



ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
ERZİNCAN HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ	
HUKUK FAKÜLTESİ DEKANLIĞI	
Konu No	
Tasnif No	
Görsel Yılı	

Cilt: 1

1997

Sayı:1

İÇİNDEKİLER

Arş.Gör.Ayhan Ceylan İslam Öncesi Türk Hukukunda Danışma Meclisi.....	1 - 12
Arş.Gör. Ayhan Döner Tarihsel Süreç İçerisinde İsrail Devlet Modelinin Ortaya Çıkışı.....	13 - 30
Arş.Gör.Ayhan Uçar İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması.....	31 - 67
Yrd.Doç.Dr.B.Caner Hacıoğlu Türk Ceza Adelet Sisteminin İşleyişindeki Etkinlik Konulu Araştırma Raporu Üzerinde Bir Değerlendirme.....	69 - 85
Yrd.Doç.Dr.Cumhur Şahin Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu.....	87 - 95
Hakim Alb. Ertan Urunga Terör Suçlarında Görev Sorunu.....	97 - 101
Yrd.Doç.Dr.Hasan Tunç - Arş.Gör.Yusuf Göven Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası.....	103 - 127
Arş.Gör.Hayrettin Eren Kamu Görevlileri ve Sendikal Haklar.....	128 - 162
Arş.Gör.Mahmut Koca Müdafinin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı.....	163 - 169
Arş.Gör. Murat Şen İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi.....	171 - 185
Arş.Gör. Mustafa Yılmaz Sosyalizm Sonrası Dönemde Macaristan Cumhuriyetinin Siyasal, Anayasal ve İdari Yapısı Üzerine Bir İnceleme.....	187 - 202
Arş.Gör. Nihat Bulut Türkiye'nin Anayasal Ekonomik Düzeni.....	203 - 206
Yrd.Doç.Dr.Osman Kaşıkçı Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler.....	207 - 244
Arş.Gör.Ramazan Çağlayan 1982 Anayasasında Hukuk Devleti İlkesinin İdare Hukuku Açısından Görünümü.....	245 - 258
Christian Atas (Çeviren: Arş.Gör. Sururi Aktaş) Hukuk Biliminde Gelişme.....	259 - 266
Roman A.Tokarczyk (Çeviren: Arş.Gör. Sururi Aktaş) Sosyal Düzenin Evrensel Temeli Olarak Doğal Hukuk.....	267 - 275
N.J.Caulson (Çeviren: Arş.Gör.Sururi Aktaş) İslam Hukuku.....	277 - 294
Arş.Gör.Yavuz Kaplan Hakemlerin Milletlerarası Ticari Tahkime Milli Olmayan Kuralları Uygulamaları.....	295 - 315
Arş.Gör.Yücel Oğurlu Vergi Yargılamasında Vergi Mahkemelerinin Görev ve Yetkileri.....	317 - 331
Arş.Gör.Yücel Oğurlu Karşılıksız Çeklerde Bankanın Sorumluluğu.....	333 - 343

CONTENTS

RESEARCH ASST. AYHAN CEYLAN- ADVISORY COUNCIL ON PRE-ISLAMIC TURKISH LAW	1-12
RESEARCH ASST. AYHAN DÖNER- THE ISRAEL STATE MODEL IN THE HISTORICAL PROCESS EMERGENCY	13-30
RESEARCH ASST. AYHAN UÇAR- OBLIGATION OF WARRANTY IN CONTRACT OF CONSTRUCTION, ITS LEGAL NATURE, COMPARISON WITH ITS OTHER CONTRACTS	31-67
ASST. PROF. DR. B. CANER HACIOĞLU- AN EVALUATION ON THE RESEARCH REPORT ON THE ACTIVITY OF THE TURKISH CRIMINAL JUSTICE SYSTEM	69-85
ASST. PROF. DR. CUMHUR ŞAHİN- THE PROBLEM OF EVALUATION OF UNLAWFUL EVIDENCE IN LIGHT OF DECISION OF SUPREME COURT	87-95
ERTAN URUNGA-THE PROBLEM OF DUTY IN TERRORIST CRIMES	97-101
ASST. PROF. DR. HASAN TUNÇ/ RESEARCH ASST. YUSUF GÖVEN, THE RIGHT TO THE ENVIRONMENT AND THE 1982 CONSTITUTION	103-127
RESEARCH ASST. HAYRETTİN EREN, PUBLIC OFFICIALS AND UNION RIGHTS	128-162
RESEARCH ASST. MAHMUT KOCA, THE RIGHT TO REVIEW THE DEFENDER'S PREPARATORY FILE	163-169
RESEARCH ASST. MURAT ŞEN, EXPROPRIATION IN ISLAMIC LAW AND OTTOMAN LAW	171-185

