet intikal kanunu olarak Türk Hukukunu (milli hukuk) kabul ediyor ise, bu durumda bu yabancı devlet sahipsiz terekeye ilişkin olarak MK. m. 448'i mi nazara alacaktır? Yoksa MÖH - UK. m. 22/III'de yer alan hükmü mü nazara alacaktır? Eğer yetkili yabancı devlet hukukunda, yetki tanınan devle-

(41) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 129.; GÖĞER, age., sh. 282.

(42) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 129.; GÖĞER, age., sh. 282.

tin iç maddi hukuk kurallarına gönderme yapılıyor ise, bu durumda MK. m. 4448'de yer alan devletin mirasçılığına ilişkin hükmü uygulaması gerekir. Ancak yabancı devlet miras hukuku alanında atfı kabul etmiş ise, bu durumda doğrudan MÖH - UK'na gidecektir. Bunun sonucunda da MÖH - UK. m. 22/III'de yer alan devletin sahipsiz terekeye hakimiyet hakkına dayanarak el koyacağına ilişkin hükmü uygulayacaktır.

2 — Mirasçılık Ehliyeti

Kanuni mirasçılık başlığı altında mirasçıların ve bunların hisselerinin intikal kanunu çerçevesinde belirleneceğini gördük. Acaba mirasçılık ehliyeti de intikal kanunu çerçevesinde mi belirlenecektir, yoksa ehliyet statüsünün tabi olduğu hukuka mı tabi olacaktır? Bu konunun incelenebilmesi için, gerçek kişi mirasçıların ehliyeti ile tüzel kişi mirasçıların ehliyetini birbirinden ayırt etmek gereklidir.

a) Gerçek Kişi Mirasçıların Ehliyeti

Mirasçılık ehliyeti; medeni hakları kullanmaya ehil olan herkes mirasçılık ehliyetine de sahiptir. Bunun tek bir istisnası cenin lehine getirilmiştir. Buna göre, cenin sağ olarak doğarsa mirasçı olabilecektir (MK. m. 524).

Gerçek kişi mirasçıların mirasçılık ehliyetinin hangi hukuka göre tesbit edilmesi gerektiği hususunda doktrinde iki değişik görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, gerçek kişi mirasçıların mirasçılık ehliyetini hak ehliyeti olarak, kişisel statülerine tabi tutmak gerekir (43).

Diğer bir görüşe göre, gerçek kişi mirasçıların mirasçılık ehliyetleri intikal kanunu çerçevesinde tesbit edilmelidir (44).

MÖH - UK'da ehliyet ile ilgili olarak yer alan hükme göre, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi tutulmuştur (m. 8/1). Ehliyet ile ilgili olarak yer alan bu hükümden mirasçılık ehliyetinin hangi hukuka tabi olması gerektiği hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, mirasçılar ve miras hisseleri intikal kanunu çerçevesinde belirlendiğine göre, mirasçının mirasçılık ehliyetinin de intikal kanununa göre tesbit edilmesi daha isabetli gözükmektedir. Örneğin, Fransız Hukukunda, ceninin

(43) TEKİNALP, age., sh. 275.; GÖĞER, age., sh. 275.

(44) NÖMER, E., «Yabancıların 'Ahkamı Şahsiyesi' (Status Personel) ve Terekesi ile İlgili İhtilaflarda Türk Kanunlar İhtilafı Sisteminin Gelişimi», 50. Yıl Armağanı (Cumhuriyet Döneminde Hukuk), İstanbul 1973, sh. 495 vd.

mirasçı olabilmesi için sağ olarak doğması ve yaşama kabiliyetini taşıması gerekmektedir (45). Türk Hukukunda ise, cenin sağ olarak doğmak şartıyla mirasçı olabilecektir. Yani yaşama kabiliyetini haiz olması aranmamaktadır (MK. m. 524). Fransız Vatandaşı murisin Türkiye'de bulunan gayrimenkul terekesinde ceninin mirasçı olabilmesi için sağ olarak doğması yeterli görülecek, ayrıca yaşama kabiliyetinin bulunması aranmayacaktır.

b) Tüzel Kişi Mirasçıların Ehliyeti

Türk Hukukunda tüzel kişilerin mirasçılığını kısıtlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Türk Hukukunda tüzel kişiler kanuni mirasçı sıfatı ile değil, ancak ölüme bağlı tasarruf yolu ile mirasçı olabilirler. Ancak tüzel kişilerin mirasçı olabilmesi için hak ehliyetine sahip olması gereklidir. Tüzel kişilerin hak ehliyetine sahip olabilmeleri için de hukuka uygun olarak kurulmuş olmaları gereklidir. Yabancılaşma unsuru taşıyan miras problemlerinde, tüzel kişilerin mirasçılığı intikal kanunu çerçevesinde belirlenecektir (45). Ancak yabancı unsur taşıyan miras problemlerinde tüzel kişilerin mirasçılık ehliyetine sahip olabilmeleri için öncelikle yetkili hukuka uygun olarak kurulmuş olmaları gerekir (46). Türk Hukukunda terekenin tüzel kişiye intikali kuruluş amaçları ile sınırlandırılmıştır. Nihayet tüzel kişilerin mirasçılık ehliyetine sahip olması halinde de, iktisap ehliyetinin kısıtlı olmaması gerekmektedir. İktisap ehliyetinin kısıtlı olması halinde mirası iktisapları mümkün olmayabilir (47).

C — ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR

Ölüme bağlı tasarrufların tabii oldukları hukuku, ehliyet, şekil ve hükümler açısından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Ölüme bağlı tasarruflarda ehliyet ve şekil intikal kanununun uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ölüme bağlı tasarrufu yapanın tasarrufu yaptığı andaki milli hukukuna tabi tutulmuştur (MÖH - UK. m. 22/4). Ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin olarak iki değişik bağlama kuralı kabul edilmiştir. Bunlar *locus regit actum* ve ölenin milli hukukudur (MÖH - UK. m. 22/IV). Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ve şekli intikal kanununun uygulama alanı dışında kaldığından bu başlık altında bu iki hususu incelemeyeceğiz.

(45) TEKİNALP, G., «Medeni Kanunda Tüzel Kişilerin Mirasçılığı ve Devletler Hususi Hukuku», Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, sh. 395.

(46) Tüzel kişilerin kuruluşu ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz. ARAT, T., Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara 1970.

(47) OĞUZMAN, age., sh. 110.

1 — Ölüme Bağlı Tasarrufların Anlamları

Türk Hukukunda ölüme bağlı tasarruflar, maddi anlamda ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2 — Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümü

Karşılaştırmalı hukukta ölüme bağlı tasarrufların hükümleri hakkında genellikle intikal kanunu yetkili kılınmaktadır. Kanunlar ihtilafı ile ilgili düzenlemelerde genellikle ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ve şekline ilişkin olarak özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Fakat ölüme bağlı tasarrufların hükümlerine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilme-yerek, bunlar zımni olarak, intikal kanununa tabi tutulmaktadır (48). Türk Milletlerarası Özel Hukukunda da aynı yol benimsenmiştir. MÖH - UK. m. 22'de ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ve şekline ilişkin düzenlemeler bulunmasına rağmen, ölüme bağlı tasarrufların hükümlerine ilişkin olarak bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde ölüme bağlı tasarrufların hükümlerinin intikal kanununa tabi olacağı kabul edilmektedir (49).

Ölüme bağlı tasarruflarda intikal kanununun uygulama alanını şu şekilde belirtebiliriz :

İlk olarak murisin tasarruf nisabının tesbiti, dolayısıyla mahfuz hisseli mirasçılar ve bunların mahfuz hisse oranlarının tesbiti intikal kanununa tabi olacaktır. Bu nedenle bir ölüme bağlı tasarrufun muteberiyeti de intikal kanununa göre belirlenecektir (50). Muris ölüme bağlı tasarruf yolu ile mahfuz hisseli mirasçılarının miras hisselerine tecavüz etmiş olabilir. İntikal kanunu mahfuz hisseyi kabul etmiş ise, bu durumda ölüme bağlı tasarruftan yapılan tecavüz oranında indirim yapılmalıdır. Başka bir ifade ile, intikal kanununda ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği kabul ediliyor ise, murisin yapmış olduğu bu tasarruf mahfuz hisselerine tecavüz oranında tenkise tabi tutulur. Bazı hukuk sistemlerinde, murisin tasarruf nisabı tüm terekede kabul edilmektedir. (Örneğin: İngiltere, İrlanda ve Kanada Hukukları (51).

Mahfuz hisse ve tasarruf nisabı ile ilgili olan tenkis davasının açılabilmesi için gerekli şartlar, davayı açma süresi, tenkise tabi tasarrufların türleri ve tenkisin nasıl yapılacağı gibi hususlarda intikal kanununa tabi olacaktır (52).

(48) ULUOCAK, MÖH., sh. 142.

(49) TEKİNALP, age., sh. 224.; NOMER, age., sh. 264.

(50) KISAĞÜL, A., «Ölüme Bağlı Tasarruflarda Kanun İhtilafı», Ad. Der. 1962, s. 11 - 12, sh. 1371 vd.

(51) SEVİĞ, V. R., Mirasla İlgili Kaideler, sh. 116.

(52) KISAĞÜL, agm., sh. 1391.

Ölüme bağlı tasarrufların iptali davası da intikal kanununun yetki alanı içindedir. Ancak ehliyet yönünden bir iptal sebebinin bulunması halinde yetkili kanun intikal kanunu olmayıp, ehliyeti idare edecek olan kanundur. Yani ölüme bağlı tasarrufta bulunanın milli hukukuna göre işlem yapılacaktır (MÖH - UK. m. 22/V).

Bazı hukuk sistemlerinde (Örn: İsviçre, Alman ve Türk Hukukları) muris, ölüme bağlı tasarruf yolu ile mirasçı nasbettiği veya muayyen mal vasiyetinde bulunduğu kişiye, mirası yahut vasiyet olunan muayyen malı bir süre sonra bir üçüncü kişiye nakletmek mükellefiyetini yükleyebilir (MK. m. 468) (fevkâlade ikâme). Ya da muris ölüme bağlı tasarruf lehdarının herhangi bir nedenle bu tasarruftan yararlanamaması halinde, tasarruftan yararlanmak üzere başkalarını koyabilir (MK. m. 467) (alelâde ikâme). Bazı hukuk sistemlerinde fevkâlade ikâme yasaklanmıştır. Ölüme bağlı tasarruf yolu ile ikâme yetkisi de intikal kanununun hükümlerine tabi olmalıdır (53). Ancak fevkâlade ikâme durumunda Türk Hukuku bakımından kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilir.

Murisin tek taraflı ölüme bağlı tasarruf yolu ile mahfuz hisseli mirasçıyı miras dışında tutmasına mirastan ıskat denilmektedir. Mirastan ıskat bazı hukuk sistemlerinde kabul edilmişken (Örn: İsviçre, Alman), diğer bazı hukuk sistemlerinde, murise böyle bir imkân tanınmamıştır (Örn: İslâm Hukuku). Türk Hukukunda mirastan ıskat kabul edilmektedir (MK. m. 457-460.). Mirastan ıskat kural olarak mahfuz hisseyi kabul eden hukuk sistemlerinde geçerlilik kazanmaktadır. Mahfuz hisseli mirasçılar ve mahfuz hisse oranları intikal kanununa göre tesbit edildiğine göre, mirastan ıskat da intikal kanununa tabi olmalıdır (54).

II — İNTİKAL KANUNUNUN UYGULAMA ALANININ SINIRLARI

Bu başlık altında intikal kanununa MÖH - UK. m. 22'de getirilen sınırlamaları incelemeye çalışacağız.

A — KANUNİ MİRAS

Bu başlık altında miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında intikal kanununa terekenin bulunduğu yer hukuku lehine getirilen istisnaları incelemeye çalışacağız.

MÖH - UK. m. 22/II'de: mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi tutulmuştur. Ge-

(53) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 134.

(54) ULUOÇAK, MÖH., sh. 145.

tirilen bu hükümle intikal kanununun kapsamı belirli bir ölçüde sınırlandırılmaktadır. Bu sınırın ölçüsünü tesbit edebilmek için hükümde yer alan kavramların içeriklerinin tesbit edilmesi gereklidir. Bu kavramların iç miras hukukundaki içeriklerini mi nazara almalıyız, yoksa Medeni Hukukta yer alan kavramlarla özdeş olmasına rağmen, düzenleme alanları itibarıyla farklı olması nedeni ile içeriklerini de farklı şekilde mi anlamalıyız? Yapacağımız yoruma göre intikal kanununun uygulama alanı genişleyecek veya daralacaktır.

MÖH - UK. m. 22/II'de yer alan kavramların yorumunu yaparken öncelikle bu kavramlara Medeni Hukukta verilen anlamları belirteceğiz. Daha sonra EHVK'nun yürürlükte olduğu süre içerisinde bu kavramlara doktrin tarafından verilen anlamları ve tabii oldukları hukuku belirtecek ve son olarak da bugünkü durumu izah etmeye çalışacağız.

1 — Mirasın Açılması

Bu başlık altında önce Türk medeni kanunu bakımından mirasın açılması bahsini inceleyeceğiz. Daha sonra ise, Milletlerarası Özel Hukuk bakımından mirasın açılması bahsini inceleyeceğiz.

a) Türk Medeni Kanunu Bakımından Mirasın Açılması

Medeni kanunda mirasın açılmasını düzenleyen (m. 517-530) hükümlerin incelenmesi sonucunda, herşeyden önce bu kavramın mirasın açılma sebeplerini içerdiğini görmekteyiz. Kural olarak miras, mirasın ölümü ile açılır. Ancak gaipliğine karar verilen kişinin de ölmüş gibi kabul edilerek mirasın açılacağı hükme bağlanmıştır. Mirasın açılma sebebi olarak, ölüm ile gaiplik kararı arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Mirasın ölümü halinde miras ölüm ile açılır. Gaiplikte ise, gaiplik kararı ile gaibin mirası mirasçılara intikal eder (56).

Mirasın hangi mahalde açılacağı da mirasın açılması kavramı içine dahil edilmektedir. Medeni Kanuna göre miras mirasın son ikâmetgahi mahkemesinde açılır. Mirasın açılması ile birlikte yapılması gerekli hukuki işlemler de mirasın son ikâmetgahi mahkemesince yapılır (MK. m. 518) (56).

Mirasçılık ehliyeti ve mirastan mahrumiyet sebepleri de mirasın açılması kavramı içerisinde mütalâ edilmektedir (MK. m. 520). Bu hususlardan başka fevkalade ikâmede mirasın açılması başlığı altında düzenlenmiştir.

(55) AYİTER, N., age., sh. 153.

(56) AYİTER, age., sh. 155.

b) Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mirasın Açılması

Milletlerarası hukuk açısından mirasın açılması bahsini önce EHVK'nun yürürlüğü sırasında verilen anlamı daha sonra ise günümüzdeki mevcut düzenlemeyi inceleyeceğiz.

aa) EHVK'da Mirasın Açılması ve Tabi Olduğu Hukuk

Muvakkat Kanunda mirasın açılması ile ilgili olarak bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bu kavrama; mirasın açılma sebepleri, açılma yeri, mirastan mahrumiyet ve birlikte ölüm halinde mirasçılık durumunun tesbitine ilişkin hususlar dahil edilmektedir (57). Ancak bu kavrama dahil edilen hususlar tek bir hukukta tabi tutulmamakta, farklı bağlama kurallarına dahil kabul edilmektedir.

Doktrinde mirasın açılma sebepleri ve açılma yeri hususunda mahalli hukukun kamu düzeninin müdahale edebileceği de kabul edilmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde ömür boyu hapse mahkum edilen kişiler hakkında «medeni ölüm», bazı din adamları hakkında kabul edilen «dini ölüm» hallerinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu ve mirasın açılması için geçerli sebep teşkil etmeyeceği doktrin tarafından kabul edilmiştir.

Mirastan mahrumiyetin hangi hukuka tabi olması gerektiği hususu doktrinde görüş ayrılığına sebep olmuştur. Bir görüşe göre, mirastan mahrumiyet kişinin milli hukukuna tabi olmalıdır. Zira mahrumiyet bir ehliyet meselesidir. Yine mahrumiyet sebeplerini intikal kanununa tabi tutarsak menkuller için mahrumiyet sebebi gayrimenkuller için mahrumiyet sebep olmayabilir (58). Diğer bir görüşe göre ise, mirastan mahrumiyet meselesi doğrudan doğruya miras hukukuna tabidir. Bu nedenle de intikal kanununa tabi olması gerekir (59). Doktrinde mahrumiyetin kişinin milli hukukuna tabi olacağı görüşü çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.

Birlikte ölüm halinin tesbiti hangi hukuka tabi olacaktır? Başka bir ifade ile birlikte ölenlerin mirasçılığı hususu hangi hukuka göre tesbit edilecektir. Bir görüşe göre, birlikte ölenlerin mirasçılığını kişinin milli hukuku tesbit edecektir (60). Diğer bir görüşe göre ise, mirasın tabi olduğu hukuka yani intikal kanununa göre tesbit edilecektir (61).

(57) İNAN, A. N., Miras Hukuku, b. 2, Ankara 1982, sh. 291 vd.

(58) SEVİĞ, M. R., Devletler Hususi Hukuku, b. 2, İstanbul 1947, sh. 435.

(59) TEKİNALP, age., sh. 195.

(60) BERKİ, O. F., Kanuni Miras, sh. 50.

(61) ULUOCAK, MÖH., sh. 92.

bb) MÖH - UK'da Mirasın Açılması ve Tabii Olduğu Hukuk

MÖH - UK'da mirasın açılması terekenin bulunduğu yer hukukuna tabii tutulmaktadır (MÖH - UK, m. 22/II). Ancak mirasın açılması kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu maddede açıkça belirtilmemiştir. Bunun sonucunda da doktrinde iki değişik görüş ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe göre; mirasın açılması sadece ölen açısından mirasın açılma sebepleri olarak değerlendirilmelidir. Bu görüşe göre mirasın açılması kavramının daha değişik şekilde anlaşılması içinden çıkılması imkansız sonuçların doğumuna sebebiyet verir. Medeni Kanunda mirasın açılması başlığı altında düzenlenmiş olan diğer hususlar (örn: ceninin mirasçılığı; mirastan mahrumiyet) *lex causae*'de mirasın açılması bölümü dışında düzenlenmiş ise, bu halde iki ayrı düzenleme ile karşılaşılacaktır. Bu halde bu kavramların Milletlerarası Özel Hukukta ne ifade ettikleri nazara alınmalıdır. Bunun aksini kabul etmek miras hukukunda kabul etmiş olduğumuz intikal kanununu istisna durumuna sokmak olur (62).

Diğer bir görüşe göre ise, MÖH - UK, m. 22'deki istisnai kuralın içeriğini, bu kuralı koymuş olan Türk Medeni Hukuku normlarına göre yorumlamamız gerekmektedir. «Bağlama kuralının konusunu oluşturan kavramın yorumunda bu kavrama yer veren hukuk nizamı esas alındığı zaman doğaldır ki kavramı kullanan hükmün, iç hukuk düzenlemesinin belirli bir alt başlığı altında yer alan maddeleri arasında bulunması diğer maddelerin de aynı kavram içerisinde değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz.» (63). Bu nedenle mirasın açılması kavramının yorumuna gidildiğinde, «mirasın açıldığı an ve yerin» bu kavramın konusunu oluşturduğu sonucuna varılır. Mirasın açılması kavramına, mirasın açılması nedenlerini içeren maddi hükümleri ve bu alandaki usule ve şekle ilişkin hükümleri dahil etmek gerekir. Başka bir ifade ile mirasın açılması kavramına, öncelikle mirasın açılma sebeplerini dahil etmek gerekir. Bunun yanısıra bu kavrama ölümün isbatı, mirasın açılma yeri, tereke mallarının kıymetinin tesbiti yöntemi gibi usuli ve şekli işlemleri de dahil etmek gerekir (64).

MÖH - UK'da kabul edilmiş olan «mirasın açılmasına ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabidir» hükmünü doktrinde kabul edildiği gibi dar yorumlamak gerekir. Ancak mirasın açılması kavramını sadece açılma sebeplerine hasretmek de doğru olmasa gerekir. Çünkü mirasın açılma sebeplerinin gerçekleştiği yerde tereke ile ilgili

(62) TEKİNALP, age., sh. 221.

(63) ULUOCAK, MÖH., sh. 118.

(64) ULUOCAK, MÖH., sh. 118 vd.

olarak bazı (koruma tedbirleri gibi) usüli işlemlerin de yapılması gerekecektir. Bu nedenle mirasın açılma yeri hususunda da terekenin bulunduğu yer hukukuna yetki tanımak gereklidir.

Mirasın açılması ile ilgili diğer hususlar hangi hukuka tabi olacaktır? Mirasçılık ehliyetinin intikal kanununa göre tesbit edilmesi gerektiğini daha önce belirtmiştik. Mirastan mahrumiyet ve birlikte ölüm halinde mirasçılık durumu hususunda MH Ö- UK'nun yürürlüğe girmesinden sonra da doktrinde hakim görüş bu konuda intikal kanununun yetkili olduğu yolundadır (65).

2 — Mirasın İktisabı

Mirasın iktisabı konusunu önce Türk Medeni Kanunu bakımından, sonra ise Milletlerarası hukuk bakımından mirasın iktisabı bahsini inceleyeceğiz.

a) Türk Medeni Kanunu Bakımından Mirasın İktisabı

Mirasın iktisabı MK. m. 539 vd. düzenlemektedir. MK. m. 539'da mirasın iktisabı ile ilgili olarak iki ana prensip yer almaktadır. Bu prensipler; tüm olarak iktisap ve kendiliğinden iktisaptır.

«Miras açılınca mirasçılar onun tamamına sahip olurlar. Kanunda açıkça yazılı haller müstesna olmak üzere müteveffanın alacakları ve bircümle hakları ve zilyet bulunduğu malları mirasçılarına intikal eder» (MK. m. 539). Bu hükümden şu sonuca varılabilir. Mirasın terekesini oluşturan ve intikalleri mümkün olan bütün hak ve borçları ölüm ile birlikte hiçbir işleme gerek olmadan mirasçılarının mal varlığına geçer. Bu durumun tek bir istisnası vardır. O da terekenin borca batık olduğunun belli olması veya bunun etrafça duyulmuş olması halinde mirasçının bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmasıdır (MK. m. 545/c. 2) (66).

«Mirasçılarını müteveffanın borçlarından şahsen mesul olurlar» (MK. m. 539). Kanun bu hükümle külli halefiyet prensibini kabul etmiştir. Yani, mirasçıya intikal eden tereke borçlarından dolayı mirasçı, sadece tereke mevcudu ile değil, kendi malvarlığı ile de sorumlu tutulacaktır.

Mirasın iktisabı kavramına mirasın reddine ilişkin hususlarda dahildir. Bundan başka mirasın tutulan deftere göre kabulü ve mirasın resmi tasfiyesi ile ilgili hususlarda mirasın iktisabı kavramına dahil edilmektedir (67).

(65) TEKİNALP, age., sh. 223; NOMER, age., sh. 263.

(66) KÖPRÜLÜ, age., sh. 366; THKÖT'da da aynı ilke yer almaktadır (m. 523).

(67) OĞUZMAN, age., sh. 339.

Mirasın tutulan deftere göre kabulünde mirasçılardan tereke borçlarından dolayı sorumlulukları tutulan deftere geçen borçlarla sınırlandırılmaktadır. Defter tutulabilmesi için red hakkına sahip mirasçılardan birisinin talepte bulunması gerekir (MK. m. 559) (68).

b) Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mirasın İktisabı

Milletlerarası Özel Hukuk bakımından mirasın açılması bahsi EHVK'nun yürürlüğü sırasında verilen anlamı ve daha sonra ise bugünkü anlamını incelemeye çalışacağız.

aa) EHVK'da Mirasın İktisabı ve Tabi Olduğu Hukuk

Muvakkat Kanunda mirasın iktisabı ile ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde mirasın iktisabı başlığı altında mirasçının mirasa sahip ve zilyet olma şekilleri, mirasın reddi, defter tutma talebi, resmi tasfiye ve miras sebebi ile istihkak davası konuları incelenmiştir.

Mirasçının mirasa sahip ve zilyet olma şekilleri hususunda karşılaştırmalı hukukta iki değişik sistem kabul edilmiştir. Kara Avrupası Hukukunda miras murisin ölümü ile bir bütün olarak, alacakları ve borçları ile birlikte mirasçılara intikal eder. Bu intikal şekline külli halefiyet adı verilmektedir (MK. m. 535/1). Bununla beraber Amerikan ve İngiliz Hukuk sistemlerinde miras murisin ölümü ile birlikte otomatik olarak intikal etmez. Eğer muris vasiyeti tenfiz memuru (Executor) tayin etmiş ise bu memur; muris vasiyeti tenfiz memuru tayin etmeden ölmüş ise, tereke mahkemesi tarafından tayin edilen tasfiye memuruna (administrator) intikal eder. Bu memurlar mirasın idare ve tasfiye işlemlerini yaparlar (69).

Mirasçılardan mirasa sahip ve zilyet olmaları hususunda, hangi hukukun yetkili olacağına ilişkin olarak iki değişik görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, mirasçılardan mirasa sahip olmaları mülkiyet ve zilyetliğe ait bir husus olmayıp mirasa ilişkindir. Bu nedenle de intikal kanununa tabi olması gerekir (70). Diğer bir görüşe göre, terekenin iktisabı zilyetliğe ve mülkiyete ilişkin olması nedeni ile terekenin bulunduğu yer hukukuna (lex rei sitae) tabi olmalıdır (71).

(68) KÖPRÜLÜ, age., sh. 383 vd.

(69) ALTUĞ, Y., «New York Federe Devletinde Mirasın İntikalinden Doğan Kanunlar İhtilafı Meselesi» İHFM. 1962, s. 1 - 4, sh. 286 vd.

(70) ULUOCAK, MÖH., sh. 98.

(71) BERKİ, Kanuni Miras, sh. 53; SEVİÇ, V. R., Mirasla İlgili Kaideler, sh. 127; GÖGER, age., sh. 277.

Mirasçılardan mirası red edip edemeyecekleri, red süresi gibi hususlar da intikal kanununa tabi tutulmaktadır. Mirasın tutulan deftere göre kabulü ve bunun süresi de intikal kanununa tabidir (72).

Mirasın resmi tasfiyenin hangi hallerde istenebileceği de intikal kanununa tabi tutulmaktadır. Aynı şekilde miras sebebi ile istihkak davasının kimler tarafından açılabilceği, davanın açılma süresi vb.de intikal kanununa tabi tutulmuştur (73).

bb) MÖH - UK'da Mirasın İktisabı ve Tabi Olduğu Hukuk

Mirasın iktisabına ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi tutulmaktadır (MÖH - UK. m. 22/II). Mirasın iktisabı kavramına dahil olacak hususlar hakkında doktrinde görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe göre, mirasın iktisabı kavramı mirasın mirasçılar tarafından iktisabı olarak anlaşılmaktadır. Bu nedenle mirasın açılması ile terekenin mirasçılar tarafından otomatik olarak mı iktisab edileceği, yoksa terekenin Anglo - Amerikan Hukukunda olduğu gibi önce bir kuruma mı intikal edeceği hususu terekenin bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir (74). Diğer bir görüşe göre ise, mirasın iktisabı kavramına, mirasçılardan mirasa doğrudan mı, yoksa dolayısıyla mı (Anglo - Amerikan Hukuku) sahip olacakları hususu dahildir. Bunun yanısıra Medeni Kanunda mirasın iktisabı kavramı içerisinde kabul edilen mirasın reddi (ya da karşılaştırmalı hukuk açısından mirasın kabulü) konusu da mirasın iktisabı kavramı içerisinde mütalâa edilerek terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi olması gerekmektedir. Ayrıca defter tutma talebi, resmi tasfiyeye ilişkin hususlarda da malların bulunduğu yer hukukunun yetkisi kabul edilmelidir (75). Yani bu görüş daha geniş bir yorum getirmektedir.

Mirasın iktisabı kavramına, mirasçılardan mirasa sahip olma şekillerinin yanısıra mirasın reddine ilişkin hususların da dahil olması gerekir. Başka bir ifade ile mirasın reddi de terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi olmalıdır. Çünkü Türk Hukuku bakımından mirasın geçişi ile mirasçılar tarafından iktisabı aynı anda vuku bulmakta ve mirasçılara sadece red hakkı tanınmaktadır. Mirasçılardan açıkça kabul beyanına ihtiyaç du-

(72) TEKİNALP, age., sh. 198.

(73) BERKİ, O. F., Kanun İhtilafı, sh. 139; SEVİĞ, V. R., Mirasla İlgili Kaynaklar, sh. 127.

(74) NÖMER, age., sh. 263; TEKİNALP, age., sh. 227.

(75) ULUOCAK, MÖH., sh. 121.

yulan haller istisnadıdır. Demek ki, bu kabul veya red iktisapla sıkı sıkıya bağlı bir mesele olduğu için bunları birbirinden ayırmamak gerekir (76).

Miras sebebi ile istihkak davasının dayanağı davacının mirasçılığıdır. Bu davanın amacı mirasçılık hususundaki ihtilafın çözülmesi yani kimin üstün hak sahibi olduğunun tesbiti değildir. Davacı mirasçılığına dayanarak mirasçı sıfatı ile tereke mallarını ele geçirmek istemektedir. Yani bu dava mirasçının mirasçılıktan doğan haklarını korumayı amaçlamaktadır (77). Bu davanın açılma şartları ve süresi gibi hususlar da intikal kanununa tabi olmalıdır (78).

3 — Mirasın Taksimi

Bu başlık altında önce Türk Medeni Kanunu bakımından mirasın taksimi bahsini inceleyeceğiz. Daha sonra ise Milletlerarası Özel Hukuk bakımından mirasın taksimi bahsini inceleyeceğiz.

a) Türk Medeni Kanunu Bakımından Mirasın Taksimi

Türk Miras Hukukunda mirasın taksimi kavramına aşağıdaki hususlar dahil edilmektedir :

Medeni Kanununa göre mirasın açılması ile birlikte terekedeki bütün haklar ve borçlara geçerli olmak üzere bir miras şirketi kurulmuş olur. Mirasçı olarak tek bir kişinin bulunması halinde miras şirketi kurulmaz. Çünkü mirasçı bütün terekede halef olur. Mirasçılardan birden fazla olması halinde terekenin bölünüp mirasçılardan kişisel mameleklerine geçinceye kadarki safhada bütün mirasçılardan terekede hak sahibi olmaları dolayısıyla aralarında bir ortaklık ilişkisi olur. Mirasçılar arasındaki bu ortaklık ilişkisi iştirak halinde (elbirliği ortaklığı) mülkiyet hükmündedir. Mirasçılar miras şirketine hakim hükmü ile son verebilir (MK. m. 581 - 585) (79).

Mirasın taksimi hazırlıkları: Miras şirketinin devamını arzu etmeyen her mirasçı taksim davasını açabilir. Bu dava taksime rıza göstermeyen mirasçılara karşı açılacaktır (MK. m. 582).

Mirasta iade; Bir mirasçının, miras bırakanın hayatında (sağlığında), ondan, herhangi bir ivaz vermeksizin elde ettiği çeşitli (ölüme bağlı olmayan) kazandırmaları, mirasın taksiminde, mirasçılar arasında eşit-

(76) AYİTER, age., sh. 213 vd.

(77) AYİTER, age., sh. 213 vd.

(78) ULUOCAK, age., sh. 213 vd.

(79) OĞUZMAN, age., sh. 397 vd.

liği (payların denkleştirilmesini) sağlamak amacı ile aynen veya denk karşılığını terekenin (kapsamının) hesaplanmasında dikkate alınmak üzere geri verilmesini sağlayan bir kurumdur (80). Tanımdan da anlaşılacağı gibi, iade mükellefiyeti, kanuni mirasçılar arasında söz konusu olabilir. İade talebi kısıntısız bir miras hakkına kavuşmaya yönelik olduğu için mirasçılığa bağlı bir talep hakkıdır. Kanuni mirasçılar murisin sağlığında miras hisselerine mansup edilmek üzere almış oldukları bütün teberru-ları terekeye iade ile mükelleftirler (MK. 603) (81).

Murisin borçlarından dolayı mirasçıların sorumluluğu müteselsil olup bu sorumluluk sınırsızdır (MK. m. 616).

b) Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mirasın Taksimi

Milletlerarası Özel Hukuk açısından mirasın taksimi bahsini önce EHVK'nun yürürlüğu sırasında verilen anlamı ve daha sonra ise günü-müzdeki mevcut düzenlemeyi, inceleyeceğiz.

aa) EHVK'da Mirasın Taksimi ve Tabi Olduğu Hukuk

Türk Hukuk doktrinde mirasın taksimi başlığı altında taksim önce-si safha, taksim davası, mirasta iade ve tereke borçlarından dolayı mi-rasçıların sorumluluğu hususları incelemiştir.

Doktrinde terekenin taksiminden önceki safhanın münhasıran tere-kenin bulunduğu yer hukukuna tabi olacağı kabul edilmiştir (82).

Taksim davası, mirasçılar arasındaki ilişkileri ilgilendirdiği için inti-kal kanununa tabi olmalıdır (83). Murisin sağlığında, kanuni mirasçıla-ra, miras hisselerine mahsup edilmek üzere yaptığı teberru-ların iadeye tabi tutulup tutulmayacağı intikal kanununa tabi olmalıdır (84). İadenin şekli, mirasçıya tanınacak haklar da intikal kanununa göre belirlene-cektir.

Tereke borçlarından dolayı mirasçıların sorumluluğunun hangi huku-ka tabi olacağı hususu doktrinde ihtilafıdır. Bir görüşe göre, tereke borç-larından dolayı mirasçıların sorumluluğu intikal kanununa tabi olmalı-

(80) OĞUZMAN, age., sh. 393.

(81) AYİTER, age., sh. 242 vd.

(82) SEVIĞ, V. R., age., sh. 440; GÖĞER, age., sh. 277.

(83) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 141.

(84) SEVIĞ, V. R., Mirasla İlgili Kaideler, sh. 128; BERKİ, O. F., Kanuni Miras, sh. 58.

dır (85). Diğer görüşe göre ise, sorumluluk mahalli kanuna tabi olmalıdır (86).

bb) MÖH - UK'da Mirasın Taksimi ve Tabi Olduğu Hukuk

MÖH - UK'da mirasın taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi tutulmuştur (m. 22/II). Doktrinde terekenin bulunduğu yer hukukuna şu hususlarda yetki tanınmaktadır: Mirasın taksiminden önceki safhada mirasçılar arasındaki hukuki ilişkiyi malların bulunduğu yer hukuku tesbit edecektir. Aynı şekilde taksimin nasıl yapılacağı taksimin sonuçları da, mirasın taksimi kavramı içine dahil edilecek ve malların bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır. Bunların yanısıra miras hissesi üzerindeki temlikler ve tereke borçlarından dolayı mirasçıların sorumlulukları da malların bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır.

Mirasta iade hususunda iki değişik görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, mirasta iadeyi istisnanın kapsamına sokmak yani terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi tutmak doğru olmaz (87). Diğer görüş ise, mirasta iade mirasın taksimine dahil edilmiş ve mahiyeti itibarıyla bir kısmi taksim olarak görülmüş olduğu için bunun da terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi olması gerekir (88).

Mirasta iade talebinin amacı, «kısıntısız bir miras hakkına kavuşmak olduğu için mirasçılığa bağlı bir talep hakkı» (89) olarak görülmektedir. İade talebi mirasçılığa bağlı bir hak olarak görüldüğüne göre bu talep hakkının malların bulunduğu yer hukukuna tabi olmaması görüşü daha isabetli görünmektedir. Yani mirasta iade talebi intikal kanununa tabi olmalıdır.

Mirasçıların tereke borçlarından dolayı sorumluluğu terekenin bulunduğu yer hukukuna mı, yoksa intikal kanununa mı tabi olmalıdır?

Konu ile ilgili olarak doktrinde iki değişik görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, mirasçıların tereke borçlarından dolayı sorumlulukları malların bulunduğu yer hukukuna tabidir. Yani tereke borçlarından dolayı sorumluluk intikal kanununa, terekenin bulunduğu yer hukuku lehine getirilen istisnanın kapsamı içinde görülmektedir (90). Diğer görüşe göre ise, mirasçıların tereke borçlarından dolayı sorumlulukları intikal kanu-

(85) SEVİÇ, V. R., Mirasla İlgili Kaideler, sh. 131.

(86) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 142.

(87) TEKİNALP, age., sh. 228.

(88) ULUOCAK, age., sh. 136; NOMER, age., sh. 226.

(89) AYİTER, age., sh. 243.

(90) ULUOCAK, age., sh. 136; TEKİNALP, age., sh. 228.

nu hükümlerine göre belirlenmelidir (91). Mirasçılardan tereke borçlarından dolayı sorumluluklarını terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi tutmak alacaklıların menfaatlerini zedeleyebilir. Şöyle ki, terekenin farklı devlet ülkelerinde bulunması halinde mirasçılardan tereke borçlarından dolayı sorumlulukları değişik hukuk sistemlerine tabi olacaktır. Bu durum ise hem mirasçılardan hem de tereke alacaklılarının zararına sebebiyet verebilir. Örn: Fransız Hukukuna göre tereke borçlarından dolayı mirasçılardan sorumluluğu kendilerine düşen hisse oranı ile sınırlıdır. Türk Hukukunda ise mirasçılardan tereke borçlarından dolayı kural olarak sınırsız sorumludurlar. Fransa'da bulunan terekede mirasçı olanlar kendilerine düşen miras hisseleri oranında sorumlu olurken, Türkiye'de bulunan terekede mirasçı olanlar tereke borçlarından sınırsız sorumlu olacaktır. Murisin borçlarından dolayı Türkiye'de bulunan terekede mirasçı olanlar tüm borcu ödemek zorunda olacaktır. Ödedikleri bu borçları Fransa'da bulunan terekeye mirasçı olanlara ancak hisseleri oranında rücu edebileceklerdir.

Mirasçılardan tereke borçlarından dolayı sorumluluklarını mahalli kanuna tabi tutmak daha isabetli gibi görülmektedir. Çünkü alacaklılar murisin ülkede bulunan mallarına güvenmişlerdir. Yine tereke borçlarından dolayı sorumluluğu mahalli kanuna tabi olması alacaklıların menfaatindedir. Şöyle ki, alacaklılar terekeden olan alacaklarını daha iyi takip edebilirler. Bu durum ise alacaklıları daha iyi koruyacaktır.

B — ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR

Ölüme bağlı tasarruflar alanında intikal kanununun kapsamına giren hususları yukarıda incelemiştik. Bu başlık altında ise, ölüme bağlı tasarruflar alanında miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafında kabul edilen intikal kanununun uygulama alanı dışında kalan hususları inceleyeceğiz.

1 — Ölüme Bağlı Tasarruf Ehliyeti

Karşılaştırmalı hukukta genel olarak iki değişik ölüme bağlı tasarruf şekli kabul edilmektedir. Bunlar vasiyetname ve miras mukavelesidir. Ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin tabi olduğu hukuk bakımından bu iki türlü ölüme bağlı tasarruf arasında bir farklılık mevcut değildir (92). Kişinin ehliyeti genel olarak milli hukukuna tabidir (MÖH - UK, m. 8). Muvakkat Kanun zamanında da kişinin ehliyeti milli hukukuna tabi

(91) NOMER, age., sh. 263.

(92) ULUOCAK, age., sh. 130.

tutulmakta (m. 4) ve aynı şekilde ehliyet statüsünün ölümüne bağlı tasarruflarda da geçerli olacağı doktrin tarafından kabul edilmekteydi (93).

MÖH - UK'da ise, «Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tabidir» (m. 22/V), hükmü yer almaktadır. Burada görüldüğü gibi ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ile ilgili olarak MÖH - UK'nun kabul etmiş olduğu kural sabitleştirilmiştir. Başka bir deyişle, ölüme bağlı tasarruf ehliyeti tasarrufta bulunanın, tasarrufu yaptığı andaki milli hukukuna tabi tutulmuştur. Bu kuraldan anlaşıldığına göre, kişi ölüme bağlı tasarrufu yaptıktan sonra tabiiyet değiştirse dahi, önceki tabiiyetinde iken yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf geçerli olacaktır. Yani, yapıldığı anda ehliyet açısından muteber olan bir ölüme bağlı tasarrufun, sonradan milli kanunun değişmesi ile geçerliliğinin tartışma konusu yapılması önlenmiştir (94).

Yukarıda izah ettiğimiz gibi, miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında, intikal kanunu kural olarak ölenin milli hukuku şeklinde kabul edilmiştir. Ölüme bağlı tasarruflar alanında ise, tasarrufun yapıldığı andaki milli hukuk kabul edilmiştir. Burada ilk bakışta bir ahenk var gibi gözükmektedir. Ancak bu iki kural arasında iki bakımdan ahenk mevcut değildir. Şöyle ki :

İlk olarak, miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında intikal kanunu olarak murisin ölümü zamanındaki milli hukuku kabul edilmiştir. Oysa ölüme bağlı tasarruf ehliyetinde ise, tasarrufun yapıldığı andaki milli hukuk yetkili kılınmıştır. Bu ikisi arasındaki fark murisin ölüme bağlı tasarrufu yaptıktan sonra tabiiyet değiştirmesinde ortaya çıkar (95). İkinci olarak, MÖH - UK, m. 44/1 - c. 2'de Türkiye'de bulunan gayrimenkuller bakımından intikal kanunu olarak Türk Hukukuna yetki tanınmıştır. Bu nedenle gayrimenkullere ilişkin olarak yapılacak ölüme bağlı tasarruflarda tasarruf yapanın ehliyeti, gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna göre değil, tasarrufun yapıldığı andaki milli hukuka göre tesbit edilecektir (96).

Ölüme bağlı tasarruf lehdarının ehliyeti ise, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna göre tesbit edilmelidir (97).

2 — Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekli

Ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin olarak MÖH - UK'da iki de-

(93) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 130; GÖĞER, age., sh. 274.

(94) TEKİNALP, G., «MÖH-UK Tasarısı» İHFM 1978, C. XLIV, s. 1 - 4, sh. 112.

(95) TEKİNALP, age., sh. 230.

(96) NÖMER, age., sh. 267.

(97) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 130 vd.

ğişik bağlama kuralı kabul edilmiştir. Buna göre, «Ölüme bağlı tasarrufların şekli 6. madde hükmüne bağlıdır. Ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir» (22/IV). Bu hükme göre, ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin olarak, genel şekil kuralları anında ölenin milli hukukuna da yetki tanınmıştır.

Hukuki işlemlerin şekli başlığını taşıyan MÖH - UK. m. 6'ya göre, hukuki işlemler yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir» hükmü yer almaktadır. Bu hükümde hukuki işlemlerin şekline ilişkin olarak iki değişik bağlama kuralı kabul edilmiştir. Bunlardan biri «Locus regit actum (LRA)», yani hukuki işlem yapıldığı yer hukukuna tabidir kuralıdır. İkincisi ise, Lex causae yani hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk (hüküm statüsüdür) tur (98).

Bu açıklamalardan sonra ölüme bağlı tasarrufların şekli hususunda kabul edilen yetkili hukukları şu şekilde belirtebiliriz :

İlk olarak, ölüme bağlı tasarruf muamelesinin yapıldığı yer hukuku; ikinci olarak, ölüme bağlı tasarruf muamelesinin esasına uygulanacak hukuk (intikal kanunu); son olarak da, tasarruf muamelesini yapan kişinin (murisin) milli hukukuna yetki tanınmaktadır. Başka bir ifade ile ölüme bağlı tasarruflar, bu üç hukuktan herhangi birisine uygun olarak yapılmış ise, şekil açısından geçerli bir tasarruf olarak kabul edilecektir (99). Ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin olarak, böyle alternatif bağlama kurallarının kabul edilmesi ölenin son arzularına imkan nisbetinde geçerlilik tanıma eğiliminin bir sonucudur (100).

Muvakkat Kanun zamanında, doktrinde ölüme bağlı tasarrufların şekli hususunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak doktrinde iki değişik görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre Locus regit actum ve ölenin milli hukuku alternatif bağlama kuralları olarak kabul edilmelidir (101). Diğer görüşe göre ise Locus regit actum kuralı münhasıran uygulanmalıdır (102).

(98) CİMCOZ, S., «Vasiyetten Doğan Kanun İhtilafı», İBD. 1975, C. 49, s. 7-8; sh. 615 vd.; TEKİNALP, age., sh. 231.

(99) ULUOCAK, age., sh. 140.

(100) ULUOCAK, age., sh. 141.

(101) TEKİNALP, age., sh. 202.

(102) BERKİ, O. F., Kanunlar İhtilafı, sh. 130.

SONUÇ

Karşılaştırmalı hukukta, miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında, yetkili hukukun tesbitine ilişkin olarak dört değişik sistem kabul edilmektedir. Ancak bu sistemlerin hemen hepsinin de çeşitli mahsurları bulunmaktadır. Söz konusu mahsurların sebebi, miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında ortak bir uygulamanın sağlanamamasından kaynaklanmaktadır.

Türk Hukukunda EHVK'nın yürürlükte olduğu süre içerisinde ikili ayırım (menkul gayrimenkul mallar ayırımı) kabul edilmekteydi. MÖH - UK. m. 22'de ise, ne tam anlamı ile birlikte sistemi ne de tam anlamı ile ayırıcı sistem kabul edilmiştir. Kural olarak **Milli Hukukun** uygulanması gerektiği kabul edildikten sonra, buna Türkiye'de bulunan gayrimenkul tereke bakımından Türk Hukuku lehine istisna getirilmiştir. Bu çalışmamızda, menkul mirasın mirisin milli hukukuna, gayrimenkul mirasın ise, gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna tâbi olması gerektiğini savunduk.

Yine Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatımızda terekenin bulunduğu yer hukuku lehine üç önemli istisna getirilmiştir. Bu istisnalar; mirasın açılması, iktisabı ve taksimi hususlarına ilişkin hükümler itibariyle öngörülmüştür. Bu kavramların, medeni hukuktaki anlamlarına göre değil, düzenleme alanlarının farklı olması nedeniyle daha dar yorumlanmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Çünkü, medeni hukuktaki gibi geniş anlayacak olursak intikal kanunu olarak kabul ettiğimiz **Milli Hukuk** prensibine çok geniş bir istisna getirmiş oluruz. Aynı şekilde mirasçıların tereke borçlarından dolayı sorumluluklarının da terekenin bulunduğu yer hukukunun uygulama alanına dahil olması gerektiği kabul edilmiştir.

Ölüme bağlı tasarruflar alanında ise; ölüme bağlı tasarrufların şekli (kanun hükmü gereği m. 22/4) yapıldığı yer hukukuna, mirisin milli hukukuna ya da ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanacak hukuka (lex causae) tâbi olmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların hükmü ise intikal kanununun uygulama alanına dahil olmaktadır.

MARKALARDA İLTİBAS

Arş. Gör. Sami KARAHAN (*)

I — HÜKMÜN KONULUŞ AMACI

Yeni bir mal veya hizmet piyasada tutulduğu, müşteriler tarafından cazip bulunup, satışı arttığı zaman, bu mal veya hizmeti temsil eden markanın rakip müesseseler tarafından taklit edilmeye çalışıldığı görülür. Bunda amaç, sevilen marka altında halkın teveccühünü kazanmış olan malın piyasasından haksız surette yararlanmaktır. Bu suistimallere karşı, müteşebbisin tek silahı ise, marka ve haksız rekabet hukuku kurallarıyla getirilmiş bulunan hukuki ve cezai müeyyidelerdir. Bununla beraber gerek marka ve gerek haksız rekabet hukuku istenildiği kadar bu suistimalleri önlemeye çalışsınlar, bu fiilleri işleyenlere hukuki ve cezai müeyyideler uygulansınlar, yine de şu veya bu şekilde marka üzerinde suistimaller sözkonusu olur.