RESEARCH ASST. MUSTAFA YILMAZ, AN EXAMINATION ON THE POLITICAL, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE STRUCTURE OF THE REPUBLIC OF HUNGARY IN THE POST-SOCIALISM PERIOD.....	187-202
RESEARCH ASST. NİHAT BULUT, TURKEY'S CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER: THE APPROACH OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND ITS CONTROVERSIES IN THE DOCTRINE.....	203-206
ASST. PROF. DR. OSMAN KAŞIKÇI, CONDITIONAL PROCEDURES IN OUR OLD LAW.....	207-244
RESEARCH ASST. RAMAZAN ÇAĞLAYAN, THE VIEW OF RULE OF LAW PRINCIPLE IN THE 1982 CONSTITUTION IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW	245-258
CHRISTIAN ATIAS, (TRANSLATOR: RESEARCH ASST. SURURI AKTAŞ), PROGRESS IN LEGAL SCIENCE.....	259-266
ROMAN A. TOKAREZYK, (TRANSLATOR: RESEARCH ASST. SURURİ AKTAŞ), NATURAL LAW THE UNIVERSAL BASIS OF SOCIAL ORDER.....	267-275
N. J. COULSON, (TRANSLATOR: RESEARCH ASST. SURURİ AKTAŞ), ISLAMIC LAW.....	277-294
RESEARCH ASST. YAVUZ KAPLAN, THE APPLICATIONS OF NON-NATIONAL RULES TO INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATIONS.....	295-315
RESEARCH ASST. YÜCEL OĞURLU, THE DUTIES AND AUTHORITIES OF TAX COURTS IN TAX JURISDICTION	317-331
RESEARCH ASST. YÜCEL OĞURLU, BANK'S RESPONSIBILITY FOR BOUNCED CHECK.....	333-343

YAYIN KOMİSYONU

- * Prof.Dr.Recai Çınar
- * Yrd.Doç.Dr.B.Caner Hacıoğlu
- * Arş.Gör.M.Fadıl Yıldırım
- * Arş.Gör. Cem Baygın

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

TAKDİM

“Hukuk Fakültesi Dergisi” 1987 yılında Türkiye’nin 7. Hukuk Fakültesi olarak kurulan, bir süre Ankara Hukuk Fakültesi’nde eğitim ve öğretime devam ettikten sonra, 1993-1994 yılından itibaren Erzincan’da öğretime başlayan Erzincan Hukuk Fakültesinin yayın organıdır.

Şimdilik yılda bir yayınlanması planlanan Dergimiz, 1997 yılında ilk mezunlarını veren Fakültemizin, eğitim-öğretim faaliyetlerinin yanısıra bilimsel araştırmalarının da günışığına çıkarılarak hukuk çevrelerine sunulmasında aracılık edecektir.

Fakülte Dergisi, hukuk alanında akademik faaliyetlerde bulunanlarla birlikte, hukuk uygulayıcılarının da görüş, inceleme ve araştırmalarına açıktır. Böylece dergimizin süreli yayın eksikliğini gidermekte ve bilgi akışını sağlamada Türk Hukuk Literatürüne az da olsa bir katkıda bulunacağı umulmaktadır.

Fakültemiz, kuruluşunun 10. yılında bir yandan ilk mezunlarını ülke hizmetine vermenin, diğer yandan yayın aşamasına getirmiş bulunduğu dergisiyle, Türk Hukuk Dünyasına katkıda bulunmanın mutluluğunu yaşamaktadır.