Bundan dolayı, müteşebbisler yeni bir mal veya hizmeti piyasaya arzederken, suistimalleri en az düzeye indirerek semereleri elde etmeyi düşünürler. Yani bir anlamda semerelerin bir kısmının başkaları tarafından elde edilmesine, istemiyerek, de olsa razı olmak durumundadırlar. Bununla beraber, müteşebbislerin asıl etkilendikleri ve kesinlikle razı olamayacakları asıl husus, iltibas teşkil eden kalitesi düşük mal ve hizmetlerin, kendisine ait mal ve hizmetler ile karıştırılarak, kaliteli mal veya hizmet politikası sayesinde kazanmış oldukları müşterilerin teveccühünü kaybetmeleridir.

II — KAVRAM

Yürürlükten kaldırılmış olan Alâmeti Farika Nizamnamesinde (AFN) iki çeşit tecavüz halinin varlığı kabul edilmişti. Nizamnamenin 14 üncü maddesi «...alâmetleri taklit edenlerden...». 15 inci maddesi ise «...bir alâmetin yalnız resmini tağyir... edenler»den bahsetmektedir. Yukarıdaki hükümlerin incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, AFN ikili bir ayırım yapmış ve taklit fiilinin cezasını daha yüksek tutmuştu (1).

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

(1) 1857 ve 1964 tarihli Fransız Kanunlarında da tecavüz halleri, taklit ve tağ-

Taklit, markanın aynen veya aynen denecek kadar benzeri bir şekilde kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesidir. Tağyir ise, markanın değiştirilerek kullanılmasıdır. Ayrıca, markada bazı değişiklikler yapılmakla beraber, genel görünüş itibariyle müşterilerin aldanması, bir marka yerine diğerini alması, yani bir işletmenin malları yerine diğer bir işletmenin mallarını alabilmesi ihtimalinin doğması halinde de tağyir sözkonusu olur.

Yargıtay AFN'de iltibasın düzenlenmediğine ilişkin kararlar vermiş olmakla beraber, kanaatimizce, yukarıda kısaca özetlenmeye çalışılan tariflerden de anlaşılacağı gibi, AFN'de dahi iltibas fiili düzenlenmiş bulunmaktaydı (2).

Diğer yandan, TTK 57/5, «iltibasa meydan verebilecek surette marka kullananın» haksız rekabete sebebiyet vereceğini hükme bağlamaktadır. Maddedeki iltibas ifadesi hem taklidi, hem de tağyiri ihtiva etmektedir (3). Zaten, iltibasın, taklidi, yani aynen veya cüz'i surette değiştirilmiş şeklini kullanmayı kapsadığı genellikle kabul edilmektedir (4).

551 sayılı Markalar Kanunu (Mar. K.) ise, ikili bir ayırım yaparak, bir markanın aynen kullanılması ile benzerinin kullanılmasını birbirinden ayırmıştır (m. 5, m. 47).

yir olarak iki kısma ayrılmıştır. Bu kanunlarda da taklide, tağyire nazaran daha fazla ceza verilmektedir.

- (2) Oysa Yargıtay E. 1859, K. 4813 ve 30.12.1961 tarihli kararında, iltibas iddiası halinde, AFN hükümlerinden yararlanamayacağını şu cümlelerle ifade etmektedir: «TTK'nun haksız rekabet ile ilgili hükümlerinden 58 inci maddenin tatbik edilebilmesi için ise, iltibas dolayısıyla davacının elde ettiği faydaya değil, bundan dolayı davacının uğradığı zarar ve muhtemel zarar tehlikesine bakmak gerekir. Dolayısıyla Coca Cola ile Koka Kola arasında iltibas bulunmakla beraber, AFN'de iltibas hakkında hüküm bulunmaması nedeniyle, TTK'daki haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerekir.»
- (3) Yargıtay eski tarihli bir kararında aksi görüşü şu cümlelerle savunuyordu: «...iki ambalaj arasında birbirine benzeyen bazı unsurlar olmayıp da her ikisi yek diğerinin aynı olsa idi, bu taktirde iltibas değil, taklit bahis mevzuu olurdu», TD. 11.12.1959, E. 2914, K. 1959/3176. (Batider 1970, S. 3, s. 5410; Bununla beraber, Yargıtay'da şimdi bizim savunduğumuz görüşü benimsemiş bulunmaktadır: «...her ne kadar TTK'nun haksız rekabete ilişkin 57/ inci maddesi hükmüne göre, iltibasa mahal verecek marka kullananı bir haksız rekabet çeşidi olarak kabul edilmişse de anılan bu madde hükmü, ancak taklit yoluyla kullanılan ikinci markanın tescilsiz olması halinde uygulanması mümkündür», 11. HD. 1.6.1982, E. 1982/1978, K. 1982/2664, (YKD. 1982, C. VIII, B. 8, s. 1132).
- (4) ÖCAL, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara 1967, s. 109; KARAYALÇIN, Ya-

Mar. K. ile getirilen önemli bir değişiklik de AFN'de bulunan, taklit ve tağyir fiillerine farklı ceza uygulanmasının kaldırılarak, aynen kullanma ile benzerini kullanma arasında cezai yönden bir ayırım yapılmamasıdır (m. 51/b). Dolayısıyla bu ayırım artık önemini kaybetmiştir. Ancak iki açıdan önemini muhafaza etmektedir (5).

— **Bilirkişi incelemesi açısından** : Türk Mahkeme içtihatlarında hakim olan görüşe göre, markalarda bariz benzerlik bulunursa, bilirkişi incelemesine gerek yoktur (6). Bu durum dışında bir benzerlik bulunup bulunmadığı bilirkişi vasıtasıyla tayin olunmalıdır (7).

— **İspat açısından** : Aynen kullanma halinde iltibas zaten mevcut olduğu için, ispatına da gerek yoktur. Bu nedenle iltibasın mevcut olup olmadığının araştırılması, ancak benzer markanın kullanılması halinde sözkonusu olabilir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında, önce her iki iltibas hali açısından geçerli olan emtia ve alıcı kavramları üzerinde duracağız. Bundan sonra teker-teker iltibas teşkil eden fiilleri incelemeye çalışacağız.

III — EMTİANIN NİTELİĞİ AÇISINDAN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

A — Genel Olarak

Markaların korunmasında emtia kavramı büyük önem taşır. Zira, korumanın sınırlarını bu kavram tesbit edecektir. Markanın mutlak olarak korunması durumunda, ilgili markanın her çeşit emtia üzerinde kullanılması yasaktır. Buna karşılık, koruma mutlak olmazsa, ilgili marka sadece belirli emtia veya emtia sınıfları üzerinde koruma açısından bir hak bahşedecektir.

Bu konuda Türk Hukukunun ve dolayısıyla geniş olarak Mar. K'nun sistemine değinmeden önce, Fransız ve İsviçre Hukuklarındaki düzenle-

şar, Ticaret Hukuku, I. Ticari İşletme, 3. B. Ankara 1968, s. 461.; MİMAR-OĞLU, S. K., Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, 3. B, Ankara 1978, s. 399; ARSEVEN, H., Narazi ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 139;

Aksi görüşü savunan TANSI'ya göre ise, taklit ve iltibas aynı şeyler değildir. Taklitte benzerlik, hemen aynıyet vardır. İltibasta bir aynıyet değil, yakınlık, hatta uzak bir benzerlik yeterlidir. Bkz. TANSI, Ö. C., Ticaret Hukukunda Alameti Farika İltibasları, İstanbul Barosu Dergisi 1965, C. XIX, s. 5, s. 301.

(5) ÖCAL, Himaye s. 108.

(6) TD. 14.3.1963, E. 62/4103, K. 63/1419, (DOĞANAY, İ., TTK. Şerhi, Ankara 1981, s. 177).

(7) bkz. dpn. 36 - 37.

meleri, uygulamalarından da örnekler vermek suretiyle anlatmaya çalışacağız.

B — Fransız Hukukunda Konunun Düzenlenişi

Fransız Hukukunda, korumanın tescilde belirtilmiş olan emtia ile sınırlandırılmış olduğu prensibi kabul edilmiştir (8). Fakat, mahkeme kararları, korumanın benzer mallarda kullanım açısından da geçerli olduğunu kabul ederek, markalara sağlanmış olan korumanın sınırlarını genişlettiler (9). Bu kararlara göre markanın benzer emtia üzerinde kullanılması, müşteri zihninde bir karışıklık doğuruyorsa, koruma benzer emtialara doğru genişletilebilir. Ancak müşteri zihninde böyle bir karışıklık ihtimali yoksa, markanın sicile kaydı yapılmış emtia için koruma sağlayacağı kabul edilmektedir (10).

Fransız Hukukunda hangi emtiaların benzer (11), hangi emtiaların benzemez (12), olduğuna karar verilirken, bazen emtianın niteliği, bazen emtianın kaynağı, bazen de emtianın tahsis ciheti kriter olarak alınmıştır.

Tanınmış markalarda ise, daha geniş bir koruma sağlamanın gerekli olması dolayısıyla, gerek mahkeme icihatlarında, gerek 1964 tarihli yeni Fransız Kanununda, Paris Andlaşması m. 6 anlamında, tanınmış markaların mutlak olarak korunmaları kabul edilmiştir. Ancak, bu koruma Mar. K.'na göre değil, haksız rekabet hükümlerine göre yapılacaktır (13).

C — İsviçre Hukukunda Konunun Düzenlenişi

İsviçre Hukukunda da markalara sağlanan koruma, bazı emtia ile sınırlandırılmıştır. İsviçre Mar. K. m. 6/1'de sözkonusu edilmiş olan husus, tamamen farklı içerikte olan emtia da tatbik edilmeyecektir. Diğer

(8) TARNEC, A. L., (çev. ÖCAL, A.), Markalara Sağlanan Himayenin Benzer Mamullere Teşmili, Esader, 1966, S. 1, s. 234.

(9) TARNEC, s. 234.

(10) TARNEC, s. 237.

(11) Aşağıda belirtilen emtia Fransız mahkemelerince benzer kabul edilmişlerdi: Otomobillerde kullanılan yağ ile yakıt, stiloğraf ile jilet, gıda maddeleri ile hayvan besleme maddeleri, likör ile şekerleme ve çikolata, viski ile, sigara, saat ile optik sanayi maddeleri, keten ipliği ile pamuk ipliği, gofret ile çikolata, bisküvi ile biskot vb., (ÖCAL, Himaye s. 41.).

(12) Aşağıda belirtilen emtia Fransız mahkemelerince benzemez kabul edilmişlerdi: Deniz altında balık avlama malzemesi ile optik aletler, otomobil yağları ile ambütissaj yağları, çay ile kahve, şampanya ile köpüklü şarap, hesap makineleri ile büro malzemeleri, uçak yakıtı ile otomobil benzini, viski ile ayakkabı vb. (ÖCAL, Himaye s. 41.).

(13) ÖCAL, Himaye s. 42 - 43.

bir ifade ile, markaların tahsis edildikleri emtia tamamen farklı nitelikte ise, tescil edilecek markanın, daha önce tescil edilmiş markadan asli karakterleri itibariyle farklı olmasını aramaya gerek yoktur (14).

Tamamen farklı emtiadan ne anlaşılması gerektiğini ise, Federal Mahkeme kararları ortaya koymaktadır. Bunlara göre, aynı müteşebbisin malı olduğu düşüncesinin uyanma ihtimalinin olmadığı durumlarda emtia tamamen farklı niteliktedir (15). Yine Federaj Mahkemeye göre, tahsis ciheti aynı veya benzeri olan emtia tamamen farklı nitelikte sayılmazlar (16). Görüldüğü gibi, farklı nitelikte olup olmadıklarını tesbit açısından, emtianın sadece maddelerini değil, aynı zamanda onların iktisadi görevlerini de gözönünde tutmak gerekir. Bu konuda, bilimsel sınıflandırmalara, uzmanların, imalatçıların, toptancıların ve hatta perakendecilerin ortaya koymuş oldukları ayırmalara değer vermemek gerekir. Emtia halk için piyasaya arz edilmiştir. Emtiayı çıkaran için önemli olan halkın yapacağı seçimdir. Bu bakımdan, meselenin çözümünde, sadece halkın görüşleri ve değerlendirmeleri, yaptığı ayırmalar, bildiği ve kullandığı sınıflandırmalar önem taşır (17).

Tanınmış markalarda koruma, ancak markanın aynı yada benzeri emtia için kullanılması halinde sözkonusu olmaktadır. Markanın tamamen farklı nitelikte bir emtia üzerinde kullanılması halinde ise, markayı ilk kullanan buna Mar. K. hükümlerine dayanarak engel olamamaktadır. İsviçre Mar. K.'nun tanınmış markaların korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemesi nedeniyle, İsviçre'de tanınmış markalar haksız rekabet hükümleri ile korunmaktadır.

D — Türk Hukukunda Konunun Düzenlenişi

1 — Alâmeti Farika Nizamnamesinde

Yürürlükten kaldırılmış olan AFN m. 8 «...işbu alâmet ve mekûte ma-

(14) Federal Mahkemenin kararları da kanunun hükümlerini teyit etmektedir. Örneğin, «Bir dezenfektan ile bir romatizma ilacı eczane malları kategorisine girerler ve dolayısıyla tamamen ayrı cins mal sayılmazlar. Bu bakımdan bu mallar ayrı ayrı işletmeciler tarafından üretiliyorsa, benzer markaların kullanılmasına konu olamazlar. Zira, malların aynı teşebbüsün üretimi olduğu kanaati uyanabilir.», Fed. Mah. 20.11.1951, JdT. 1952 I 264. (KANİTİ, S., İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları, Batider, 1961, S. 2, s. 240).

(15) Jdt. 1933 I 425, JdT. 1935 I 409, JdT. 1952 I 264, JdT. 1939 I 628, JdT. 1931 I 236, (KANİTİ, s. 235 - 250).

(16) JdT. 1951 I 442, (KANİTİ, s. 240).

(17) JdT. 1931 I 236. (KANİTİ, s. 239).

mûlat ve eşya için iştimal edeceğini mezkûre kayıt ve tahrir...» diyerek, marka hangi cins eşya için kullanılacaksa, bunun kaydedilmesi gerektiğini belirtmekteydi. 15 inci madde ise, «...eşya ve emtianın cinsi hakkında müşteriyi aldatmak niyetiyle bir cinsde mahsus alâmeti diğer bir cinsde vazedenler»e cezai müeyyidelerin uygulanacağını kabul ediyordu. Ayrıca 19 uncu madde de ikinci bir müeyyide düzenlenerek, bir cinsde ait markanın diğer cinsde konulması halinde bu çeşit markaların iptali cihetine gidileceği hükme bağlanıyordu.

AFN'de ifadesini bulan aynı cins emtia ibaresinden ne anlaşılacak gerektiği ve korumanın aynı cins emtia ile sınırlandırılabilip sınırlandırılmıyacağı doktrinde tartışmalara yol açmıştı. Bazı yazarlar, korumanın sadece aynı cins emtia ile sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerlerken (18), diğer bazı yazarlar, aranılacak unsurun eşya ve emtianın cinsi hakkında müşteriyi aldatmak olduğunu, bunun varlığı halinde emtiaların aynı cins olmasına gerek olmadığını söyleyerek, korumanın aynı cins emtiayla sınırlı olmadığını belirtmekteydiler (19).

Aynı cins emtiayı tesbitte, kullanılan malzeme ve imal tarzı bir rol oynamayıp, ancak emtianın değişik işletmeler tarafından aynı veya birbirine benzeyen bir tarzda satışa arz edilip edilmediği, bunların aynı halk tabakası tarafından alınıp alınmadığı ve bu kimselerin bu iki şeyin aynı işletmeye ait olup olmaması bakımından hataya düşmek ihtimalinin mevcut bulunup bulunmaması gibi hususlar önemliydi. Yani, iki malın hitap ettiği alıcılar ile, tahsis edildikleri gayeler aynı ise, o iki mal aynı cinsten sayılırdı.

2 — Markalar Kanununda

Mar. K.ndaki durumu, önce kanunun sistemi, sonra bu sisteme getirilmiş olan istisnaları ele alarak inceleyeceğiz.

a — Kanunun Sistemi

551 sayılı Mar. K.'nun değişik maddelerinde emtianın özelliklerinden bahsedilmektedir. Gerçekten 5 inci madde, «Aynı emtiaya müteallik...» diye başlarken, 17 inci madde marka sahibinin, «...sicilde gösterilen emtiaya müteallik olmak şartıyla markasından faydalanma hakkı...» oldu-

(18) «...nitekim, aynı markanın, aslında olduğu gibi, yahut da şeklini biraz değiştirerek, muhtelif teşebbüsler tarafından kullanılması caiz ise de, bu markaları taşıyan eşyanın aynı cinsten olmaması şarttır», (HIRSCH, E, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. B, İstanbul 1948, s. 157).

(19) ÖCAL, Himaye s. 45; ARSEVEN, s. 148.

ğunu belirtmektedir. Aynı şekilde 25 inci maddede de, «Bir markanın tescilli için... markanın kullanılacağı emtia yazılır» denilmektedir (20).

Bilindiği gibi, Dünya'da markaların tescili iki ayrı sistem üzerine yapılmaktadır. Biri emtia sınıfı sistemi, diğeri emtia sistemi, Mar. K.'da taslak halinde TBMM'ye gönderilirken, emtia sınıfı sistemi kabul edilmiştir (21). Ancak, TBMM emtia sınıfı sistemini kabul etmemiş ve emtia esasına dayanan sistemi kabul etmişti. Dolayısıyla kanunun sistemine göre, marka sahibi, markasının ancak sicilde gösterilen aynı emtia üzerinde kullanılması halinde korunma imkanına sahiptir. Yoksa, markanın aynıının veya benzerinin, başka bir emtia üzerinde kullanılması halinde marka korunmamak gerekir. Oysa, gerek Yargıtay ve gerekse Danıştay, emtia sistemini, emtia sınıfı sistemi olarak yorumlamakta ve birçok markaların tescilini iltibas vardır diye red şeklinde hükme bağlamaktadır (22). Ayrıca Danıştay'ın görüşü henüz bir istikrara da kavuşmamıştır. Örneğin, bir kararında oksijenli sabun tozu ve sabun ile deterjan aynı emtia-

(20) Aynı esas Mar. K.'ndaki başka maddelerde de tekrarlanmıştır: m. 15/2, «Şu kadar ki, başka şahıs, aynı emtia için aynı markayı...» derken, m. 34/2, «...hangi emtia için tescil edilmişse o emtianın tamamı için...» ve m. 41, «Sicil kaydı terkin edilen marka aynı emtia için kullanılamıyacağı gibi...» demektedir.

(21) «Aynı veya mevzu itibariyle yakın emtia sınıfına taalluk etmek kaydıyla...» (ERTEN teklifi), (DERİCİOĞLU, H., Marka Mevzuatımız ve Tatbikatı, C. I Mevzuat, Ankara 1967, s. 41).

(22) «...diğer taraftan kanunun 5 inci maddesi aynı emtia ibaresi ile, beynelminel tasnifte aynı grupta yer alan eşyaların tamamı kastedilmiş olduğundan, nebati yağlarla, tereyağını birbirinden ayrı emtia olarak kabul etmeye imkan bulunmamaktadır. Aksine bir yorumun kanun hükmünün sevkinden beklenen halkın aldatılmasını önleme gayesini gerçekleştirme imkanından yoksun kılacağı tabiidir. Bu sebeple tereyağı ile hidrojen yağı ve margarinin aynı emtia sayılamayacağı, binnetice tescil talebinin reddi için kanunun aradığı şartların gerçekleşmediği yolundaki davacı iddiası kabule şayan görülmemiştir.» Danıştay 12. D. 21.1.1969, E. 968/1918, K. 969/732, (SAĞLAM, M. A., Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1967, s. 36 - 37).

DERİCİOĞLU, Danıştay'ın bu kararını şu ifadelerle şiddetle eleştirmektedir: «Danıştay'ca görülüp onaylandıktan sonra yürürlüğe konulan gıda maddeleri tüzüğü dahi, tereyağı ile margarini aynı kabul etmemiş ve ayrı ayrı bölümlerde, yani tereyağına hayvani kaynaklı olarak sütlü maddelerde, margarine ise, nebati yağlarda yer vermiştir. Standartları ayrı ayrı olan maddelerin özellikleri de ayrıdır ve aynı emtia sayılmalarına imkan yoktur», (DERİCİOĞLU, H., İhtira ve Marka Mevzuatındaki Aksaklıklar, TC. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Eğitim Yayınları 4. Patent ve Markaların Kullanılması Sempozyumu 1975, s. 201).

dır derken (23), aradan uzun bir müddet geçmeden, başka bir dava dolayısıyla, bu defa, sabun ile deterjan aynı emtia değildir demektir (24). Bununla beraber, Danıştay'ın aynı emtia kavramını, emtia sistemi olarak değil, emtia sınıfı sistemi olarak kabul ettiği kanaatine varabiliriz (25).

Doktrinde de bu konuda henüz bir görüş birliği temin edilememiştir. Gerçekten bazı yazarlar Danıştay'ın bu konudaki tutumunu eleştirirken (26), bazı yazarlar Danıştay gibi, korumanın benzer emtialara doğru yayılmasını savunmaktadırlar (27).

Markayı korumanın sadece aynı emtia ile sınırlı olmasını adaletsiz bulan ve korumanın Fransız Hukukunda olduğu gibi benzer emtialara doğru genişletilmesini isteyen yazarlara göre (28), aynı emtia kavramı dar bir anlam ifade etmektedir. Oysa bu durum müşterilerin zihinlerinde bir karışıklığın doğmasına sebep olabilecektir. Örneğin sabun ile deterjan üzerinde aynı markayı gören alıcı, büyük ihtimalle bu emtianın aynı teşebbüs tarafından üretildiğini sanacaktır. Zira söz konusu emtia aşağı yukarı aynı amaçlarla tüketilir. Aynı teşebbüsün her iki emtiayı birden

(23) «...her ikisi de çamaşır yıkamakta kullanılan temizleyici, beyazlatıcı oksijenli sabun tozu ile deterjanın, kimyevi terkip bakımından farklı oldukları ileri sürülüyorsa da, 551 sayılı kanunun 5 inci maddesi emtia için aynı terkipte olmasını şart koşmadığı gibi, kabul edilen standartta ancak emtianın kalitesini ve hangi esaslar dahilinde imal edileceği ve satışa arz edileceği hususlarını tesbit eder. Bu sebeplerle... aynı emtiaya müteallik markalar arasında ilk bakışta benzerlik görüldüğünden...» Da. 12. D. 23.3.1971, E. 969/1693, K. 971/697. (SAĞLAM, s. 42).

(24) «Sabunlarda kullanılmak üzere tescilli istenen güzellik kelimesi ile deterjanlar için tescilli güzel markası, biçim, telaffuz ve mana itibariyle ilk bakışta tefrik edilemeyecek bir benzerlik arzetmesine ve her iki kelimenin marka olarak üzerine konulacağı emtianın birbirinden farklı olmasına göre... Da. 12. D. 21.6.1971, E. 1970/3941, K. 1971/1540, (Danıştay 12. Daire Kararları, I. Kitap, C. I, Danıştay Başkanlığı, Ankara 976, s. 526).

Yukarıda zikredilen karara eklenen azlık oyuna göre ise, «Aynı emtiayı karşılayan sabun ile deterjanı birbirinden ayrı emtia olarak kabul etmemeye imkan olmamasına, bir gruba dahil her iki emtiayı kendi içlerinde de tasnife tabi tutmak ve herbirine ayrı bir marka vermek halkın aldatılmasına yol açacağına ve bir gruba dahil uyumsuzluk konusu herbir emtiaya marka olarak verilmek istenen güzel ve güzellik kelimelerinin mana ve telaffuz itibariyle birbirine fazlasıyla benzer bulunmasına binaen...».

(25) «...diğer taraftan aynı emtia kavramını, davacı tarafın iddia ettiği gibi dar bir çerçeve içinde düşünmek Mar. K.nun özüne ve amacına aykırı olur.» Da. 12. D. 17.5.1972, E. 971/3333, K. 972/1466, (SAĞLAM, s. 48).

(26) DERİCİOĞLU, Sempozyum, s. 92, «Standartları ayrı olan emtia, hiçbir zaman aynı emtia değildir.».

(27) ÖCAL, Himaye s. 54 - 55.

(28) ÖCAL, Himaye s. 54 - 55.

piyasaya sürme ihtimali çok yüksektir. Kaldı ki, birbirine yakın olan emtia-
adan birini üreten teşebbüsün bir diğerini piyasaya sürmesi her zaman
düşünülebilir. O halde, emtia sistemini kabul edersek, malik böyle bir
genişlemeyi düşünmeyip, markasını sadece sabun için tescil ettirmişse,
sonradan aynı markayı deterjanlar üzerinde kullanamayacaktır (m. 17).
Bu arada başka bir şahıs aynı markayı deterjan için tescil ettirmişse, o
zaman da yeniden tescil imkanı bulamayacaktır. Aksi düşünüldüğü takdir-
de, yani emtia sınıfı sistemi kabul edildiğinde ise, gerek marka sahibi ve
gerek zihinlerinde karışıklık meydana getirilerek yanlış emtia almaya
sevk edilen müşteriler korunmuş olacaktır.

Kanunun emtia sistemini kabul etmesi karşısında, bütün bu söyle-
diklerimiz birer temenni ve tavsiyeden ibaret kalmakla beraber, kanaati-
mizce, Danıştay'ın bazı kararlarında da belirtildiği gibi, aynı emtia kav-
ramını dar değil, emtia sınıfı veya benzer emtiayı da kapsayacak şekil-
de geniş yorumlamak gerekir (29). Bununla beraber, yargı kararları hala
istikrara kavuşmadığı için, marka sahibi suistimallere maruz kalmamak
maksadıyla bazı tedbirler almak zorundadır :

İlk olarak, marka sahibi markasını sadece bir emtia için değil, fakat
ileride üretimine geçmeyi düşündüğü emtiayı da kapsayacak şekilde tes-
cil ettirebilir. Ancak bu durumda da karşımıza m. 18/3'deki, «Markanın
kullanılmasına, haklı bir sebep bulunmaksızın üç seneden fazla ara ve-
rilemez» hükmü çıkmaktadır. Gerçekten böyle bir markanın sicil kaydının
terkini, kullanılmadığı gerekçe olarak gösterilerek mahkemeden talep
edilebilir. Oysa tüm marka sahiplerine koruyucu markalar olarak da isim-
lendirilen markalar sayesinde, markalarına benzer olmakla beraber, ma-
like ait emtia üzerinde başkaları tarafından kullanılmaları halinde, kanu-
nun malike koruma bahşetmeyeceği bazı işaretleri de kendi adlarına tes-
cil ettirme imkanını tanımak gerekir.

Görüldüğü gibi, korumanın sınırları oldukça dardır. Bu durumda mar-
ka sahiplerine tavsiye edilecek tek yol markasını birden fazla emtia için
tescil ettirmesidir. Şayet üç yıl içerisinde markayı söz konusu emtia da
kullanırsa mesele çıkmaz. Aksi takdirde, yani üç yıl içerisinde marka söz
konusu emtia üzerinde kullanılmamışsa, o zaman kullanılmayan emtiaya
ilişkin kaydın terkini dava veya mukabil dava yoluyla talep edilebilir. An-
cak, marka söz konusu emtia üzerinde üç yıldan sonra kullanılmış ol-
makla beraber bu zamana kadar herhangi bir terkin davası açılmamışsa
marka sahibi Mar. K. hükümlerine göre, markasının korunmasını istiyey-
bilir. Dolayısıyla marka sahibi bu imkandan yararlanabilmek için rizikoya
katlanmak zorundadır.

(29) Aynı görüşte ÖCAL, Himaye s. 55.

Belirtilmesi gereken diğer bir konu da, tescilsiz markalara genel hükümlerin tatbik edileceğinin kanun tarafından hükme bağlanmış olmasıdır (m. 3/2). Oysa bu durum tescilsiz marka kullanmayı teşvik eder niteliktedir (30). Gerçekten kanunun sisteminde, tescilli markalar Mar.K.'na tabiolup korunmaları ancak aynı emtia üzerinde kullanılmaları halinde söz konusu olabilir iken, tescilsiz markalar haksız rekabet hükümlerine tabi olup daha kapsamlı bir korumanın sağlanması söz konusu olabilmektedir.

b — İstisnalar

Markaların korunması ancak aynı emtia üzerinde kullanılmaları halinde söz konusu olmakla beraber bu konuda bazı istisnalar da getirilmiştir. İşte bu istisnalarda, markanın bazen her çeşit emtia üzerinde kullanımı korunmakta bazen de aynı emtia üzerinde kullanılsa dahi koruma söz konusu olmamaktadır.

aa — Tanınmış Markalar

Mar. K. m. 11'e göre «Memleketimizde tescil edilmiş olan dünya ve memleket çapında tanınmış yabancı veya yerli markaların ve benzerlerinin başka emtia için tescilli tanınmış marka sahibinin izni ile mümkündür.» Maddeden de anlaşılacağı üzere, tanınmış markalarda koruma sadece sicilde gösterilen emtia için değil başka emtia üzerinde kullanım halinde de söz konusu olmaktadır.

Tanınmış bir markanın başka bir emtia üzerinde kullanılması halinde müşteriler tanınmış marka vasıtasıyla tanıdıkları ve güvendikleri işletmenin yeni bir çeşit emtia daha üretmeye başladığına ve son çıkmış olan emtianın da aynı kalitede olduğuna inanırlar. Bu ise iyiniyet kurallarıyla bağdaştırılamayacak bir şekilde hem müşterilerin aldanmasını, hem de tanınmış marka sahibinin çalışmalarının istismarını doğurur. Gerçekten tanınmış bir markayı başka emtia üzerinde kullanan kimsenin tanınmış markanın şöhretinden yararlanma amacı vardır ve iyiniyetli değildir.

Ayrıca 11 inci maddenin uygulanabilmesi için, tescil tanınmış markanın tescil edildiği emtiadan başka bir emtia için yapılmış olmalıdır. Şayet tescil aynı emtia için yapılmışsa, bu durumda koruma 11 inci maddeye göre değil, 47 inci maddeye göre sağlanır. Zira 11 inci madde farklı emtia üzerinde kullanılan tanınmış markayı koruma sınırlarına almak için konulmuştur (31).

(30) ÖCAL, Himaye s. 56.

(31) ÖCAL, Himaye s. 53.

Tanınmış markanın Mar. K.nun bu geniş korumasından yararlanabilmesi için, mutlaka Türkiye'de tescil edilmiş olması gerekir. Tescil edilmemiş olmakla beraber tanınmış olan bir markanın korunması ancak m. 15/2 ile temin edilebilir. Gerçekten bu maddeye göre, «...başka şahıs aynı emtia için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini, tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia... etmek hakkını haizdir» (32).

Maruf markaların belli bir ekonomik büyüklüğe erişmiş olmaları dolayısıyla, başka emtia üzerinde kullanımının da korunması gerektiği savunulmakla beraber (33), kanaatimizce, kanunun açık ifadesi karşısında bu fikre iştirak etmek mümkün değildir. Bununla beraber, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, aynı emtia kavramını geniş yorumlayıp, koruma alanının genişletilmesi mümkün olabilmelidir.

bb — Emtia Geçici Olarak Türkiye'ye Girmişse

Mar. K. m. 19'a göre, geçici olarak Türkiye sınırları içine giren, kara, deniz ve hava nakil araçlarında kullanılan veya satılan, teşhir ve siparişi kabul edilen ve reklamı yapılan emtiaya Türkiye'deki tescilin hükmü yoktur. Yani, Türkiye'de tescilli marka sahibi, bu şekilde Türkiye'ye giren markanın kullanılmasına mani olamayacaktır. Bununla beraber, Türkiye'de tescilli marka, Türkiye'ye geçici olarak giren emtianın üretildiği ülkede de tescil edilmiş ve orada da korunuyorsa, 19 uncu madde hükmüne tabi olmadan Türkiye'de de korunması gerekecektir. Zira, kaynak ülkede kanuni korumadan yararlanan kimse, Türkiye'de bu hakka öncelikle sahip olmalıdır (34).

cc — Emtia Sergileniyorsa

Mar. K.nun tescilli markayı aynı emtia üzerinde kullanılsa dahi korumayacağı diğer bir durum m. 21/6'da düzenlenmiştir. Buna göre, «Türkiye'de açılan sergilerde teşhir olunan emtianın, tescil edilmiş bir mar-

(32) Tanınmışlığın geniş yada çok geniş halk kitlesi tarafından bilineni ifade ettiği, bu nedenle daha çok belli bir ticari bölge içinde tanınan ve belli alıcı çerçevesinin dışına çıkmayan markaları belirleyen maruf markalardan ve kavramı aşması nedeniyle dünyaca tanınmış markalardan ayrılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre tanınmışlığın belli bir çevresinin dışına taşıdığı ve markanın bir ülke veya uluslararası bir şöhrete sahip olduğu durumlarda tanınmış markadan sözedilir. Bkz. YASAMAN, H., Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 691 - 693.

(33) YASAMAN, s. 707.

(34) ÖCAL, Himaye s. 54.

kaya dayanılarak teşhirine ve sergiyi müteakip memleketine geri verilmesine mani olunamaz.». Yukarıda «bb» şikkında yapmış olduğumuz açıklamalar, burada da aynen geçerli olduğu için tekrarlamıyoruz.

IV — NAZARA ALINACAK ALICI KİTLESİ

A — Genel Olarak

İltibas probleminin hallerinde esas nokta, sadece iki şey arasında az veya çok benzerlik olup olmaması değil, emtia'nın alıcıları olan kimselerin normal sosyal durumu, bilgi ve ayırdetme seviyesi gözönünde tutularak, bir emtia yerine diğer emtiayı satın almalarının mümkün olup olmamasıdır (35).

Aynen kullanıma (taklit) hallerinde varlığı zaten kabul edildiği için, iltibasın araştırılmasına gerek yoktur. Ancak benzerinin kullanılması hallerinde (tağyir), iltibasın mevcut olup olmadığının araştırılması gereklidir. Gerçekten benzer kullanıma hallerinde iltibasın varlığının tesbiti için, bilirkişi incelemesi yapılmasının zorunlu olduğu, hakim'in re'sen iltibasın mevcudiyetine karar veremeyeceği kabul edilmektedir (36). Yargıtay pek istisnai hallerde bilirkişi incelemesi yapılmadan, mahkemenin iltibasa karar verebileceğini kabul etmiştir (37).

Görülüyor ki, iltibasın tayininde, alıcı kavramı meselenin odak noktasını teşkil etmektedir.

B — Vasat Alıcılar

Kural olarak, saf, hiç düşünmeden karar veren bir alıcının aldanması, diğer alıcılara oranla daha yüksektir. Bu nedenle, marka belirli bir kitleye değil de, tüm alıcılara hitap ediyorsa, iltibasın varlığını tesbitte na-

(35) TD. 8.6.1955. Ebuzziya Davası, (Batider 1961, C. I, s. 243).

(36) TD. 16.7.1954, 20.6.1952, (SUNGUR/BORAN, TTK. Şerhi, C. I, Ticari İşletme, İstanbul 1957, s. 531); 11. HD. 23.11.1978, E. 978/4624, K. 78/5251, (Ankara Bar. D., 1979, S. I, s. 63 - 64); CERRAHOĞLU, M. F., Ticari İşletme, İstanbul 1980, s. 123; POROY, R., Ticari İşletme Hukuku, 5 B, İstanbul 1987, s. 204.

(37) Yargıtay (pırıl - pırıl) davası münasebetiyle verdiği kararında «...davalı cevap layihasında bizzat kendileri de iltibasın varlığını kabul ederek, mukabil dava şeklinde bunun kaldırılmasını istemiş, hadisenin niteliği itibarıyla de her ikisi arasında iltibas zahir bulunmuş olduğundan, iltibas bulunup bulunmadığının, bilirkişi tetkikati ile lüzumuna matuf temyiz itirarı varit değildir» demiştir. Bkz. TD. T/11-XI-1958, E. 2094, K. 2700 (Batider 1961, C. I, s. 245 - 246).

zara alınacak olan alıcı kitlesi, vasat alıcılar olmalıdır (38). Ayrıca bu alıcıların da tamamının aldanmış veya aldatılmış olmaları gerekmez, sadece bir kısmının dahi aldanmış olması iltibasın varlığı için yeterlidir (39).

Bununla beraber vasat alıcılar açısından da bir ayırma gidilmesi gerekebilir. Gerçekten vasat alıcılardan bir kısmı bilinçsizdir. Çeşitli emtia arasında bir seçim yaparak, hangi markayı taşıyan emtiayı alacağını henüz tesbit etmemiştir. Bunlar için önemli olan emtiayı satın almaktır, markanın hiç bir önemi yoktur (40). Bilinçli alıcılar ise, çeşitli emtia arasında seçim yapmış alıcılardır. Onlar için emtianın markası, emtianın seçiminde bir anahtar rolü oynar. Bu nedenle iltibas bilinçli alıcılar nazara alınarak tesbit edilir (41). Bu hususta bilinçsiz alıcılar kesinlikle nazara alınmazlar (42).

Dolayısıyla sürümü çok olan (43) ve geniş bir tüketici kitlesine hitap eden markalarda (44) ayırıcı unsurların sathi bir inceleme ile görülebilecek şekilde olması gerekir. Bununla beraber alıcının fazla dikkat göstermediği emtada markalar arasındaki farkın bariz olmasına gerek yoktur.

Karışıklık ihtimali ve benzerliklerin tayini, markaları aynı anda görebilen ve farklarını seçebilmek için yeterli zamana sahip olabilen bir alıcı bakımından değil, markaları aynı anda gözönünde bulunduramayan, fakat aradığı markayı, daha önceki kullanımları dolayısıyla, tahayyül edebilen alıcılar bakımından yapılmalıdır.

Yargıtay da genel kabul gören görüş uyarınca, iltibasta kriter olarak malın alıcılarını dikkate almaktadır. Ancak kesin kriterini henüz tamamıyla ortaya koyduğu söylenemez. Yine de genel olarak kararlarında kullan-

(38) Federal Mahkeme 8.3.1925 tarihli kararında «İltibasın tayininde genel olarak alıcıların (örneğin, yerine göre ev kadınlarının, hizmetçilerin, çocukların vb.) dikkat derecelerini gözönünde bulundurmak gerekir» diyerek aynı görüşü tekrarlamaktadır. Bkz. JdT. 1926 I 467, (KANİTİ, s. 236).

(39) Yargıtay'da orjinal olan bir kararında «...mallarını alanların azlığına ve çokluğuna bakılmayacağı gibi, iltibasın herkesi şüphe ve tereddüde düşürmesi de lazım gelmeyeceği... küçük çocukların, okuma yazma bilmeyenlerin aldanabilecekleri...» diyerek, ihtilafı buna dayanarak çözümlenmiştir. Bkz. TD. 27.5.1941, E. 43/1457, K. 1323, (TANSI, s. 298).

(40) KARAYALÇIN, Y., Özel Hukukta Meseleler Görüşler, Ankara 1983, s. 71.

(41) KARAYALÇIN, Y., Özel..... s. 71.

(42) Alman Hukuku ise, bizdeki uygulamanın aksine olarak «pek dikkatli ve tecrübeli olmayan alıcıları» dahi kıstas olarak almaktadır. Bkz. GÖLE, C., Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 78.

(43) Fed. Mah. 6.7.1937, JdT. I 18 ve 17.5.1958, JdT. 1958 I 592, (KANİTİ, s. 236).

(44) TD. 18.11.1958, E. 2175, K. 2765, (Batider 961, C. I, s. 243).

diği «vasat alıcı» (45), «ortalama dikkat edenler» (46) ibarelerine bakılacak olursa, yukarıda tanımını yaptığımız vasat alıcı kitlesini ölçü olarak kullandığı söylenebilir.

Bununla beraber Yargıtay bizim savunduğumuz görüşü tam anlamıyla benimsemiş değildir. Gerçekten Yargıtay bazı kararlarında vasat alıcılar arasında yapılması gerektiğini bizim savunduğumuz bilinçli-bilinçsiz ayırımına yer verirken (47), bazı kararlarında bu ayırımı görmezlikten gelmektedir. Kaldı ki Yargıtay'ın bu tutumu doktrinde ve hatta kararlara karşı yazılmış karşı oy yazılarında eleştirilmektedir (48).

C — Uzman Alıcılar

Marka vasat bir alıcı kitlesine değil de uzman bir kitleye hitap ediyorsa, bu kimselerin bir emtia veya markayı seçerken daha fazla dikkat ve ihtimam sarfedecekleri kabul edilir. Örneğin, doktorlar, mühendisler vb. kendi mesleklerine ait emtia hakkında geniş bilgi sahibi oldukları için, dikkat ve ihtimam dereceleri daha fazladır (49). İşte marka sadece bunlar gibi uzmanlık sahibi bir alıcı kitlesine hitap ediyorsa, ufak farklılıklar dahi itibasa mani olmaya yeterli olabilir (50).

Ancak emtia direkt olarak tüketicilere satılmasa dahi, itibasta kıstas olarak araçların değil, tüketicilerin ayırdetme gücü esas alınmalıdır (51). Dolayısıyla itibasta kıstas olarak alınacak kitleyi tesbitte, emtianın son alıcısı olan kimseler önemlidir. Eğer son alıcılar halk ise, araya toptancılar ve uzmanlar girse dahi, nazara alınacak kitle vasat bilinçli alıcılar olacaktır. Aksi taktirde, yani emtianın son alıcıları dahi uzman veya meslekten kimseler ise, bu halde nazara alınacak kitle yine bu uzman

- (45) HGK. 13.12.1961, E-T, K. 45, (DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, İctihathı Notlu TTK. Şerhi, 3. B, İstanbul 1977, s. 76); 11. HD. 26.6.1986, 3932/3939, (DÖNMEZ, İ., En Son İctihatlarla Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 1987, s. 147 - 148).
- (46) TD. 13.2.1973, E. 73/473, K. 73/489, (DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, s. 83).
- (47) TD. 13.11.1967, E. 65/4131, K. 67/4003, (DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, s. 76); Ayrıca bkz. dpn. 39.
- (48) ERİŞ, G., Açıklamalı İctihathı TTK, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1987, s. 395.
- (49) ARSEVEN, s. 146.
- (50) «Alıcılar yalnız uzmanlardan ibaret ise, markalar arasında nisbeten önemsiz farklar önemli sayılırlar. Ancak halka hitap eden markalarda farkların açıkça göze çarpması aranır.» Fed. Mah. 17.5.1958, JdT. I 592 ve 28.10.1958, JdT. I 587, (KANİTİ, s. 236 - 237).
- (51) Fed. Mah. 18.6.1930, JdT. 1931 I 53 ve Fed. Mah. 29.2.1924, JdT I 258, (KANİTİ, s. 236).

kitle olacaktır ki; bu durumda iltibas tehlikesi diğerine nisbetle daha azdır (52).

İltibasta vasat alıcıların kıstas olarak alınmayacağı diğer bir durum da emtianın pahalı ve mutad kullanmaya konu olmayan emtialardan olmasıdır. Gerçekten pahalı emtia alan alıcıların, emtia seçiminde öze bir dikkat gösterecekleri kabul edilir ki, bu çeşit emtiaların sözkonusu olması halinde daha az iltibas tehlikesi vardır (53).

V — MARKALARA TECAVÜZÜN TESBİTİNDE NARAZA ALINACAK KISTASLAR

Mülga AFN'de ve mer'i TTK'da hangi hallerde bir markanın aynının veya benzerinin kullanılmış sayılacağını belirten kıstaslar düzenlenmiştir. Buna mukabil 551 sayılı Mar. K. m. 5/c ve m. 47 de buna ilişkin bazı kıstaslar koymaktadır. Gerçekten m. 47'ye göre :

«Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle dikkatle bakılmadıkça farkına varılamıyacak cüz'i surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır.

Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilmeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılır.»

Ayrıca, tecavüzün varlığına karar verebilmek için m. 5/c'de ifade edilen şekilde, tecavüz eden markanın, tecavüz edilen markayla aynı emtia üzerinde kullanılmış olması ve tecavüz edilen markanın Türkiye'de tescil edilmiş veya tescil için müracaat edildiği halde henüz bir karara bağlanmamış markalardan olması gerekir.

B — Bir Markanın AYNEN Kullanıldığını Tesbitte Esas Olarak Alınacak Kıstaslar

Mark. K.'nun 5 inci ve 47 inci maddeleri hangi hallerde aynen kullanmasının sözkonusu olacağını açıklamaktadırlar.

(52) Fed. Mah. 28.10.1958, JdT. 1959 I 587, (KANİTİ, s. 237); Bununla beraber Yargıtay reçete ile satılması gereken ecza maddelerinin dahi reçetesiz satılmaları dolayısıyla, ecza maddelerinde ihtisas sahibi alıcıların değil, gerekli bilgiye sahip olmayan normal vatandaşların gözönünde tutulması gerektiği görüşü benimsenmektedir. Bkz. TD. 22.1.1963, E. 3483, K: 63/6925; (Batider, 1965, C. III, S. 1, s. 193).

(53) Fed. Mah. 22.1.1935, JdT. 1935 I 409, (KANİTİ, s. 236).

1 — Bir Markanın Biçim ve Telaffuz İtibariyle Eşinin Kullanılması

Uygulamada en çok görülen tecavüz şekillerinden birisidir. Biçim kelimesi sözlük manası olarak, benzer şekillerde olanları da kapsayacak niteliktedir. Bu nedenle biçim kelimesi 47 inci madde metninde yer almayıp, 5 inci madde metninde yer alan «telaffuz» ibaresini de kapsayacak genişliktedir (54).

Biçim ibaresinin telaffuzu kapsamadığı, bu nedenle tecavüz hallerinde iltibasın tesbiti yapılırken, adli organların telaffuza dayanarak hüküm vermelerinin kanuna aykırı olduğu iddia edilmektedir (55). Ancak, bu görüş gerek doktrinde (56), gerek mahkeme içtihatlarında revaç bulmamıştır.

Gerçekten, biçim ibaresinin, hem şekil, hem de isimdeki benzerlediği kapsadığı kabul edilmektedir. Zira, «isim» veya «telaffuz» daki aynıyete rağmen, iltibasın varlığını kabul etmemek oldukça garip bir durum ortaya çıkacaktır.

Gerek Yargıtay (57), gerek Danıştay (58), çeşitli sebeplerle verdikleri kararlarında telaffuzun iltibasta kıstas olarak alınması gerektiğini belirtmişlerdir.

(54) Gerek kanun teklifinde (m. 4/6, 35/2) ve gerek değiştirilerde (Sanayi Komisyonu değişikliği, Adalet Komisyonu değişikliği, bkz. DERİCİOĞLU, Mevzuat s. 81 - 104) ve gerekse 22 senelik uygulamada biçim ve telaffuzun birlikte kullanılması bunu doğrulamaktadır.

(55) Dericioğlu, gerekçe olarak 47 inci maddenin görüşülmesi sırasında, Balıkesir Milletvekili Ahmet Aydın Bolak'ın söz alarak «Muhterem komisyon eğer iltifat ederse telaffuz kelimesi orada haşıvdir (üzumsuzdur), tabii-katta kötü olur. Lütfen bu kelimeyi oradan çıkarsınlar» diye istekte bulunmasını, komisyonun bu talebi kabul ederek, durumu başkan aracılığıyla genel kurula bildirmesini ve telaffuz kelimesinin madde metninden çıkartılmasını göstermektedir (7.7.1964 tarihli 121 inci birleşime ait tutanak dergisinin 599 uncu sayfası). Yazar buna rağmen, 5/c maddesindeki telaffuz kelimesinin çıkartılmasının unutulduğunu, bu nedenle de 5/c ile 47 inci madde arasındaki ahenkin bozulduğunu belirtmektedir. Bkz. DERİCİOĞLU, H., Marka Hukukumuzda Telaffuzun Rolü, Türkiye İktisat Gazetesi, 26 Ekim 1978, S. 1314, s. 5.