Amacımız, Fakültemiz mensuplarının yapacağı bilimsel araştırmalarla çağdaş bilime ve hür düşünceye katkıda bulunmak, toplum yararını kişisel çıkarlarının üstünde tutan, aile, ülke ve millet sevgisiyle dolu Atatürkçü hukukçular yetiştirmektir. Fakültemiz mensuplarının tek ve vazgeçilmez hedefi budur. Bu anlamda, Fakülte dergimizi bu hedef doğrultusunda her geçen gün daha iyiye götürmek için, tüm eleştirilere ve önerilere açığız.

Son söz olarak Dergimize yazı vermek suretiyle, ilk sayının çıkarılmasına katkıda bulunan değerli yazarlara ve ayrıca derginin yazımı, dizgi ve baskısında emeği geçen Fakültemiz personeline sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Dergimizin sürekli, daha kaliteli ve başarılı bir yayın süreci içinde Türk Hukuku için yararlı olmasını dilerim.

Prof.Dr.Recai Çınar
Erzincan Hukuk Fakültesi
Dekani

İSLAM ÖNCESİ TÜRK HUKUKUNDA DANIŞMA MECLİSİ

Ayhan Ceylan*

I) GİRİŞ

Tarihi belgelere dayanılarak tesbit edilebildiği kadarıyla milattan önce ikibinli yıllara kadar uzanan geçmişlerinde Türkler, Orta Asya'da ve Avrupa'nın değişik coğrafi alanlarında Hun, Tabgaç, Göktürk, Uygur, Eftalit, Hazar, Avar v.s. gibi bazıları büyük imparatorluk olan devletler kurmuşlardır. Türklerin bu kadar uzun dönemden beri tarih sahnesinde sürekli varolmalarında, sağlam bir toplum yapısına ve teşkilatçı bir devlet geleneğine sahip olmalarının büyük payı vardır.

Türk teşkilat yapısının temeli; disiplinli, içerisinde bulunduğu çeşitli faktörlerin de etkisiyle birlik ve dayanışmayı çok önemseyen bir toplum yapısına dayanıyordu. Bu güçlü yapı, toplum ve devlet kaynaşması kendi haline bırakılmamış, adeta gelenekleşen kurumlarla sürdürülmeye çalışılmıştır. Bunlardan biri ve hatta en önemlisi ünlü Japon bilgini şiratori'nin, devletin ve milletin temellerini sağlamlaştıran toplantılar¹ olarak ifade ettiği danışma, toy, kurultay geleneğidir.

Mete (Mo-tun)'nin hükümdarlığından (m.ö.209-174) itibaren gördüğümüz toy meclisleri, danışma ve danışarak karar verme geleneğinin eskiden beri toplum şuurunda yerleşik bir usul olduğunu gösterir. Nitekim bilge kişilere danışmak toplumda değer verilen bir gelenektir. Dede Korkut'ta bu gerçek ifade edilir: "Korkut Ata Oğuz kavminin müşkülünü hallederdi. Her ne iş olsa Korkut Ata'ya danışmayınca yapmazlardı. Her ne ki buyursa kabul ederlerdi. Sözüünü tutup tamam ederlerdi (yerine getirirlerdi)"².

Halka malolan ve uzun tecrübeler sonucu söylenen atasözlerinde de bu anlayış göze çarpar. Kaşgarlı Mahmud'un derlediği bir Türk atasözünde: "Geniş elbise parçalanmaz, danışmakla gelen bilgi ise bozuk ve kötü çıkmaz" denirken yine çok eski bir atasözünde de, "Danışıklı (kengeşli) bilgi gittikçe artar, danışsız (kengeşsiz) bilgi ise eskir" ifadesi yer alır³.

Toplum yapısında gelenekleşen danışma usulü, tarihi belgeler ile Oğuzname ve Dede Korkut gibi destan özelliği taşıyan eserlerden anlaşıldığına göre Türk devlet teşkilatı içinde de önemli bir kamu hukuku müessesesiydi. Türk hakanları, toplumdaki bu yerleşik usulü devlet geleneği halinde devam ettirdiler.