(56) ÖCAL, Himaye s. 109 - 110.

(57) Yargıtay «Pırl-Pırl» davası münasebetiyle verdiği kararında, yazılıştaki fark, telaffuzda bir değişiklik yapmıyorsa, iltibasın varlığına karar verilmesi gerekir, demiştir. Bkz. TD. T./11-XI-1958, E. 2904, K. 2700, (Batider, C. I, 1961, s. 245); Aynı şekilde Yargıtay diğer bir kararında bu görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: «...Mütahassis bilirkişi raporunda Aspirin ve Asporal markalarının kulakta, hafızada bıraktığı tesir ve söyleyişteki benzerlik itibariyle vasat bir müşteriden beklenmesi mümkün olan dikkat bakımından bir tefrik yapmaya elverişli bulunmadığı ve Asporal kelimesinin

Federal Mahkeme de telaffuzun, iltibasın önemli unsurlarından biri olduğunu kabul etmektedir (59).

2 — Bir Markanın Mana İtibariyle Eşinin Kullanılması

Markaların telaffuz veya imla itibariyle benzer olması halinde, mana itibariyle benzerliğin araştırılmasına gerek yoktur. Bu durumda olan markalar manalarına bakılmaksızın eş sayılırlar.

Danıştay, biçim ve telaffuz itibariyle benzerliği kabul ettiği kararlarında, mana itibariyle benzerliğin de bulunduğunu kabul ederek, karar gerekçelerinde devamlı olarak, birbirinden ayırmaksızın, biçim, telaffuz ve mana itibariyle benzerliği birlikte değerlendirmektedir.

Mana itibariyle benzerliğe, tercümelerde ve özellikle çeşitli dillerin etkisi altında bulunan dilimizde rastlamak mümkündür. Türk hukuk uygulamasında örneklerine rastlanmamakla beraber, «Nord Star» ile «Kuzey Yıldızı», «Ece» ile «Kraliçe», «Şems» ile «Güneş» kelimelerinin aynı emtialar üzerinde kullanılmaları halinde mana itibariyle benzerliğin bulunduğu iddia edilebilir. Ancak, doktrinde bazı yazarlar, halkın, artık eski osmanlıca kelimelerin manalarını unutmuş olmaları sebebiyle, bu tip

kullanılmasının Aspirin'e benzetme gayretinden ileri geldiği belirtilmek suretiyle iki marka arasında lafzi bakımdan da bir iltibas mevcut olduğu açıklanmış bulunmasına göre, raporda gösterilen esaslar dairesinde lafzi bakımdan mevcut olan iltibasında ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekir» TD. 2.4.1959, E. 1959/914, K. 1959/990, (Batider, 1970, S. 3, s. 540).

(58) Danıştay aşağıdaki kararlarında biçim ve telaffuz itibariyle benzerlik bulunduğunu kabul ederek iltibasın varlığına karar vermiştir:

«Hayat Çiftliği», «Hayat» Da. 12. D. 21.4.1969, E. 968/732 (SAĞLAM, s. 36); «Viyola», «Viala», Da. 12. D. 12.1.1970, E. 968/739, K. 970/29, (SAĞLAM, s. 39); «Vepa», «Vega» Da. 12. D. 18.1.1970 E. 969/2241, K. 970/967, (SAĞLAM, s. 38); «Tursil», «Tonsil», Da. 12 D. 23.3.1971, E. 969/1693, K. 971/697, (SAĞLAM, s. 42); «Bik», «Bic», Da. 12. D. 18.1.1971, E. 968/2944, K. 971/71, (SAĞLAM, s. 40); «Güzellik», «Güzel», Da. 12. D. 21.6.1971, E. 970/3941, K. 971/540, (SAĞLAM, s. 43); «Çokay», «Çokrak», Da. 12. D. 6.12.1971, E. 970/4700, K. 971/2847, (SAĞLAM, s. 46); «Perlin», «Perlon», Da. 12. D. 29.9.1973, E. 1971/2905, K. 1973/2297, (Danıştay 12. Daire Kararları, s. 530).

Danıştay aşağıdaki kararlarında ise, biçim ve telaffuz itibariyle benzerlik bulunmadığına karar vermiştir :

«Uzun», «Ozon» Da. 12. D. 5.10.1970, E. 969/2243, K. 970/1793, (SAĞLAM, s. 39); «Aldo», «Arto», Da. 12. D. 26.1.1971, E. 970/2825, K. 971/174, (SAĞLAM, s. 41); «Buz-iş», «Buz-kap», Da. 12. D. 13.12.1971, E. 970/629, K. 971/2904, (SAĞLAM, s. 46).

(59) Fed. Mah. 29.2.1924, JdT. 1924 I 258 ve Fed. Mah. 18.6.1930 JdT. 1931 I 53, (KANİTİ, s. 237).

kullanımların iltibasa sebep teşkil etmeyebileceğini söylemektedirler (60). Bunlara göre, sözü geçen markaların şekillerindeki ayniyet belki bu karışıklığı kuvvetlendirebilir. Fakat sadece isimler tecavüz teşkil etmek için yeterli değildir (61).

Kanaatimizce de, başkasının markasına olan ilgiden yararlanmak isteyen kimse, manasını halkın bilmesinin mümkün olmayacağı kelimeleri seçmez. Gerçekten toplumda Nord Star'ın manasının kuzey yıldızı veya şems'in manasının güneş olduğunu bilebilecek ancak, çok küçük bir kitle bulunabilir. Bu ise, iltibasa teşebbüs edenin maksadını gerçekleştirmesini temine yarayacak nitelikte değildir. Bu nedenle, uygulamada bunun örneklerine rastlamak mümkün olmamakta, daha çok ekler veya başka taşıyıcılar yapılmak suretiyle, halkta aynı marka olduğu izlenimi uyandırılmak istenmektedir (62).

Kanunun mana itibariyle eşlikten bahsetmesi nedeniyle, zıt mana teşkil eden markaların mana itibariyle eş sayılmalarına imkan yoktur (63).

3 — Bir Markanın Ebat İtibariyle Değiştirilmiş Şeklinin Kullanılması

Mar. K. bir markanın ebat itibariyle değiştirilerek kullanılmasını, aynen kullanma olarak kabul etmektedir. O halde, markayı teşkil eden şekil, yazı vs. deki bir ebat farkı dahi, iltibas oluşturmak için yeterlidir. Uygulamada örneklerine rastlayamadığımız bu hükmün kanunda yer almasının lüzumsuz, kanunda yer aldığı ifadenin de çapraşık olduğu ileri sürülmektedir (64).

4 — Bir Markanın Renk İtibariyle Değiştirilmiş Şeklinin Kullanılması

Mar. K.'nin 47/a maddesi, bir markanın, başkası tarafından, renk

(60) ÖCAL, Himaye, s. 111.

(61) ÖCAL, Himaye, s. 111.

(62) Fransız tatbikatında ise, tercümelerin iltibasa sebebiyet verebileceği kabul edilmekteydi, örneğin Pronto markası madeni dayanaklar için kullanılıyordu. Daha sonra bir rakip firma aynı madeni dayanaklar için subita markasını seçip kullanmaya başladı. Oysa kaynağı İtalyan olan her iki sözcük çabukluk manasına gelmekteydi. Dava aşamasında bidayet ve istinaf mahkemeleri rüçhan hakkı nedeniyle, pronto markasını kullananın hakkını tasdik ve subita markasının kullanımını men eylediler. Bkz. ELLWOOD, L. A., (çev. UYGUNER, M.), Markalar Konusunda Beynelmi-nel Tatbikatın Bugünkü Eğilimleri, İst., Ba. D., 1958, S. 11, s. 240.

(63) Fransız tatbikatında zıt manaların dahi iltibasa sebebiyet verebileceğini kabul eden mahkeme kararları vardır. Nitekim bir Fransız mahkemesi «Gülen inek» ile, «Ciddi inek» markaları arasında iltibasın bulunduğuna karar vermiştir. Bkz. Ann. 1959, s. 140, (ÖCAL, Himaye, s. 112).

(64) ÖCAL, Himaye, s. 113 - 114.

itbarıyla değiştirilerek kullanılmasını, aynen kullanma olarak kabul etmektedir. Marka, renksiz veya başka bir renkte tescil ettirilmiş olsa da hi, başka bir renkte kullanımı aynen kullanma ve dolayısıyla tecavüz sayılır.

5 — Mir Markanın Dikkatle Bakılmadıkça Farkına Varılmayacak Şekilde Cüz'i Olarak Değiştirilmiş Şeklinin Kullanılması

Bir markanın sadece şeklinde değil, isim veya telaffuzunda cüz'i değişiklikler yapılarak kullanılması halinde aynen kullanma olarak nitelendirilir.

Ayrıca, bir markadaki her şeklin veya her kelimenin bir başkası tarafından marka olarak kullanılması iltibas olarak nitelendirilemez. Burada her kelimesinin altını dikkatle çizmek gerekiyor. Gerçekten bir markanın iki bölüme ayrılarak incelenmesi gereklidir. Bunları doktrindeki gibi asli ve tali unsurlar veya mahkeme içtihatlarındaki gibi esas ve yardımcı unsurlar olarak isimlendirmek mümkündür. Mar. K. m. 6/2, markayı benzerlerinden ayırmaya yarayan unsurları, esas unsurlar olarak, esas unsurla ilişki halinde bulunan ve onunla birarada tescil edilmiş olan unsurları da tamamlayıcı (yardımcı) unsurlar olarak nitelendirmektedir.

Markaları birbirinden ayıran unsurlar esas unsurlardır. Bu unsurların, bir markayı diğerlerinden ayırdedecek şekilde, karakteristik özellikler taşıması gereklidir. Yardımcı unsurların ise böyle bir nitelik taşımaları zorunlu değildir (65).

Bir markanın gerek aynının, gerek benzerlerinin kullanıldığının kabul edilebilmesi için, esas unsuru teşkil eden şekil veya kelimenin aynının veya benzerinin alınmış olması gerekir. Yoksa yardımcı unsuru teşkil eden şekil veya kelimelerin, bir başkası tarafından marka olarak kullanılması, markaya tecavüz teşkil etmez. Aynı şekilde, esas unsuru teşkil eden şekil veya kelimelere yapılacak cüz'i ilaveler veya cüz'i değişik-

(65) «Bir markanın esas unsuru, o markayı benzerlerinden tefrike yarayan unsurdur. Tescilli istenen markada ilk bakışta göze çarpan kelime büyük harflerle yazılmış HİPO kelimesi olup, bu kelimenin tescilli bulunan HYPO markasına gerek telaffuz ve gerekse görünüş bakımından benzerliği açıktır. Bu durumda davacı tarafından yardımcı unsur olduğu iddia edilen ve büyük harflerle yazılan HİPO ve bunun altındaki klorit kelimelerindeki HİPO kelimesini yardımcı unsur olarak saymak mümkün olamamaktadır. Markanın esas unsuru olduğu iddia edilen Kim kelimesinin HİPO kelimesine nazaran küçük ve bir köşeye yazılmış olması da bu kelimenin esas unsur olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle tescilli isteyen davacının davasının REDDİNE...» Da. 12. D., E. 970/5653, K. 971/356, (SAĞLAM, s. 45).

likler iltibas halini ortadan kaldırmak için yeterli değildir (66). Buna karşılık, markalar arasındaki farklılık sathi bir inceleme ile derhal görülebiliyorsa, tecavüzden sözedilemez (67).

C — Bir Markanın Benzerinin Kullanıldığını Tesbitte Esas Olarak Alınacak Kistaslar

1 — Genel Olarak

Mar. K. m. 5/c aynı emtiaya ilişkin olarak Türkiye'de tescil edilmiş veya tescil için müracaat edildiği halde henüz karara bağlanmamış markaların ve bunların ilk bakışta ayırdedilemeyen benzerlerinin marka olarak kullanılmayacağını hükme bağlamaktadır. Aynı şekilde m. 47'de ancak tescilli markaya tecavüz halinde uygulanacaktır. Bundan, tescilsiz markaların tamamen korumasız kaldığı anlaşılmalıdır. Gerçekten tescilsiz markalar genel hükümlere ve maruf hale gelmişlerse m. 15'e göre himaye edilebilirler.

Ancak m. 15 markanın aynen kullanılmasından söz etmekte, fakat benzerinin kullanılmasından söz etmemektedir. Bu düzenleme benzer markanın kullanılmasının koruma alanı dışında kaldığı şeklinde anlaşılabilirse de kanaatimizce TTK m. 57/5 karşısında benzer markanın kullanılmasının da koruma alanı içerisinde kaldığı sonucuna varmak gerekir.

2 — Bir Markaya Toplu Olarak Bıraktığı Genel Görünüm İtibariyle İlk Bakışta Ayırdedilemeyecek Şekilde Benzeyen Bir Markanın Kullanılması

Mar. K. m. 47/a'ya göre, bir markanın benzerinin kullanılıp kullanılmadığını tesbit etmek için, sözü edilen markanın toplu olarak bıraktığı genel görünüm itibariyle ayırdedilebilir olup olmadığının araştırılması gerekir.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi araştırmanın odak noktasını esas unsurlarda benzerlik bulunup bulunmadığı oluşturacaktır. Yani sadece esas unsurlardaki m. 47/a anlamında bir benzerlik tecavüz teşkil edecektir. Dolayısıyla m. 7 ve m. 47 anlamında müteceviz sayılan bir

(66) «Bir markanın diğer markadaki bir şekli alması ve bunun sayısını artırması, örneğin, bir markada bir yıldız resmi varken diğerinin üç yıldızdan ibaret olması veya bir markada bir kedi varken, diğerinde iki kedinin yer alması iltibas ihtimalini ortadan kaldıracak bir ayırma değildir.», Fed. Mah. 12.4.1913, JdT. 1914 I 326, (KANİTİ, s. 238).

(67) Fed. Mah. 2.5.1944, JdT. I 567, (KANİTİ, s. 237).

markanın bir başkası tarafından marka olarak alınması ve tescil edilmesi mümkün değildir.

Benzerliğin tesbitinde münferit unsurlardan ziyade genel görünüm nazara alınır. Dolayısıyla isimlerden oluşan markalarda bir hecedeki basit bir fark ayırdetme için yeterli değildir. Ayrıca kulakta ve gözde kalan tesirler bakımından karşılaştırılmaları gerekir. Bununla beraber ses unsuru daha büyük değer taşır (68).

Markada yer alan kelime sırf fanteziye dayanıyorsa kelimelerin anlamından fazla, verdikleri sese ve şekillere önem vermek gerekir (69).

Marka isimlerden değil de şekillerden meydana geliyorsa, esas şekillerin ilk bakışta birbirine benzeyip benzemediğinin araştırılması gerekir.

Marka karma bir nitelik taşıyorsa, genellikle isim şekle nazaran esas unsur durumunda olduğu gibi, okunuştaki benzerliğin tayini de şekle nazaran daha fazla önem taşır.

3 — İltibasa Sebebiyet Verecek Bir Durumun Sözkonusu Olması

Mar. K. 47/a - 3'e göre, bir markaya toplu olarak bıraktığı genel görünüm itibariyle ilk bakışta kolayca ayırdedilemeyecek şekilde benzeme tecavüzün varlığı için yeterli değildir.

İltibasa sebebiyet verecek durumdan kasıt; bu şekildeki kullanımın alıcı zihninde gerek emtiaların kaynağı, gerek müteşebbisin kaynağı açısından yanlış kanaatler uyandırarak, bunların aynı yerden sadır olduklarının düşünülmesidir.

D — Nazara Alınması Gereken Diğer Hususlar

Tecavüz hallerini sayarken, iltibasa sebebiyet verecek bütün durumları sıralamamıza rağmen, iltibasın varlığını tesbit ederken, bize kolaylık sağlayacak diğer bazı unsurları da belirtmek suretiyle konuyu noktalamaya çalışalım.

1 — İltibas İhtimali

Tecavüzün varlığını kabul edebilmek için, iltibas ihtimali yeterli

(68) Fed. Mah. 2.5.1944, JdT. I 567 ve Fed. Mah. 18.6.1930, JdT. 1931 I 53, (KANİTİ, s. 237).

(69) Fed. Mah. 29.2.1924, JdT. 1924 I 258, (KANİTİ, s. 237).

olup (70), iltibasın gerçekleşmiş olması şart değildir (71). Mar. K. 47 inci maddesinde iltibasa sebebiyet vermektan bahsetmekle, iltibas ihtimalinin tecavüzün varlığı için yeterli olacağını belirtmiş olmaktadır. Ayrıca, iltibas ihtimali olmakla beraber, bunun şüpheli değil, gerçekleşebilir nitelikte olması gerekir.

Ancak, iki markanın uzun zamandan beri yanyana kullanılmış olmaları, uzun zaman zarfında fiilen bir karışıklığın meydana gelmemiş olması ve bu markaların iş çevrelerinde ayrı ayrı tutunmuş ve tanınmış olmaları, markalar arasında iltibas ihtimalinin bulunmadığını gösteren bir belirti sayılabilir.

2 — Kusursuz Sorumluluk

Tecavüzün varlığını kabul etmek için, iltibas ihtimalinin varlığı yeterli olduğundan iltibas ihtimali objektif duruma göre, yeni marka sahibinin iltibas meydana getirme kasdı aranılmaksızın incelenir (72). Mütecaviz marka sahibinin iyiniyeti onu hukuki sorumluluktan kurtarmaz. Bununla beraber iltibas amacının bulunduğu anlaşılırsa iltibasın varlığını tesbit etmek daha kolay olur.

E — Nazara Alınmayacak Önemsiz Hususlar

Emtiaların ambalajlarının, ebat ve şekil bakımından büyük benzerlik göstermesi önemli değildir (73). Zira, ambalaj marka hukukunca korunmamaktadır. Bununla beraber, eğer markalar ambalajlar üzerinde de

(70) «Markaların konuldukları emtialar arasında henüz fiili bir karışıklık doğmamış olsa bile, hakim iltibas ihtimalinin varlığını kabul edebilir.» Fed. Mah. 6.7.1937, JdT. I 18, (KANİTİ, s. 242; Fed. Mah. 14.10.1952, RO, 78 11: 379, (EDGÜ, E., Fabrika Markaları, Ank. Ba. D., 1954, S. 1, s. 68).

(71) Aksi görüşte olan yazarlara göre, tecavüzün varlığını kabul edebilmek için, iltibas ihtimali kafi değildir. Ayrıca marka sahibinin zarar görmesi veya zarar tehlikesine maruz kalması ve iltibas ile zarar veya zarar tehlikesi arasında illiyet bağı bulunması ve zararın küçümsenmeyecek bir büyüklükte olması lazımdır. Bkz. KARAYALÇIN, Özel... s. 70.

Kanaatimizce ise, bu görüş ancak haksız rekabet hükümleri ile koruma sağlandığı taktirde doğru olabilir. Aksi taktirde, yani marka hukuku hükümleri ile koruma sağlanıyorsa bu sözkonusu olmamak gerekir. Zira marka hukuku marka sahibine daha özel bir koruma sağlama amacı ile getirilmiştir. Bu nedenle sadece iltibas ihtimalinin varlığı bizce yeterli adde dilmek gerekir.

(72) Fed. Mah. 14.10.1952, JdT. 1953 I 571, (KANİTİ, s. 242).

(73) «İlaçların isimleri farklı olduğuna ve reçete ile satışları şart olduğuna göre, ambalajları arasında benzerlik bulunsa bile, bir iltibasın varlığı kabul edilemez.» TD. 21.2.1961, E. 2921, K. 582, (Batider, C. II, S. I, s. 115).

kullanılıyorsa, bunların da markalara sağlanan korumadan yararlanabileceği iddia edilmektedir (74). Kanaatimizce ambalajların marka hukukunca korunmaları sözkonusu olmaz. Ancak ambalajlarda bir iltibas meydana getirilmek istenmesi haksız rekabet olarak nitelendirilip, bunlara haksız rekabet hükümlerine göre koruma sağlanabilir (75).

Eczacılık bileşimleri için kullanılan prospektüslerdeki benzerlikler, iltibas ihtimalinin tesbitinde nazara alınmazlar.

Mar. K.'nin 6 ncı maddesinde düzenlenen ve tasviri ve serbest işaretleme olarak nitelendirilen işaretler, markanın esas unsuru niteliğini haiz olmayacakları, markada ancak yardımcı unsur olarak yer alabilip, herkes tarafından kullanılacakları için, iltibasın tesbitinde önem taşımazlar.

İltibasın tesbitinde, markaların farklılıkları değil, benzerlikleri gözönünde tutulur. Gerçekten bütün benzerini kullanma olaylarında, farklı noktalar vardır. Hatta bunlar çoğunluğu dahi oluşturabilir. Buna rağmen, benzeyen kısımlar iltibas oluşturmaya kafi olduğu takdirde iltibas vardır.

VI — SONUÇ

Netice itibariyle Markalar Kanunumuz yeni olmakla beraber birçok ihtiyaçları karşılamaktan uzak ve aynı zamanda bazı hükümler açısından çelişkili durumlar arz etmektedir. Bu kanunun, uygulamanın ihtiyaçlarını tatmin eder hale gelmesi için mutlaka gözden geçirilmesi gereklidir.

İncelememizin sınırları içerisinde kalmak kaydıyla ve şartıyla Markalar Kanununda şu değişikliklerin yapılması uygulamanın sıhhatli bir işleyişe kavuşması açısından kanaatimizce elzemdir :

— Markalar Kanununun çeşitli maddelerinde, ifade edilen AYNI EMTİA kavramı marka sahiplerine arzu edilen himayeyi temin etmekten uzaktır. Bu nedenle bu kavramın, yani emtia sisteminin, kanunun tasarı-sında bulunan emtia sınıfı sistemine dönüştürülmesi marka sahiplerinin korunması açısından gereklidir.

(74) ÖCAL, Himaye, s. 124.

(75) «...haksız rekabetin mevcudiyet için, bir tacirin piyasada tutunmuş olan mamullerinde kullanacağı ambalajda iltibasa meydan verecek şekilde diğer bir tacirin ambalajını kullanması kafidir.». TD. 11.12.1959, E. 2914, K. 1959/3176, (Batider 1970, S. 3, s. 541).

Aksi görüşte olan KARAYALÇIN'a göre ise, ambalajlardaki benzerlik haksız rekabet olayını doğuracak önemde bir unsur değildir. Bkz. Özel... s. 69.

Ayrıca bu sistemin yargı kararlarıyla yerleştirilebileceğini düşünmek bizce mümkün değildir. Zira yukarıda örneklerini de verdiğimiz gibi üyelerin ağırlığı değiştikçe kararların savunduğu fikirler de değişmekte ve hatta aynı konuda birbirine tamamiyle zıt kararlar ortaya çıkabilmektedir.

— İltibasın varlığı, genel kural olarak vasat bilinçli alıcılara göre tesbit edilmelidir. Yani objektif bir kıstas değil, malın arz edildiği alıcı kitlesine göre değişen subjektif bir kıstas kullanılmalıdır.

— Tecavüzün varlığını kabul edebilmek için, iltibas ihtimali yeterli addedilmeli, haksız rekabetin varlığı için gerekli olan zarar ve zarar tehlikesi kesinlikle kriter olarak alınmamalıdır.

— İltibasın varlığını kabul eden mahkeme kararlarının çözüme ilişkin önerilerde bulunması, kanuni bir yükümlülük haline getirilmelidir.

BİBLİYOGRAFYA

- ARSEVEN, H.:** Nazari ve Tatbiki Alâmeti Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- CERRAHOĞLU, M. F.:** Ticari İşletme, İstanbul 1980.
- Danıştay Baş.:** Danıştay 12. Daire Kararları, I. Kitap, C. I, Ankara 1976.
- DERİCİOĞLU, H.:** Marka Mevzuatımız ve Tatbikatı, C. I, Mevzuat, Ankara 1967.
- DERİCİOĞLU, H.:** İhtira ve Marka Mevzuatındaki Aksaklıklar, TC. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Eğitim Yayınları 4. Patent ve Markaların Kullanılması sempozyumu 1975.
- DERİCİOĞLU, H.:** Marka Hukukumuzda Telaffuzun Rolü, T. İlk. G., 26 Ekim 1978, S. 1314, s. 5.
- DOĞANAY, İ.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara 1981.
- DOMANIÇ/ÇAMOĞLU:** İçtihatlı Notlu TTK Şerhi, 3. B., İstanbul 1977.
- DÖNMEZ, İ.:** En Son İçtihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 1987.
- EDGÜ, E.:** Fabrika Markaları, Ank. Ba. D. 1954, S. I, s. 68.
- ELLWOOD, L. A. (çev. UYGUNER, M.):** Markalar Konusunda Beynelmînel Tatbikatın Bugünkü Eğilimleri, İsa. Ba. D. 1958, S. II, s. 240.

- ERİŞ, G. :** Açıklamalı, İctihatlı TTK. Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1978.
- GÖLE, C. :** Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983.
- HIRSCH, E. :** Ticaret Hukuku Dersleri, 3. B., İstanbul 1948.
- KANİTİ, S. :** İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları, Batider 1961, C. II, S. 2, s. 240.
- KARAYALÇIN, Y. :** Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1983.
- KARAYALÇIN, Y. :** Ticaret Hukuku, I Ticari İşletme, 3 .B., Ankara 1968.
- MİMAROĞLU, S. K. :** Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, 3. B., Ankara 1978.
- ÖCAL, A. :** Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara 1967.
- POROY, R. :** Ticari İşletme Hukuku, 5. B., İstanbul 1987.
- SAĞLAM, M. A. :** Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı Ankara 1967.
- SUNGUR/BORAN :** TTK Şerhi, C. I, Ticari İşletme, İstanbul 1957.
- TANSI, Ö. C. :** Ticaret Hukukunda Alâmeti Farika İltibasları, İst. Ba. D., C. XIX, S. 5 (1965), s. 301.
- TARNEC, A. L. (çev. ÖCAL, A.) :** Markalara Sağlanan Himayenin Benzer Mamullere Teşmili, Esader 1966, S. 1, s. 234.
- YASAMAN, H. :** Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 691.



KAYITLI SERMAYELİ ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYENİN ARTIRILMASI

İbrahim ARSLAN (*)

GİRİŞ

I — KONUNUN SUNULUŞU VE SINIRLANDIRILMASI

Anonim şirketi tarif eden Türk Ticaret Kanunu (TTK) nun 269. maddesinde, şirket esas sermayesinin muayyen ve paylara bölünmüş olduğu belirtilmiştir. Bunu takiben de 279. maddede, esas sermaye miktarının esas sözleşmede gösterilmesi şartı getirilmiştir. Bu sermayenin, esas sözleşmede gösterildikten bir süre sonra değiştirilmesi gerekebilir. Bu değişiklik, sermayenin artırılması şeklinde olabileceği gibi azaltılması şeklinde de olabilir (1).

Esas sözleşmede yer alması sebebiyle, esas sermayenin değiştirilmesi, aynı zamanda TTK m. 385 vd. anlamında esas sözleşmenin değiştirilmesidir. Aslında 385 ilâ 390. maddeler arasında sözleşme değişikliği düzenlenmiş bulunmasına rağmen, anonim şirketlerde sorumluluğun sınırlı olmasından dolayı sermayenin önemine binaen artırma ve azaltma hususları ayrıca düzenlenmiştir. Gerçekten, sözleşme değişikliğinin hemen ardından, TTK m.; 391 - 395 arasında sermaye artırımı; m. 396 - 397 arasında da sermaye azaltılması düzenlenmiştir. Bu düzenleme de sermayenin anonim şirketler için özel bir önemi haiz olduğunu göstermektedir.

Biz bu çalışmada esas olarak ne TTK anlamında anonim şirket sermayesi ne de bunun değiştirilmesi hususları üzerinde duracağız. Bilâkis;

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

(1) Anonim şirket esas sermayesinin artırımı sebepleri için bkz. MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 1972, s. 4-9; ANARAL, Hüseyin: Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye, Ankara 1982, s. 3-5; TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 4, İstanbul 1988, s. 588-589. Esas sermayenin azaltılma sebepleri için bkz. ANARAL, s. 5-6; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 614 - 615.

çalışmanın amacı, anonim şirket ile ilgili olmasına rağmen TTK dışındaki bazı kanunlarla düzenlenen kayıtlı sermaye ve bunun nasıl artırılacağını ortaya koymaktır. Ancak, bunu yaparken yeri geldikçe TTK hükümleriyle kıyaslama yoluna gidilecektir. Bunun içindir ki konuyu dağıtmamak ve gereksiz ayrıntılara girmemek için TTK hükümlerine, zorunlu kalındıkça yer verilecektir. Yalnız şunu da burada ifade etmek gerekir ki; kayıtlı sermayenin TTK anlamında esas sermayeden farklarını tespit edebilmek için daha başlangıçta anonim şirket esas sermayesi ve bunun değiştirilebilmesi şartlarına ana hatlarıyla yer vermek uygun görülmüştür. Bu sebeple çalışmanın «Giriş» kısmı bu tanıtıma ayrılmıştır.

Girişten başka üç bölümde düşünülen bu incelememizin ilk bölümünde, kayıtlı sermayenin önem kazandığı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) öncesi dönemde, anonim şirketlerde esas sermayenin nasıl değiştirileceği hususu incelenecektir. Bu inceleme ana hatlarıyla TTK ve bunun dışındaki iki özel kanun açısından gerçekleştirilecektir.

İncelemenin ikinci bölümünde kayıtlı sermaye kavramı üzerinde durulacaktır. Bu arada, hukukumuzda mevcut olmayan ve fakat Alman hukukunda kabul gören «şartlı sermaye artırımı» ile «tasdikli sermaye artırımı» da bu bölümde incelenecektir. Ayrıca, kayıtlı sermayenin TTK sisteminden farklarına da burada yer verilecektir.

Çalışmamızın odak noktasını oluşturan üçüncü ve son bölümde ise, Türk hukukunda kayıtlı sermaye sistemi düzenlemesi ortaya konacaktır. Bu bölüm esas olarak, SPK'nun ve ilgili düzenlemelerin kayıtlı sermayeyi ne şekilde kabul ettiklerini ortaya koymaya yarayacaktır.

Sonuç bölümünde de, incelemenin sınırları dahilinde kayıtlı sermaye ve artırılması konusunda genel bir değerlendirme yapılacaktır.

II — GENEL OLARAK ANONİM ŞİRKET SERMAYESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ

TTK, anonim şirket sermayesinin tanımını vermemiş, bunun yerine özelliklerinden bahsetmiştir. Bunun sonucu olarak da doktrinde çeşitli tanımlar ortaya atılmıştır (2). TTK m. 272 uyarınca, anonim şirketler için, özel kanunlarda aksine hüküm yoksa asgari 500.000 TL esas sermaye taahhüt edilmesi gerekir (3). Bahsedilen bu esas sermayenin aynı za-

(2) Anonim şirket sermayesinin tanımı için bkz. HİRŞ, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1948, s. 265; ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, B. 6, Ankara 1982, s. 32; MOROĞLU, s. 1; ANARAL, s. 2.

(3) Aksine hüküm getiren özel kanunlar için bkz. Bankalar Kanunu m. 5; Sigorta Murakabe Kanunu, m. 2; ayrıca Özel Finans Kurumları Hakkında 83/7506 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi, m. 3.

manda TTK m. 269 gereğince paylara bölünmüş olması gerekir. Aynı maddede sözü edilen «muayyen»lik, ona «esas sermaye» özelliği verir ve bundan, önceden tespit edilmiş olma anlaşılır (4). Bu özellik hukuku-muza İsviçre Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinden geçmiştir (5).

TTK'nun anonim şirket sermayesi için muayyenlik kıstasını kabul etmesi, üçüncü kişiler açısından şirketin sorumluluğu; sermayenin pay-lara bölünmesi de ortakların sorumluluğu açısından önem taşır (6). Ano-nim şirketlerde esas sermaye kıstasının kabul edilmesi ise beraberinde birtakım formaliteleri de getirmektedir. Zira esas sermaye, esas sözleş-menin zorunlu unsurlarından (kayıtlarından) biri olduğu için değiştiril-mesi güç olmaktadır. Çünkü TTK m. 385 vd. sözleşme değişikliğini kuruluş işlemlerinin tekrarlanması şartına bağlamıştır. Bu ise, geç işleyen bir mekanizma olmakla beraber masraflıdır da.

Türkiye ile beraber, mensubu bulunduğumuz Kara Avrupası hukuk sistemindeki bu ve benzer düzenlemelerin karşısında yer alan İngiliz - Amerikan hukukunda daha bir serbestinin bulunduğu bilinmektedir. Bu serbestlik konumuz açısından da dikkati çekmektedir. Bunun sonucu olarak da hukukumuzda kayıtlı sermayeye yer verilmektedir.

(4) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 192.

(5) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 192.

(6) MOROĞLU, s. 1 vd.; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 192 - 193; ANSAY, s. 33.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SERMAYE PİYASASI KANUNU ÖNCESİNDE ANONİM ŞİRKET SERMAYESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

I — GENEL OLARAK

Türk hukukunda kayıtlı sermayenin yaygın olarak düzenlenmesine 1982 yılında yürürlüğe giren Sermaye Piyasası Kanunu'nda rastlanmaktadır (7). Yaygın olarak diyoruz, çünkü bu Kanundan önce de hukukumuzda kayıtlı sermayeye yer verilmiştir, fakat bu düzenleme belirli şirketler için olmuştur. Gerçekten, TTK'nda kayıtlı sermayeye yer verilmiş olmasına rağmen 1960 yılında iki ayrı anonim şirket için bu sistemin kabul edildiği görülmektedir. Bu tarihten sonra, kayıtlı sermayeli başka anonim şirket kurulmasına izin verilmemiştir. Nihayet SPK, halka açık anonim şirketlerden dileyenlerin, diğer şartları da yerine getirerek kayıtlı sermayeli olarak kurulabileceklerini veya kayıtlı sermayeli şirket haline dönüşebileceklerini kabul etmiştir.

Bu bölümde evvelâ TTK'na göre esas sermayenin artırılması kısaca anlatılacaktır. Daha sonra da, 1960 yılında özel kanunlarla kayıtlı sermayeyi benimseyen iki anonim şirketteki durum ele alınacaktır (8).

II — TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN ANONİM ŞİRKET SERMAYESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Anonim ve limited şirketlerde sermayenin öneminden dolayı esas sözleşmenin değiştirilmesi sırasında TTK ayrıca sermayenin de değiştirilmesine yer vermiştir (9). Ancak sermayenin artırılmasını ve azaltılmasını ayrı ayrı düzenlemiştir. Biz de kısaca bunlara değineceğiz.

(7) SPK metni için bkz. R. G. 30.7.1981 - 17416.

(8) SPK'na göre kayıtlı sermayeli anonim şirketlerdeki sermaye artırımı üçüncü bölümde incelenecektir.

(9) MOROĞLU, s. 1; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 192.

A — Esas Sermayenin Artırılması

TTK m. 391 - 395 arasında düzenlenmiştir (10). Esas sermayenin artırılması için her ne kadar kuruluş işlemleri tekrarlanıyorsa da bu bir yeni kuruluş değil özel bir esas sözleşme değişikliğidir (11).

TTK sisteminde sermayenin artırılmasına karar verecek organ genel kuruldur (m. 391). Ancak genel kurulun bu yönde karar verebilmesi için önceki pay bedellerinin tamamı ödenmiş olmalıdır. Başka bir deyişle, henüz bedelleri tamamen ödenmemiş hisse senetleri varsa, sermayenin artırılması yoluna gidilemez.

Yine TTK m. 391 uyarınca, şirkette imtiyazlı pay sahipleri varsa, genel kurulun sermayeyi artırma kararına ek olarak, bu tür pay sahiplerinin de kendi aralarında ayrıca bu yönde karar almaları gerekir. Aksi halde sermaye artırımına gidilemez. Buna rağmen sermaye artırımına gidilmişse ne olacaktır? Bu konuda doktrinde birlik yoktur. Böyle bir durumda MOROĞLU askıda hükümsüz karar bulunduğunu ileri sürerken (12), TEKİNALP, TTK m. 392/II uyarınca ortada batıl bir kararın varlığından söz etmekte ve fakat bu hükmün sakıncalarının kısmen azaltılması için TTK m. 381'deki iptal edilebilirliğin burada da uygulanmasını daha isabetli görmektedir (13).

Anonim şirket esas sermayesinin artırılmasında çeşitli yollardan istifade edilmektedir (14). Eğer, yeni hissè senedi çıkarmak suretiyle sermaye artırımına gidiliyorsa TTK m. 392 uyarınca kuruluş işlemlerinin tekrarlanması gerekir. Artırım sırasında kanuna uygun hareket edilmemesi halinde yönetim kurulu üyeleriyle denetçilerin sorumluluğu cihetine gidilir (TTK m. 392).

Kayıtlı sermaye artırımını da yeni hissè senedi ihraç etmek suretiyle gerçekleştirilebilir.

(10) Esos sermayenin artırılması hakkında geniş bilgi için MOROĞLU'nun adı geçen eserine bakınız.

(11) MOROĞLU, de lege ferende aynı görüştedir. Ayrıca, Yazar, de lege lata da TTK'nun bu yönde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır, s. 3, 16 - 20, 27 - 28; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 587, 591; HİRŞ ise sermaye artırımını kısmen, yeniden kuruluş olarak kabul etmektedir; s. 269; ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler - Umumi Hükümler, C. I, B. 3, İstanbul 1960, s. 108 - 109.

(12) s. 55.

(13) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ders Kitabı, s. 613; ayrıca, bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, C. I, s. 40 - 41.

(14) Sermaye artırılmasındaki çeşitli usuller hakkında geniş bilgi için bkz. MOROĞLU, s. 27 - 174; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 594 - 607.

SPK'ndan önceki dönem uygulamasında, hisse senetlerinin satışı için halka başvurulacaksa, muhtevası TTK m. 393'te gösterilen izahnamenin hazırlanması gerekirdi. Ancak, halka arz bakımından SPK yeni hükümler getirdiğinden, artık bunların uygulanması gerekecektir.

TTK m. 394, anonim şirket sermayesinin artırılması halinde eski pay sahiplerinin durumunu korumak amacıyla rüçhan hakkını düzenlemiştir. Buna göre; sermayenin artırılmasına ilişkin genel kurul kararında aksine hüküm yoksa yönetim kurulu, mevcut pay sahiplerine, payları oranında yeni hisse senedi alabilmeleri için en az onbeş günlük süre vermelidir. Böylece şirketteki pay sahipliği dengesinin bozulmaması için bir hak tanınmış olmaktadır. Ancak rüçhan haklarının kullanılmasından veya tanınan sürenin dolmasından itibaren yeni hisse senetlerinin satışına geçilebilecektir.

Bütün bu işlemlerden sonra, esas sermayenin artırılması kararının hüküm ifade edebilmesi için ticaret siciline tescil edilmesi gerekir (TTK m. 395).

B — Esas Sermayenin Azaltılması

Çeşitli sebeplerle anonim şirket esas sermayesinin artırılması gerekebileceği gibi aksine, azaltılması da gerekebilir. Bunun da çeşitli sebep ve usulleri vardır (15).

Anonim şirketin yasama organı niteliğindeki genel kurul, gerektiğinde esas sermayenin azaltılmasına da karar verebilir. Ancak, sermaye azaltılması durumunda şirket alacaklılarının korunması gerekmektedir. Bunun için de kanunkoyucu TTK m. 396 - 397. arasında buna yönelik hükümler vazetmiştir.

Herşeyden evvel, TTK m. 396/I uyarınca, sermayede indirime gidilebilmesi için, indirimden sonra şirket alacaklılarının haklarının tamamen karşılanmasına yetecek kadar aktifin mevcut olması gerekmektedir. Ayrıca, TTK m. 396/IV gereğince, anonim şirket esas sermayesinin indirilebileceği asgari miktar 500.000 TL'dir. Zira TTK m. 272'de anonim şirket esas sermayesinin asgari sınırı budur. Bu hükme uymamanın müeyyidesi de TTK m. 434 vd.nda düzenlenmiştir.

TTK m. 397 hükmüne göre, anonim şirket sermayesinin azaltılabilmesi için, ödeme veya teminat gösterme amacıyla bütün alacaklılara davet yapılması ve durumun Ticaret Sicili Gazetesi aracılığıyla ilan edilme-

(15) Esas sermayenin azaltılma sebep ve usulleri hakkında bilgi için bkz. TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 614 vd.; ANSAY, s. 221 vd.; ANARAL, s. 5, 12.

si gerekmektedir. Sermayenin azaltılmasının hukuken hüküm ifade edebilmesi için TTK m. 398/son fıkra uyarınca tescil edilmesi gerekmektedir.

III — ÖZEL KANUNLAR AÇISINDAN ESAS SERMAYENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Hukukumuzda SPK öncesinde kayıtlı sermaye sisteminin sınırlı şekilde kabul edildiğini belirtmiştik (16). Bu başlık altında, özel kanunlarla kurulmuş ve kayıtlı sermaye sisteminin benimsenmiş olduğu şirketlerdeki sermayenin değiştirilmesi esaslarına ana hatlarıyla yer verilecektir.

A — Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Kanunu

Türk hukukuna kayıtlı sermayeyi ilk olarak getiren kanun, 7462 Sayılı Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Kanunu'dur (17). Bu Kanunun 2/1. maddesinde kayıtlı sermaye sisteminin kabul edildiği belirtilmiştir (18). 11 maddelik bu Kanunla, anılan anonim şirket için birtakım muafiyet ve kolaylıklar getirilmiştir. 1981 yılında bu Kanunda yapılan değişiklikle de, şirket sermayesinin genel kurul kararı doğrultusunda Bakanlar Kurulu tarafından artırılabilceği hükmü getirilmiştir. Ancak bu hükmü «kayıtlı sermayenin artırılması» şeklinde yorumlamak gerekir.

7462 Sayılı Kanunun 2. maddesinde, kayıtlı sermayenin tasrih edilmesinden başka, yönetim kurulunun TTK hükümlerine bağlı kalmaksızın sermaye artırımına gidebileceği belirtilmiştir. Nitekim 1.000.000. TL. başlangıç ve 600.000.000 TL. kayıtlı sermaye (19) ile kurulan şirket, 1976 yılı sonunda bu sınıra ulaşmış bulunmaktadır.

Esas itibarıyla SPK anlamında kayıtlı sermayeye benzerlik gösteren bu şirket, hakkında özel kanun bulunması sebebiyle, birinci derecede bu özel kanuna tâbi olacaktır.

(16) Bkz. yuk. s. 244.

(17) Kanun metni için bkz. R. G. 1.3.1960 - 10445.

Anılan Kanunun «...Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Hükümler İlavesi Hakkında Kanun» metni için bkz. R. G. 27.7.1961-10865. 7462 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun metni için bkz. R. G. 6.10.1981 - 17480.

(18) Sözü edilen anonim şirketler hakkında bilgi için bkz. ANARAL, s. 57, 60, 66, 69.

(19) Şirketin kuruluşunda 510.000.000 TL. olan kayıtlı sermaye tavanı, 1961 yılındaki kanun değişikliği ile 600.000.000 TL. na yükseltilmiştir. Daha sonra ise Bakanlar Kurulunun 89/14473 sayılı Kararı ile bu miktar 2,5 trilyon TL. na çıkarılmıştır. Karar için bkz. R. G. 18.9.1989 - 20286.

B — Yatırımlar (Holding) Anonim Şirketi Kanunu

Hukukumuzda kayıtlı sermaye sistemini kabul eden ikinci kanun, 1960 tarih ve 86 Sayılı «Yatırımlar (Holding) Anonim Şirketine Bazı İstisna ve Muafliklar Verilmesine Dair Kanun»dur (20). Kayıtlı sermayenin pratik olma özelliğinden faydalanmayı amaçlayan beş maddelik bu Kanun TTK'nun diğer hükümlerinden ayrılmamıştır. Kayıtlı sermayeye ilişkin 1. madde hükmü 7462 sayılı Kanuna paralel olarak düzenlenmiştir.

Başlangıç ve kayıtlı sermaye sınırının tespiti bakımından 7462 sayılı Kanundan farklı düzenlemeye gidilmiştir. Zira, 7462 sayılı Kanunda hem başlangıç hem kayıtlı sermaye miktarları belirlenmiş olmasına rağmen 86 sayılı Kanunda bunların ikisine de rastlanmamaktadır. O vakit doğal olarak, TTK hükümlerinin uygulama alanı da genişlemektedir.

Yatırımlar (Holding) Anonim Şirketinin esas sözleşmesine bakıldığında, kayıtlı sermayenin 75.000.000 TL olarak belirlenmesine rağmen başlangıç sermayesi hakkında hüküm bulunmadığı dikkat çekmektedir (21). Kayıtlı sermayenin tespit ve artırılması bakımından özel hüküm bulunmaması sebebiyle, 7462 sayılı Kanunun aksine, gerektiğinde SPK'na başvurmak lâzımdır. Yalnız şunu belirtelim ki, burada kastedtiğimiz husus, kayıtlı sermaye sınırının yükseltilmesidir. Yoksa, zaten kayıtlı sermaye sınırına kadar artırma yetkisi 1. madde ile yönetim kuruluna verilmiştir. Aksi halde bunun bir anlamı olmayacaktır.

(20) Kanun metni için bkz. R. G. 22.9.1960 - 10610.

(21) Yatırımlar (Holding) Anonim Şirketi hakkında bilgi için bkz. ANARAL, s. 55 vd., 60, 66, 70.

İKİNCİ BÖLÜM

KAYITLI SERMAYE KAVRAMI

I — KAYITLI SERMAYE HAKKINDA GENEL BİLGİ

Bütün dünyada hukuk ve ekonominin önemli bir sujesi olan anonim şirketler, üçüncü kişilere ve bilhassa alacaklılara karşı sermayeleriyle korunur ve övünürler. Çünkü esas olarak anonim şirketler mamelekleriyle sınırlı olarak sorumludurlar.

Anonim şirketler için bu derece önemi haiz olan sermaye bakımından modern hukuk sistemlerini ikiye ayırabiliriz. Bunlardan biri, bizim de mensubu bulunduğumuz Kara Avrupa hukuk sistemi; diğeri ise İngiliz - Amerikan hukuk sistemidir. Bu iki sistemden birincisi genellikle esas sermayeyi, ikincisi ise kayıtlı sermayeyi tercih etmektedirler. Fakat, esas sermayenin fazla katı ve şekilci olması sebebiyle Kara Avrupa sistemine tâbi birçok ülke hukukunda bunun çeşitli şekillerde yumuşatıldığı görülmektedir. Hatta, bizde olduğu gibi, doğrudan doğruya kayıtlı sermaye sisteminin dahi kabul gördüğü dikkat çekmektedir.

Gerçekten, dinamik bir niteliğe sahip olan anonim şirket için son derece zor değişebilen esas sermayenin bu şartlarda kabulü doktrinde eleştiri konusu olmaktadır. Yapılan eleştiriler, esas sermayenin ve bunun artırılabilmesinin yeterince hareketli olmadığı ve fazla masraflı olduğu noktalarında toplanmaktadır (22).