Hunlardan itibaren hemen her Türk devletinde; adı, yapısı, katılanları, yetki ve görüşme konuları farklı da olsa, devlet işlerinin görüşüldüğü "danışma, müzakere, kontrol ve karar alma" özelliğine sahip bir kurul varolmuştur⁴. Oğuzlarda devlet işleri "Tirnek" (dernek)'lerde görüşülürdü. Tuna Bulgar Devleti'nde bir "millet meclisi" vardı. Kıpçak başbuğu Kutlu Arslan siyasi mücadele vererek "Devlet İstişare Meclisi" kurdurup

* Arş.Gör. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

1 Ögel, Bahaddin : Türklerde Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl sonlarına kadar), Ankara 1982, s.78.

2 Dede Korkut Kitabı : (Neş. Muharrem Ergin), İstanbul 1969, s. 1.

3 Ögel, age, s. 73,103.

4 Kösoğlu, Nevzat : Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler, İstanbul 1990, s. 38.

yönetime meşruti bir tarz getirmişti⁵. Peçeneklerin de kendi lisanlarında “komenton” adını verdikleri bir çeşit danışma/ devlet meclisine⁶ sahip oldukları bilinmektedir.

Hunlarda temellerini gördüğümüz bu hukuki yapı zaman içerisinde kısmi farklılıklara uğrayarak Göktürk ve Uygurlarda da görülmüştür.

II) KAVRAM VE TANIM

Danışmak; bir iş için bilgi ve yol sormak, istişare, meşveret⁷ anlamlarına gelir. Eski Türkler danışma işinin yapıldığı yeri ve toplantıyı belirtmek üzere çeşitli terimler kullanmışlardır. Bunlardan biri “toy”dur. Toy; bütün Türk lehçelerinde ve Türkçe’den intikal ettiği diğer dillerde “meclis, toplantı” anlamına gelmektedir⁸. Oğuz Destanı’nda toy kelimesi geçmektedir⁹. İbni Batuta Seyahatnamesi’ne göre toy, her sene kurulan bir meclistir¹⁰. Devlette gelenekleşen bir müesseseye anlamında toy tabirini Türkler daha çok, senenin belirli zamanlarında yaptıkları, yeme içme, eğlence, yarışma, dini tören ve danışmayı da içine alan toplantılar için kullanmışlardır.

Kurultay, toy ile birlikte aynı anlamda kullanılan diğer bir kavramdır. Türkçe kurul ve Moğolca tay ekiyle oluşmuş bu deyim, Türkçe’ye Cengiz Han Devleti’nden girmiştir. Oğuz Han Destanı’nda da geçmektedir¹¹. Bir danışma meclisi olan kurultayın Oğuz Türkçesi’ndeki karşılığı “kengeş”tir. Anlamı; işlerde karşılıklı danışma, görüşme ve tedbir almaktır¹². Oğuz Türkleri bir meclis olması nedeniyle de onu, yığınak, derim gibi terimlerle de ifade etmişlerdir¹³.

III) TÜRK TEŞKİLAT YAPISI VE DANIŞMA MECLİSİ

I. Türk Teşkilat Yapısı

Türk toplum yapısının temeli aileye dayanıyordu. Aileden sonraki en büyük sosyal birlik “uruk” (sülale) idi. Aileler veya uruklar bir araya geldiği zaman “boy” ortaya çıkıyordu. Boyların kendilerine ait toprakları vardı. Başlarında boy beyi bulunur, boy beyini ise aile ve uruk temsilcileri seçerdi.

Her boy kendi beyinin başkanlığında sosyal, siyasi ve idari bir teşkilata sahipti. Bey, iç dayanışmayı sağlamak, hak ve adaleti düzenlemek, vergi tahsil etmek, boyun savunmasını sağlamak ve göç zamanlarında boyun disipliniyle ilgilenmek zorundaydı. Ayrıca diğer boyarla ilişkileri sağlamak da boy beyinin vazifesiydi.