Esas sermaye sistemine karşı yapılan eleştiriler ve yaşanan sosyal ve ekonomik bazı olaylar, bu sistemi kabul eden ülkeleri bu konuda değişiklik yapmaya ve yumuşamaya zorlamıştır. Nitekim bunun sonucu olarak da esas sermaye artırımının yanında belirli şartlarla, değişik sistemlerin kabul edildiği görülmektedir. Bu değişik sistemleri başlıca üç grupta ele almak mümkündür. Bunlar :

(22) Eleştiri ve temenniler için bkz. MOROĞLU, s. 209 vd.; TEKİNALP, Ünal: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s. 43 - 44, 4. ve 5. dipnotlar ile orada zikredilenler.

- a) Şartlı sermaye artırımı
- b) Tasdikli sermaye artırımı
- c) Kayıtlı sermaye artırımındır.

İnceleme konumuzu, kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde sermaye artırımı oluşturmaktadır. Bunun içindir ki, şimdi burada kısaca sermaye artırımı sistemlerini tanıtmaya çalışacağız. Aşağıda üçüncü bölümde ise asıl konu üzerinde ayrıntılı durulacaktır.

A — Şartlı Sermaye Artırımı

Esas sermaye sisteminin yumuşatılması amacıyla kabul edilen şartlı esas sermaye artırımı sistemi ilk olarak Alman hukukunda kabul edilmiştir (23). Ancak daha sonra Avusturya ve Fransız hukukları da bu sistemi benimsemişlerdir (24).

Kayıtlı sermayeye göre daha dar çerçevede ele alınan bu sistemde (25) sermaye artırımına karar veren organ yine genel kuruldur. Ancak, işlemleri yürütecek ve hisse senedi ihracını gerçekleştirecek olan yönetim kuruludur. Yönetim kuruluna bu yetkilerin verilmiş olmasına rağmen, sistemin adından da anlaşılacağı üzere, yetkilerin kullanılması belirli şartlara bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle, yönetim kurulu bu yetkileri ancak kanunda yazılı hallerde kullanabilecektir. Bunun dışında yine esas sermaye artırımına ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 192 vd. paragraflarında düzenlenen şartlı sermaye artırımına üç şekilde başvurulabilir.

- a) Şirketin çıkarmış olduğu, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil sahiplerinin hisse senedi taleplerini karşılamak,
- b) TTK m. 451'de düzenlenen devir alma suretiyle birleşme dolayısıyla, devir alınan şirketin ortaklarına hisse senedi vermek için,
- c) İşçilerin şirketteki kazanç paylarına karşılık şirket hisse senetlerinin verilmesini sağlamak için şartlı sermayeden yararlanılabilir.

Şartlı sermaye artırımı sisteminde yönetim kurulu bu üç şarttan bi-

(23) Ancak bu sistem İsviçre hukukunda da ilgiyle karşılanmıştır. Nitekim konu, bu ülkede bolca tartışılmış ve ayrıntılı bir şekilde Öntasarı'ya alınmıştır. TEKİNALP, s. 44, dn. 6.

(24) TEKİNALP, s. 45.

(25) Şarta bağlı sermaye artırımı sistemi hakkında bkz. MOROĞLU, s. 22 - 23; TEKİNALP, s. 44 - 45; ANARAL, s. 35 - 36.

rinin gerçekleşmesiyle yetkisini kullanabilir. Ancak bu yönde daha önce genel kurul tarafından alınmış bir karar olmalıdır. Zira genel kurul kararının tescilinden önce hisse senedi çıkarılamaz. Ayrıca, genel kurul da bu kararıyla bağlıdır ve buna aykırı yeni bir karar alamaz (26).

Genel kurul yönetim kuruluna şartlı sermaye artırımını yetkisini verirken, ihtiyaca göre bir miktar da belirleyebilir. Ancak bu miktar, genel kurul kararı sırasındaki şirket sermayesinin yarısını geçemeyecektir (27).

Burada şunu ifade etmek gerekir; şartlı sermaye artırımında şarta bağlı olan genel kurul kararı değil yönetim kurulunun kararıdır. Yani yönetim kurulu ancak şartlar gerçekleşince hisse senedi çıkarabilir (28). Bunun içindir ki tasdikli sermayeden farklı olarak burada herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir (29).

B — Tasdikli Sermaye Artırımı

Kara Avrupası hukuk sisteminin, sermaye artırımında yönetim kurulunun yetkilerini artıran sistemlerden bir diğeri de tasdikli sermaye artırımındır (30). Gerek şartlı gerek tasdikli sermaye artırımını sistemleri, yönetim kurulunun yetkilerini artırmışlardır fakat ikisinde de sınırlar dar tutulmuştur. İki sistem arasında ufak nüanslar vardır.

Tasdikli sermaye artırımında, şirket esas sözleşmesine konulan bir hükümlerle, yönetim kurulunun yeni hisse senetleri ihdas etmek suretiyle sermaye artırımına gidebilmesi mümkün kılınmıştır. Esas itibarıyla şirket ve ortakları korumayı amaçlayan bu sistemin işletilmesi de doğaldır ki bazı şartlara bağlanmıştır. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 202 - 206. paragraflarında düzenlenen tasdikli sermaye artırımını bu adını, artırım için sadece yönetim kurulu kararının yetmemesinden almaktadır. Gerçekten, Türk hukukunda bulunmayan ve fakat Alman hukukunda kabul edilen bir kurul daha vardır ki buna «gözetim kurulu» (Aufsichtsrat) denmektedir. Gözetim kurulu, anonim şirket yönetim kurulunu atamak ve azletmek yetkisine de sahiptir. Kendi alanlarında yeterli teknik bilgiye sahip gerçek kişilerin oluşturduğu gözetim kurulu, genel kuruldan sonra en yetkili organdır (31).

Tasdikli sermaye sisteminde, yönetim kurulu, esas sözleşmenin

(26) MOROĞLU, s. 23; ANARAL, s. 35.

(27) MOROĞLU, s. 23; ANARAL, s. 36.

(28) MOROĞLU, s. 23.

(29) ANARAL, s. 36.

(30) Bilgi için bkz. ANARAL, s. 34.

(31) ANARAL, s. 34, dn. 10.

kendisine verdiği yetkiye dayanarak sermaye artırımını kararı aldığı anda evvelâ gözetim kurulunun bunu onaylaması gerekir. Aksi halde sermaye artırımını gerçekleştirilemez. Kanun bundan başka da bazı şartların varlığını aramıştır. Buna göre, yönetim kurulunun yapabileceği sermaye artırımını, şartlı sermayede olduğu gibi esas sermayenin en fazla yarısı kadar olabilecektir. Tasdikli sermayenin şartlı sermayeden ayrıldığı bir nokta da, bunun bir süreyle sınırlandırılmış olmasıdır. Gerçekten, şartlı sermayede yönetim kurulu, artırımını belirli bir sürede gerçekleştirmek zorunda bulunmamasına rağmen, tasdikli sermayede kendisine beş yıllık bir süre tanınmıştır. Bu süre, esas sözleşmeyle yönetim kuruluna sermaye artırımını yetkisi verilme tarihinden başlayacaktır. Bu da şirketin kuruluşunda olabileceği gibi sonradan yapılacak sözleşme değişikliğiyle de olabilecektir.

C — Kayıtlı Sermaye Artırımı

Hukukumuzda genel kabul gören esas sermaye sisteminin sakıncalarını ortadan kaldıran sermaye artırımını yollarından biri de kayıtlı sermaye sistemidir. Bu sistem, şartlı ve tasdikli sermaye sistemlerine göre yönetim kuruluna daha geniş yetkiler vermektedir. Verilen yetkilerin genişliği ve kolaylığı sebebiyle anonim şirketin sermaye artırımının ağır ve masraflı prosedüründen kurtularak, sermayesini kolayca artırıp piyasa gereklerine hemen uyabilmesi imkânı sağlanmaktadır (32).

Esas sermaye sisteminden önemli farkları bulunan kayıtlı sermaye sisteminde, esas sözleşmede gösterilen kayıtlı sermaye, taahhüt edilmiş bir rakam olup yönetim kuruluna bu sınıra kadar istediği zamanlarda, istediği miktarda hisse senedi çıkarabilmek yetkisi verir (33). Gerçekten, kayıtlı sermayeli bir anonim şirkette başlangıç, çıkarılmış ve kayıtlı olmak üzere üç çeşit sermaye vardır. Yeni kuruluş veya kayıtlı sermaye sistemini yeni kabul etme anında başlangıç ve çıkarılmış sermayeleri eşit olabilir. Kayıtlı sermayenin yapısı icabı, çıkarılmış sermayenin peyderpey artırılması suretiyle kayıtlı sermayeye ulaşılır. Zira kayıtlı sermaye; esas sermayenin aksine, taahhüt edilen veya konulan, gerçek anlamda sermaye olmayıp, yönetim kurulunun esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin hükümlerine bağlı kalmaksızın hisse senedi ihraç edebilmek yetkisini kullanabileceği üst sınırı gösteren rakamdır. Kayıtlı sermaye sınırına ulaşıncaya bu soyut anlamından sıyrılır ve artık, çıkarılmış sermaye adını alır (34).

(32) MOROĞLU, s. 22.

(33) TEKİNALP, s. 45.

(34) TEKİNALP, s. 46.

Kayıtlı sermaye sınırına ulaşmış, bunun çıkarılmış sermayeye dönüşmesi sonucu artık yönetim kurulunun sermaye artırma yetkisi de kalmaz. Bunun için, esas sözleşmenin değiştirilerek yeni bir kayıtlı sermaye tavanının belirlenmesi gerekir.

Türk hukukunda bazı şartlarla kabul edilen kayıtlı sermaye sistemine üçüncü bölümde daha geniş değinileceğinden burada ayrıntıya girilmemiştir.

II — KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNİN ESAS SERMAYE SİSTEMİNDEN FARKLARI

A — Genel Olarak

Temelini İngiliz - Amerikan hukukunda bulan kayıtlı sermaye sistemi, Kara Avrupası hukukunun kabul ettiği sabit sermaye sisteminden farklılıklar arz etmektedir. Bunun önemli sebeplerinden biri, bu ülkeler arasındaki ekonomik ve sosyal farklılıktır (35). Çeşitli ekonomik ve sosyal şartların etkisiyle Kara Avrupa'sında katı ve müdahaleci bir anonim şirket tipi çizilmiş olmasına rağmen Amerika'da serbest rekabet doğrultusunda daha yumuşak bir sistem benimsenmiştir (36). Genel olarak anonim şirket için geçerli olan bu tercihler kendisini sermaye artırımı bakımından da hissettirmiştir. Bunun sonucu olarak da, sözkonusu hukuk sistemlerinden Kıta Avrupa'sı için sabit, İngiliz - Amerikan için kayıtlı sermaye sistemleri geçerli hale gelmiştir.

Biz bu bölümde konuya daha dar açıdan ve sadece Türk hukuku için değineceğiz. Geniş olarak Kara Avrupa'sı ayrıca incelenmeyecektir.

B — Türk Hukuku Bakımından

Kara Avrupa'sı hukuk ailesinin mensubu olarak Türk hukukunun da kabul ettiği esas sermaye, sonradan hukukumuza dahil olan kayıtlı sermayeden çeşitli noktalardan ayrılmaktadır.

1 — Türk Ticaret Kanunu'na Nazaran Özel Hüküm Olması Bakımından

TTK ve buna bağlı olarak çıkarıldığı halde aksini vazetmeyen diğer

(35) Aynı yönde bkz. ANARAL, s. 46; ANSAY, Tuğrul: Amerikan Anonim Ortaklıklarının İçyüzü (Kitap İncelemesi), BATİDER, 1978, C. 9, S. 4, s. 972.

(36) ANARAL, s. 15 - 17.

kanunlar (37) anonim şirketler için prensip olarak (38) sabit sermayeyi tercih etmişlerdir. Yani, aksine hüküm olmadığı sürece, tüm anonim şirketler esas sermayeli olarak kurulmak zorundadırlar. Fakat 1982 yılında yürürlüğe giren SPK'nun 12. maddesi, kayıtlı sermaye sistemini sadece «hisse senetlerini halka arz etmek üzere kurulan anonim ortaklıklar» ile «kurulmuş olup da sermaye artırmak suretiyle hisse senetlerini halka arz edecek olan anonim ortaklıklar» için kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle; kural olarak tüm anonim şirketler esas sermayeli olarak kurulabilecekken, kayıtlı sermayeli olarak kurulabilmek için mutlaka halka açık anonim şirket olmak gerekmektedir.

Ayrıca TTK, esas sermayeyi mutlak kabul zorunluluğu getirdiği halde, anonim şirketler halka açık olsalar dahi kayıtlı sermayeyi seçme veya seçmeme hakkına sahiptirler. Yani, kural olarak her anonim şirket esas sermayeli kurulmak zorunda olmasına rağmen her halka açık anonim şirket kayıtlı sermayeli olmak zorunda değildir. Ancak, burada SPK'nun getirmiş olduğu bir istisnayı da belirtmek gerekir. Türk mevzuatında anonim şirketlerin kayıtlı sermayeli olarak kurulabilmeleri hakkında zorunluluk getiren hükme SPK'nun 34. maddesinde rastlamaktayız. Anılan maddenin (b) bendi, menkul kıymetler yatırım ortaklıklarının kayıtlı sermayeli olarak kurulmalarını şart koşmuştur. SPK m. 34/b'deki tek istisnayı bir yana bırakacak olursak bu özelliği şu şekilde formüle etmek mümkündür. «Halka açık her anonim şirket kayıtlı sermayeli değildir ama kayıtlı sermayeli her anonim şirket halka açıktır.»

2 — Sermayenin Niteliği Bakımından

TTK sistemiyle kayıtlı sermaye sistemi arasındaki en önemli fark nitelik bakımından ortaya çıkmaktadır (39). Gerçekten, incelemenin başından beri birkaç kez ifade edildiği üzere, TTK'nun benimsediği esas sermaye sistemi sabit ve muayyendir. Sabitlikten kasıt, değiştirilmesi mümkün olmaması değil, sözleşme değişikliğine ihtiyaç duyulmasıdır. Buna karşılık kayıtlı sermaye daha hareketli ve daha kolay değişebilme özelliğine sahiptir. Zamanla çeşitli şartların zorlamasıyla sabit sermayenin yanında kayıtlı sermayeden de yararlanma ihtiyacı hasıl olmuştur. Böylece hukukumuzda anonim şirketler için, birbirinden farklı iki sermaye sistemi yürürlükte bulunmaktadır.

(37) Bunlardan kasıt, TTK'ndan ayrı olarak çeşitli anonim şirketler için çıkarılan kanunlardır. Örneğin; Sigorta Murakabe Kanunu, Bankalar Kanunu, Özel Finans Kurumları Hakkında Kararname... gibi.

(38) İstisnalar, 7462 sayılı Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Kanunu ve 86 sayılı Yatırımlar (Holding) Anonim Şirketi Kanunu'dur.

(39) İki sermaye sistemi arasındaki nitelik farkı için bkz. ANARAL, s. 50 - 51.

3 — Sermaye Değişikliğinde Yetkili Organ Bakımından

Kayıtlı sermaye sisteminin kolay değişebilir nitelikte olması, bu kolaylığı sağlayabilecek bazı ek düzenlemelerin de yapılmasını gerektirmiştir. Bu ek düzenlemelerden biri de, sermayeyi değiştirebilme yetkisinin genel kuruldan alınarak yönetim kuruluna verilmesidir (40).

Bilindiği gibi TTK, sermayeyi değiştirebilme yetkisini genel kurula vermiştir. Oysa yapısı ve prosedürü gereği genel kurulun her zaman kolayca toplanabilmesi mümkün değildir. Zira genel kurul daimi değil arızî bir organdır. Hele hukukumuzda kayıtlı sermayenin halka açık anonim şirketler için benimsendiği de hatırlanacak olursa, genel kurul kararının her zaman yerinde olmayacağı kolayca anlaşılacaktır. Halbuki yönetim kurulu genel kurulun aksine daimi bir organdır. İşlemlerinden dolayı sorumlu olacağı ve kararlarının birçoğu Sermaye Piyasası Kurulu iznine tâbi olduğu için keyfi karar alabilmesi de pek mümkün olmayacaktır.

Ayrıca, kayıtlı sermayenin amaçlarından (yararlarından) birinin de kolaylık ve ucuzluk olması sebebiyle (41), sermayeyi değiştirme kararı da yürütme organı olan yönetim kuruluna bırakılmıştır.

4 — Uygulanacak Prosedür Bakımından

Kayıtlı sermayenin yararları arasında sayılan kolaylık ve ucuzluk kavramlarını bahşeden sebeplerden biri de sermaye değişim prosedürünün hafifletilmiş olmasıdır (42).

Kayıtlı sermayenin hukukumuzda şekil açısından getirdiği en önemli yeniliklerden biri, sermaye değişim işlemlerinin kolaylaştırılmasıdır. Aşağıda üçüncü bölümde sermayenin ne şekilde değiştirileceği aşama aşama anlatılacağından burada açıklama yoluna gidilmemiştir.

(40) Söz konusu fark için bkz. ANARAL, s. 52.

(41) Kayıtlı sermayenin yararları ve sakıncaları için bkz. ANARAL, s. 26 - 31.

(42) Bkz. ANARAL, s. 52 - 54.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUMUZDA KAYITLI SERMAYENİN İŞLEYİŞİ

I — GENEL OLARAK

7462 ve 86 sayılı kanunlar bir yana bırakılacak olursa, 1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile hukukumuzda kazandırılan kayıtlı sermaye sistemi olumlu bir gelişme olarak kabul edilmelidir. Çünkü birçok Kara Avrupa devletinin değişik şekillerde sabit sermaye sistemini yumuşatmalarına (43) karşı bizim hâlâ katı kalmakta direnmemiz bir anlam taşımayacaktır. Nihayet SPK m. 12, sınırlı da olsa kayıtlı sermaye kavramını benimsemiştir. Gerçekten, Fransa'da bütün anonim şirketler için kabul edilen kayıtlı sermaye sistemi ülkemizde sadece halka açık anonim şirketler için kabul edilmiştir. Fakat herşeye rağmen bu dahi olumlu ve iyi bir gelişmedir.

Kayıtlı sermaye açısından genel hüküm niteliğindeki SPK m. 12 ayrıntıya girmemiştir. Bunun yerine bazı kıstaslar getirmekle yetinmiştir. Asıl ve ayrıntılı düzenlemeye Sermaye Piyasası Kurulu'nun «Hisse Senetlerine İlişkin Esaslar»ı düzenleyen Seri: I No: 1 Tebliğinin (44) II. ve III. bölümlerinde yer verilmiştir. Biz de, kayıtlı sermayenin hukukumuzdaki durumunu ortaya koyarken doğal olarak bu Tebliğ (45) hükümlerinden istifade edeceğiz.

II — KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİ

Esas olarak SPK m. 1'de düzenlenen kayıtlı sermayenin tanımına aynı Kanununun 3/d maddesinde rastlamaktayız. Daha önce 7462 ve 86 sayılı kanunlarla kabul edilmiş olmasına rağmen orada bu kavram tanımlanmadığı gibi ismen dahi anılmamıştır. Bunun yerine, özel kanunlardaki yetkiye dayanarak esas sözleşmelerinde kayıtlı sermaye kavramını tasrih etmişlerdir.

(43) Bu konuda bilgi için bkz. ANARAL, s. 46 - 50.

(44) Tebliğ metni için bkz. R. G. 24.3.1982 - 17643.

(45) Bu bölümde sıkça kullanılacağı için Seri: I, No: 1 Tebliği kısaca «Tebliğ» diye anılacaktır.

SPK düzenlemesiyle, esasta önemli farklar getiren kayıtlı sermaye sisteminin, şekil bakımından da değişiklikler öngördüğü dikkat çekmektedir. Bu başlık altında, Tebliğ ve TTK hükümleri dikkate alınarak, kayıtlı sermayeli bir anonim şirketin hangi aşamalarla sermaye artırımına gidebileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

A — Kayıtlı Sermayeye Kabul Şartları

Daha önce de ifade edildiği gibi, her anonim şirketin kayıtlı sermaye sistemine geçmesi mümkün değildir. Zira SPK m. 12 bunu, arandığı şartları yerine getiren şirketler için öngörmüştür. Bir şirketin kayıtlı sermayeye geçebilmesi için şu üç şartın varlığı gerekir.

1 — Halka Açık Anonim Şirket Olmalıdır

Gerçekten, SPK m. 12 ilk olarak, halka açık olma kriterini aramıştır (46). Bu şarta daha önce (47) başka bir sebeple değindiğimiz için burada tekrarlamıyoruz.

2 — Sermaye Piyasası Kurulunun İzni Bulunmalıdır

Halka açık olan her anonim şirket doğrudan doğruya kayıtlı sermayeli hale gelmiş olmaz. Zira TTK'ndan farklı olarak SPK, kayıtlı sermaye için tercih hakkı tanımıştır. Şirket, kurulurken veya sonradan, tercihini kayıtlı sermaye lehinde kullanırsa ancak bu statüye geçebilir. Fakat şunu da ilave etmek gerekir ki, şirket bu tercihini bir talep olarak Kurula sunmalıdır. Talebin Kurulca kabulünden sonra sözleşmeye bu yönde hüküm konulması mümkündür.

Kuruldan izin almak için hangi belgelerin verileceği Tebliğin 11. maddesinde belirtilmiştir. Bu belgelerin incelenmesinden sonra Kurul o şirkete kayıtlı sermaye izni verebilir (48). Kurul izni kayıtlı sermaye sisteminin adeta başlangıcını oluşturmaktadır. Zira ancak bu izinden sonra

(46) Halka açık anonim şirket kavramı ve bunların «menkul kıymetleri halka arzolan anonim şirket» ile farkları hakkında geniş bilgi için bkz. TEKİNALP, s. 35 - 39.

(47) Bkz. yuk. s. 253 - 254.

(48) TEKİNALP, eserinin 47. sayfasında, bir anonim şirketin kayıtlı sermayeye kabul edilebilmesi için gerekli şartlardan biri olarak Kurulun iznini saymışken, aynı sayfada, Kurulun izin vermek hususunda bir takdir yetkisi bulunmadığını ifade etmektedir. Bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü bu durumda Kurul sadece onay mercii olmaktadır. Bunun kabulü ise, o iznin bir «kabul şartı» olmasına gölge düşürür. Kaldı ki, kamu yararının (SPK m. 1) korunması amacıyla Kurulun takdir yetkisini kabul etmek gerekir kanaatindeyiz.

esas sözleşmeye bu yönde hüküm konabilecek ve şirket kendisini bu statüde görebilecektir.

3 — Başlangıç Sermayesi Asgari 1 Milyar TL Olmalıdır

SPK m. 12/IV, kayıtlı sermayeli şirketlerin başlangıç sermayelerinin Maliye Bakanlığı (49) tarafından belirlenecek miktardan az olmamasını hükme bağlamıştır. Bu yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığı bunu 1 milyar TL olarak belirlemiştir (50) (Tebliğ m. 10/III).

Bir anonim şirketin asgari başlangıç sermayesiyle (51) kayıtlı sermayeden yararlanması mümkündür. Gerek SPK gerek Tebliğ, azamî sınırlar (tavan sermaye) hakkında belirli bir miktar öngörmemiştir. Fakat, Tebliğin 10. maddesinin ikinci fıkrası, tavan sermaye tesbitini Kuruldan izin alınmasına bağlamıştır.

Yukarıda sayılan şartları gerçekleştiren anonim şirket kayıtlı sermaye sistemine geçebilecektir. Ancak, doğaldır ki kuruluş için TTK'nda öngörülen diğer şartlar da yerine getirilecektir. Zira SPK ve Tebliğ, şirketin kuruluşu için başka şart aramamıştır. Bilâkis, kayıtlı sermaye ile ilgili düzenlemelerin getirdiği hükümler daha çok, sermayenin artırılması bakımından dikkati çekmektedir.

B — Sermayenin Artırılması

Anonim şirket sermayesinin zamanla değiştirilmesi gerekebileceğini daha önce belirtmiş ve bunun artırma yönünde olabileceği gibi azaltma yönünde de olabileceğini ifade etmiştik. TTK'nun da aynı şeyi benimsemesine rağmen, kayıtlı sermaye açısından SPK ve ilgili mevzuata bakıldığında bunlardan «azaltma» kavramının ihmal edildiği görülmektedir. Yani sadece kayıtlı sermaye artırımı üzerinde durulmuştur. Oysa çeşitli sebeplerle sermayenin azaltılması da gerekebilir. Acaba bu durumda ne olacaktır? Hukukumuzda bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat kayıtlı sermayenin yaygın olduğu İngiliz - Amerikan hukukunda,

(49) Doktrinde, başlangıç sermayesini belirleme yetkisinin Maliye Bakanlığına değil Sermaye Piyasası Kuruluna verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. ULUSOY, Yılmaz : Sermaye Piyasası Kanunu - Yorum ve Açıklaması, Ankara 1981, s. 58; ANARAL, s. 62.

(50) Daha önce 250.000.000. TL. olan başlangıç sermayesi SPK'nda sonradan yapılan değişiklikle 1 milyar TL'na çıkarılmıştır. İlgili değişiklik metni için bkz. R. G. 31.12.1987 sayı 19681.

(51) Başlangıç sermayesi hakkında bilgi için bkz. TEKİNALP, s. 56.

yönetim kurulu yetkilerinin her iki konuyu da içerdikleri görülmektedir (52).

Açıklamalarımızda biz de sadece artırım üzerinde durmamıza rağmen, bazı önleyici tedbirlerin alınması şartıyla de lege ferenda, kayıtlı sermayenin azaltılmasında da benzer sonuçlara ulaşılmalıdır.

Kayıtlı sermayeli şirketlerde sermaye artırımını deyince iki hususu birbirinden ayırmak gerekir.

1 — Kayıtlı (Tavan) Sermayenin Artırılması

Şirket kayıtlı sermaye tavanını ne kadar yüksek belirlese belirlenin, bu miktar zamanla yetersiz kalabilir ve bu durumda sermayenin artırılması gerekebilir. Bu artırım SPK'nda düzenlenmemiştir. Bu sebeple TTK'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Yani, şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesi lâzımdır. Fakat burada TTK hükümlerine ek olarak, Tebliğ m. 10/II uyarınca Kuruldan da izin alınmalıdır (53).

2 — Çıkarılmış Sermayenin Artırılması

SPK mevzuatının düzenlediği asıl artırım budur. Bununla amaçlanan ise, başlangıç sermayesi ile kayıtlı sermaye arasında artırım yetkilerini yönetim kuruluna vererek işlemleri kolaylaştırmak ve şirketi gerekli mali şartlara uydurabilmektir. Bu sistemde kayıtlı sermaye esas sözleşmede gösterilmiş ve ticaret siciline tescil edilmiştir. Dolayısıyla, yönetim kurulunun sermaye artırma yetkisi sözleşmede gösterilen sınıra kadar geçerlidir.

Sermaye artırım yetkilerinin genel kuruldan alınarak yönetim kuruluna verilmesiyle, TTK'ndaki sermaye artırım merasiminden bazılarının gerek kalmamış, bazen de yeni şartlar eklenmiştir. Zira bu sistemde yönetim kurulunun geniş yetkileri vardır. Yönetim kurulu ihraç edilecek hisse senetlerinin miktarını ve ihraç zamanını serbestçe belirler. Bu belirleme yapılırken hem şirketin sermaye ihtiyacı hem piyasanın durumu dikkate alınmalı ve «konjoktürel açıdan en iyi anda en iyi şartlarla» ihraç gerçekleştirilmelidir (54).

(52) İngiliz - Amerikan hukukunda kayıtlı sermaye hakkında bilgi için bkz. ANARAL, s. 15 - 26.

(53) ANARAL, s. 69; GÜNAL, Vural: Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 1986, s. 35.

(54) TEKİNALP, s. 49.

Burada kayıtlı sermayeli şirketlerin hangi aşamalardan sonra sermaye artırımını gerçekleştirebilecekleri açıklanacaktır (55).

TTK ve Tebliğ hükümleri birlikte dikkate alındığında, sermaye artırımı şu aşamalardan sonra gerçekleşecektir.

a) Yönetim Kurulu Kararı

Bir anonim şirketin tam olarak kayıtlı sermaye sistemine geçebilmesi için esas sözleşmeye bu yönde hüküm konulması ve diğer işlemler de tamamlandıktan sonra ticaret siciline tescil ve ayrıca ilan edilmesi gerekir. Bundan sonra artık sermaye artırım yetkisi genel kurulda değil yönetim kurulundadır. Artırımı gidilebilmesi için yönetim kurulunun bu doğrultuda karar alması gerekir. Yönetim kurulu kararında, çıkarılmış sermayenin ne kadar hisse senedi ihraç edilerek ne miktara yükseltileceği, payların itibarî değerleri, imtiyazlı veya ağıolu olup olmadıkları, mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarının bulunup bulunmadığı, rüçhan hakları varsa bu hakkın nasıl ve ne kadar sürede kullanılacağı, rüçhan hakkının bulunmaması veya kullanılmaması halinde kalan payların satış şekli belirlenir. Ancak bu son halde, Kurul SPK m. 7'ye istinaden satış için belirli bir süre verir. Bu süre en fazla üç ay olabilir. Anılan süre sadece haika arz aşamasında dikkate alınır.

b) Sermaye Piyasası Kuruluna Başvurulması ve İzin Alınması

Yönetim kurulu, sermaye artırımına ilişkin kararı aldıktan sonra izin almak için Kurula başvurmak zorundadır. Başvuru dilekçesinde, Tebliğin 12. maddesinde belirtilen belgelerin de ekli olması gerekir.

Kurul, belgeler üzerinde gerekli incelemeyi yapar. Şartları izin vermek için uygun görürse artırıma izin verir. Ancak, izin vermeden önce, satış süresi sonunda satılmayan hisse senetleri olursa üç gün içinde bunların tamamen ve nakden satın alınacağına ilişkin taahhünamelerin de Kurula ibrazı gerekmektedir. Bu taahhüdü verenler kurucular, ortaklar, aracı kurumlar veya bankalar olabilir. Böylece, satış süresi sonunda hisse senetlerinin tamamının satılacağı garanti altına alınmış olmaktadır. Kurul, taahhünameyi tatminkâr bulmazsa buna ek olarak bir teminat verilmesini isteyebilir.

Kurul, belgeler üzerinde gerekli incelemeleri yaptıktan sonra uygun

(55) Kayıtlı sermayeli şirketlerde sermaye artırımını aşamaları için bkz. TEKİN-ALP, s. 47 vd.; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 605 vd.; İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1987, s. 511 - 512.

görürse, talebi kabul eder. İzahname ve sirkülerin son şeklini onaylayarak halka arz için izin verir.

c) İzahname ve Sirküler Yayınlanması

İzin alındıktan sonra, hisse senetlerinin halka arzında açıklanacak bilgiler, şirketin hazırlayacağı izahname taslağında yer alır (SPK m. 6). Anılan madde uyarınca Kurul, izahnamede bulunacak bilgileri belirleyebilecektir. Buna dayanarak Kurul, Tebliğin 1 ve 2 nolu ekleriyle, izahname sirkülerde bulunacak bilgileri düzenlemiştir. İzin için başvuru sırasında, izahname taslağında bulunması gereken bu bilgiler Kurulca uygun görülür ve diğer şartlar da yerine getirilirse, Kuruldan alınacak izin tarihinden itibaren 15 gün içinde izahnamenin tescili için Ticaret Siciline başvurmak gerekir (SPK m. 6/II). İzahnamenin ayrıca şirket esas sözleşmesine göre de ilan edilmesi gerekir.

Şirketin, çıkardığı hisse senetlerini satın alması için halkı davet etmesi bir sirküler vasıtasıyla yapılır (SPK m. 6/II ve TTK m. 282). Sirkülelere, şirket esas sözleşmesinin ve izahnamenin halka açıklanmasını gerekli gördüğü hükümler de eklenir (SPK m. 6/II). Tebliğin 12. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, izahnamenin tescil ve ilanından itibaren en geç bir hafta içinde sirkülerin yayınlanması gerekir. Aksi halde SPK m. 47'de ifade edilen cezai müeyyidelerin uygulanması söz konusu olabilecektir.

d) Satışa Arz ve Rüçhan Haklarının Kullanılması

Kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde, çıkarılmış sermayenin artırılması, yeni hisse senetleri çıkarılması şeklinde cereyan ettiğinden, hisse senetlerinin satışa arzı, örneği (specimen) Kurulca onaylanan sirkülerin ilanı ile gerçekleştirilir. Ancak, satışa arz aşamasında halka arz ile, rüçhan haklarının kullanılmasını birbirinden ayırmak gerekir.

Rüçhan hakkı konusunda SPK, TTK hükümlerinden kural olarak ayrılmamıştır. Zira kayıtlı sermaye sisteminde de rüçhan hakkı bertaraf edilmiş değildir. Sadece, rüçhan hakkının kullanılmasının sınırlandırılması bakımından daha katı kurallar kabul edilmiştir. TTK'nun rüçhan haklarını düzenleyen 394. maddesi, sermaye artırımı ile ilgili genel kurul kararında aksine hüküm bulunmadıkça bu hakkın her pay sahibi tarafından kullanılabileceğini düzenlemektedir. Kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde sermayenin artırılması durumunda ise, pay sahiplerinin rüçhan haklarının yönetim kurulu tarafından sınırlandırılabilmesi için mutlaka o şirket esas sözleşmesinde yönetim kuruluna bu yönde bir yetkinin verilmiş bulunması gerekir (SPK m. 12/V, Tebliğ m. 10). Aksi halde, yani şirket esas sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmaması halinde yönetim kuru-

lu veya genel kurul, alacağı bir kararla pay sahiplerinin imtiyaz haklarına ve rüçhan haklarına engel olamayacaktır.

TTK ile SPK rasında rüçhan hakkının sınırlandırılabilmesi bakımından getirilen farklılık kanaatimizce isabetli olmuştur. Çünkü TTK'na göre, anonim şirket sermayesinin değiştirilmesi aynı zamanda bir esas sözleşme değişikliğidir ve bunu da ancak genel kurul gerçekleştirebilir. Bunun yapılabilmesi için de TTK m. 388'de mevsuf çoğunluk aranmıştır. Bütün bunlardan dolayı, anonim şirketin sermayesinin artırılması sıkı formalitelere bağlanmıştır, buna rağmen imtiyazın ve rüçhan hakkının sınırlandırılmasına karar verilmişse söyleyecek fazla birşey kalmamaktadır. Kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde ise, sermayeyi artırma yetkisi yönetim kuruluna verildiği için doğal olarak bu kurula sınırsız yetkiler verilmemiştir. İşte bunlardan biri olarak da, yönetim kurulu, ancak esas sözleşme ile yetkili kılınmışsa rüçhan hakkını sınırlayabilir. Aksi halde TTK m. 394 hükmü yine geçerlidir.

Rüçhan hakları, esas sözleşmeye (TTK'na göre sermaye artırımlarında ise genel kurul kararıyla dahi) göre sınırlandırılmamışsa, sirkülerin ilanından itibaren 15 günden az ve iki aydan fazla olmamak üzere, Kurul tarafından belirlenecek süre içinde TTK hükümlerine uygun olarak kullanılır (Tebliğ m. 12/VI). Bilindiği gibi TTK m. 394'te 15 günlük asgari süre belirtilmiş ve fakat azami süre konusunda sınır getirilmemiştir. Oysa kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımlarında rüçhan haklarının kullanılması için iki aylık azami süre öngörülmüştür.

Kayıtlı sermaye sisteminde TTK hükümlerine göre öngörülen farklardan biri de, sermayenin artırılması durumunda, ihraç edilecek hisse senetlerinin bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi hususudur. Gerçekten, TTK m. 392'de, sermaye artırımı için kuruluş işlemlerinin tekrarlanması belirtildikten sonra özellikle nakdi sermayenin dörtte birinin yatırılması ve aynı sermaye taahhüdünde devir işlemleri bakımından kuruluş işlemlerine ait hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık Tebliğin 12. maddesinin altıncı fıkrasında, gerek rüçhan haklarının kullanılması gerek bundan sonraki halka arz aşamasında hisse senetlerinin satışının, bedelin tamamen ve nakden ödenmesi ile mümkün olacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, sermaye artırımı halinde pay alabilmek için kısmi ödeme ve aynı sermaye taahhüdü geçerli olmayacaktır.

Bu başlık altında, satışa sunulacak hisse senetlerinin kupürlerinden de söz etmek gerekir. SPK'nun, menkul kıymetlerin halka satışını düzenleyen 7. maddesi, Kurulun, menkul kıymetlerin halka satışında küçük tasarruf sahiplerinin bunları almalarını kolaylaştırıcı, hak ve yararlarını koruyucu tedbirlerin alınmasını şirketten ve satışı yapanlardan isteyebi-

leceğini belirtmiştir. Buna dayanarak, Kurulun, Hisse Senetlerine İlişkin Esasları düzenleyen Seri I, No: 1 Tebliğinin 7. maddesinde küçük tasarrufların özendirilmesi ve değerlendirilmesi amacıyla koruyucu bazı tedbirler kabul edilmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca, şirketler, halka arz edilen hisse senetleri toplam tutarının en az yüzde yirmisini 50.000 (ellibin) liralık veya daha küçük değerdeki kupürler halinde çıkarmak zorundadırlar; bunların, küçük tasarruf sahibinin eline geçmesi için her türlü gayreti gösterirler. Aynı madde bundan başka, küçük tasarruf sahiplerinin korunması ve özendirilmesi için de hükümler ihtiva etmektedir.

e) Rüçhan Hakkının Kullanılmasından Sonra Varsa Artan Kısımın Halka Arzı

Esas sözleşmenin yönetim kuruluna verdiği yetkiye dayanarak, rüçhan haklarının kullanılmasında sözkonusu değilse veya kullanılmayan rüçhan haklarına ilişkin hisse senetleri varsa, bunların tamamının Kurulca belirlenen sürede satılması için halka arz edilir. Kurulun, halka arz için verebileceği en uzun süre üç ay olabilecektir (SPK m. 7/II). Sözkonusu üç aylık süre rüçhan haklarının kullanılma işlemlerinin sonuçlanmasından veya rüçhan haklarının kullanılmasında mümkün değilse sirkülerin ilanından itibaren işlemeye başlar (Tebliğ m. 12/VI).

SPK mevzuatı, sermaye artırımı durumunda hisse senetlerinin halka satışını gerçekleştirebilecek olan kuruluşları belirlemiştir. Tebliğ m. 12/VI uyarınca, gerek rüçhan haklarının kullanılmasında gerek rüçhan hakkı sahipleri dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere olan satışlar, doğrudan doğruya şirketin kendisi tarafından veya aracı kurum yahut bankalar vasıtası ile yapılabilir. Ayrıca, daha önce de belirtildiği üzere, hisse senetlerinin satışı karşılığında bedelin tamamen ve nakden ödenmesi gerekmektedir.

f) Taahhütlerin İşletilmesi

Daha önce, sermaye artırımı için Kuruldan izin almak amacıyla yapılan başvuruda, çıkarılacak hisse senetlerinin tamamının satılması hususunun taahhüt edilmesi gerektiği belirtilmişti. İşte, yeni hisse senetlerinin gerek rüçhan hakkı gerek halka arz suretiyle kısmen veya tamamen satılmaması sözkonusu ise, yapılan taahhütlerin yerine getirilmesi gerekir. Bunun için de taahhüt sahiplerine üç günlük ek süre tanınmıştır (Tebliğ m. 12/VIII). Üç gün içinde hisse senetleri bedellerinin tamamen ve nakden şirkete ödenmesi şarttır. Hisse senetlerini bu şekilde elde

eden banka ve aracı kurumların bunları üçüncü kişilere satması SPK anlamında halka arz sayılmayacaktır.

g) Satış Sonuçlarının Kurula Bildirilmesi

Satış süresinin sona ermesinden itibaren 6 işgünü içinde sonucun Kurula bildirilmesi gerekir (Tebliğ m. 12/IX). Bildirimde bulunacak olan, hisse senetlerini halka arz suretiyle satan şirket, aracı kurum yahut bankadır.

Satışın, süresi içinde tamamen ve usulüne uygun olarak sonuçlandırıldığını tesbit eden Kurul, varsa, satış taahhüdünde bulunanlardan alınan teminatın iade edilmesi için şirkete gerekli izni verir.

Bütün bu işlemlerin tamamlanmasından sonra Kurul, sermaye artırımını işlemlerinin sonucunu Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bildirir ve şirkete, Ticaret Sicili'ne tescil işlemlerine esas olmak üzere bir belge verir (Tebliğ m. 12/son).

h) Tescil ve İlan

Sermaye artırımına giden şirket, Kuruldan aldığı belge ile, on gün içinde Ticaret Sicili'ne müracaat eder. Bu belgeye dayanılarak yapılan tescil ile sermaye artırımını ilan edilir ve işlemler tamamlanmış olur (Tebliğ m. 12/son).

3 — Hisse Senedi İle Değiştirilebilir Tahvil Çıkarılması

İncelemeyi bitirmeden önce, son olarak değinilmesi gereken konulardan biri de hisse senedi ile değiştirilebilecek tahvillerin çıkarılmış olması durumunda bunun kayıtlı sermayeyi ne şekilde etkileyeceğinin belirlenmesidir.

Hisse senedi ile değiştirilebilir tahviller TTK'nda düzenlenmiş değildir. Bilâkis, Türk Hukukuna pozitif açıdan SPK ile kazandırılmıştır. Bununla beraber, teorik açıdan, SPK öncesinde de bu tür tahvillerin çıkarılmasının hukukumuzda mümkün olduğu ileri sürülmekteydi (56). Nihayet SPK-m. 14, menkul kıymetleri halka arz olunan anonim şirketler için tereddüt ve tartışmalara son vererek, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil çıkarılmasını kanunlaştırmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrası ise kayıtlı sermayeli anonim şirketler açısından özel bir hüküm ihtiva et-

(56) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar Hukuku, C. I, B. 2, İstanbul 1975 - 1976, s. 606 vd.; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 564 - 566. Karşı görüşte bkz. ANSAY, s. 287.

mektedir. Bu hükme göre; kayıtlı sermaye tavanına, çıkarılmış sermayeden başka, değiştirme sonucunda verilecek hisse senetleri de dahil olacaktır. Yani, bir anonim şirketin kayıtlı sermayesi hesaplanırken, o güne kadar çıkarılmış sermayeye ek olarak, tahvil sahiplerinin isteği halinde verilmesi zorunlu hisse senetlerini de dikkate almak gerekecektir.

SPK m. 14, hisse senedi ile değiştirilebilecek tahviller konusunda ayrıntılı hüküm getirmemiş, bunların Kurul tarafından belirleneceğini ifade etmiştir. Kurul da buna dayanarak Seri II No: 3 Tebliği ile bu tahvillere ilişkin esasları belirlemiştir (57).

Çalışmanın hacmi ve amacı itibarıyla hisse senedi ile değiştirilebilir tahvillerin ayrıntılı incelenmesine gidilmemiş, kayıtlı sermayeli şirketler açısından önem taşıyan SPK m. 14/III hükmüne değinmekle yetinilmiştir.

SONUÇ

Yapılan bu incelemede, hukukumuzda henüz yeni sayılabilecek bir müessese olan kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımının nasıl yapılacağı açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak, doğrudan konuya girmek yerine, karşılaştırma yapabilmek amacıyla TTK sistemimizdeki sermaye yapısı da kısaca tanıtılmıştır.

İstisnalar bir yana bırakılırsa, kayıtlı sermaye sistemini hukukumuzda kazandıran Sermaye Piyasası Kanunu'na ve gerekçesine bakıldığında çok kapsamlı amaçlar taşıdığı görülecektir. Bu amaçların başında, sermaye piyasasının güven ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak ve şirketlerin halka açılması suretiyle mülkiyetin tabana yayılmasını sağlamak gelmektedir. Bunun için de sıkı bir denetim altında şirketler halka açılmaya teşvik edilecektir. Böylece, menkul kıymetler ve dolayısıyla bunların tedavülüne artacak ve buna bağlı olarak da sermaye piyasasının geliştirilmesine gayret sarfedilecektir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun getirdiği yeniliklerden biri olan kayıtlı sermaye sistemi, modern hukuk düzenlerinin benimsediği ve anonim şirketleri günün ekonomik şartlarına daha kolay ayak uydurabilen bir müessesedir. Zira bu sistemin kabulü ile, TTK'nun esas sermaye artırımını için aradığı ağır maddî ve şekli şartların bir kısmından kurtulunmuştur. Yetkiler, daha kolay çalışabilen yönetim kurulunda toplanmıştır.

(57) Tebliğ metni için bkz. R. G. 12.5.1982-17692.

Sermaye Piyasası Kanunu Gereğesinde kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilme sebebi de birkaç noktada ifade edilmiştir. Gereğede sayılan sebeplerin başında, henüz kuruluş aşamasında fazla miktarda sermayeye gerek duymayan anonim şirketlerin küçük sermaye ile kurulup ileride, işlerin gidişatına göre ve gerektiği kadar sermaye artırımına giderek daha rasyonel bir görünüm kazanmasını sağlamak gelmektedir. Ayrıca, bu sistem sayesinde yönetim kuruluna verilen yetki ile esnek bir şekilde sermaye piyasasına açılma mümkün olabilecektir. Zaten SPK'nun temel amacı da sermaye piyasasını geliştirmektir.

Kayıtlı sermaye sistemi, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvillerin çıkarılması bakımından da kolaylıklar getirmekte ve gerektiğinde finansman ihtiyacını daha kolay sağlayabilme imkânı sağlamaktadır.

Hukukumuzda kayıtlı sermaye sistemi sadece halka açık anonim şirketler için kabul edilmiştir. Oysa, şirketin ve yönetim kurulunun işlemlerinin Sermaye Piyasası Kurulunca kontrol imkânı da olduğuna göre, ideal olarak, sistemin yerleştiği ileriki dönemlerde tüm anonim şirketlere teşmil edilmesi daha yararlı sonuçlar doğuracaktır kanaatindeyiz. Tabii ki bu değişiklik de lege ferenda dikkate alınmalı ve beraberinde birçok köklü reformlara da sebep olacağı unutulmamalıdır.

Kayıtlı sermaye ile ilgili düzenlemelerde, sisteme geçişte anonim şirketin iradesine önem verilmiş ve esas sözleşmede hüküm bulunmadığı hallerde mevcut pay sahiplerinin durumlarını güçleştirecek kararlar alma yetkisi yönetim kuruluna verilmemiştir. Bunları olumlu noktalar olarak belirtmek gerekir.

BİBLİYOGRAFYA

ANARAL, Hüseyin : Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye, Ankara 1982.

ANSAY, Tuğrul : Anonim Şirketler Hukuku, B. 6, Ankara 1982.

ANSAY, Tuğrul : Amerikan Anonim Ortaklıklarının İçyüzü (Kitap İncelemesi), BATİDER, 1978, C. 9, S. 4, s. 971 - 976.

ARSLANLI, Halil : Anonim Şirketler - Umumî Hükümler, C. I, B. 3, İstanbul 1960.

HİRŞ, Ernst : Ticaret Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1948.

GÜVEN, Vural : Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 1986.

İMREGÜN, Oğuz : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, B. 8, İstanbul 1987.

- MOROĞLU, Erdoğan** : Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 1972.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (Ders Kitabı), B. 4, İstanbul 1988.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, C. I - II, B. 2, İstanbul 1975 - 1976.
- TEKİNALP, Ünal** : Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.
- ULUSOY, Yılmaz** : Sermaye Piyasası Kanunu - Yorum ve Açıklamalar, Ankara 1981.

KISALTMALAR

B.	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
Kurul	: Sermaye Piyasası Kurulu
m.	: Madde
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
Tebliğ	: Sermaye Piyasası Kurulu'nun Hisse Senetlerine İlişkin Seri: I, No: 1 Tebliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
yuk.	: Yukarıda