⁵ Kafesoğlu, İbrahim : Türk Milli Kültürü, İstanbul 1995, s. 246 vd.

⁶ Kurat, A. N. : Peçenekler, İstanbul, 1937, s. 136.

⁷ Türkçe Sözlük, TDK Yayını, 6. Baskı, Ankara 1974, s. 202.

⁸ Kafesoğlu, age, s. 247.

⁹ Oğuz Kağan Destanı, MEB basımı, İstanbul 1970, str. 90.

¹⁰ Barthold, W. : Orta Asya Türk Tarihi Hakkında Dersler, İstanbul 1927, s. 184.

¹¹ Oğuz Kağan Destanı, str. 356.

¹² Divan-ı Lügat’it-Türk Dizini, (Yazan Besim Atalay), Ankara 1943, s. 301.

¹³ Ögel, age, s. 73.

Boylar birleşerek bir siyasi birlik kurdukları zaman buna “budun” denirdi. Başında genellikle, arazisinin genişliğine ve halkının çokluğuna göre yabgu, şad, ilteber gibi ünvanlar taşıyan yöneticiler bulunurdu. Genellikle siyasi bağımsızlığa sahip olmayıp, birden fazla budun bir merkezden idare edilir ve buna “il” denirdi. İl, bugünkü devlet teriminin karşılığı idi.

Beylelerin ve budun başkanlarının yasama ve yürütme ile ilgili sorumlulukları, bütün topluluk ve ülkeyi kapsamak üzere Kağan’a intikal etmekteydi¹⁴.

Eski Türk devlet teşkilatında, devlet başkanlığı, kurultay ve hükümet üç önemli müessesedir. Ordu ve adliye de teşkilatta yer alan birimler arasındadır¹⁵.

Kurultay, devlet teşkilatı içinde, siyasi, idari, kültürel, askeri ve ekonomik meselelerde genel kararlar alan en yüksek kuruluştur. Ancak her ihtiyaç anında kurultayın toplanması zor olduğu gibi, kurultayda alınan kararların ülke çapında ve ahenk içinde uygulanmasını sağlamak ve uygulamayı takip etmek için ayrı bir kurula ihtiyaç vardı. Bu kurul buyruk(bakan)lardan oluşan hükümetti. Çin kaynaklarında, Hunlardan beri Türk devletlerinde idari düzenlemeler yapmak ve dış ilişkileri sağlamakla görevli Türk “buyruk”larından sık sık bahsedilmiştir¹⁶.

Orta Asya’da hükümet kavramının karşılığı “Ayuki” idi. Bu müessese hakanın devlet yönetiminde en önemli yardımcısıydı. Ayuki’nin üyeleri zamana göre değişebilmekteydi. Ayuki üyelerine “buyruk” (bakan) denirdi. Çin kaynaklarında, Göktürk ve Uygur hükümetlerinde dokuz buyruk olduğu belirtilmektedir. Ayuki’ye, Ayguçi(öge)’nin başkanlık ettiği anlaşılmaktadır¹⁷.

Hakana yardımcı olan vezir (ayguçi) denilen görevliler bulunurdu. Göktürk ve Uygurlarda kurultaylar zaman zaman bunlar tarafından yönetilirdi. Ayguçi’nin önemli meselelerde karar verme yetkisi yoktu. İcra ve karar yetkisi Kağan’ın elinde idi. Vezir¹⁸, her konuda “arzeder” ve dileklerini bildirir, Kağan bunları dinlerdi. Daha çok müşavir, danışman görevinde bulunurlardı. Göktürklerde Bilge Tonyukuk, Uygurlarda Kutlug, devlete önemli hizmetleriyle meşhur olmuş vezirlerdi¹⁹.

Han, devletin başında bulunan en yüksek organ konumundaydı. Türk devletinin başında bulunan kimselere tanhu, kağan, han, yabgu gibi çeşitli isimler verilmiştir. Hükümdarlığı kendi şahsında temsil eden devlet başkanı, halktan ve ülkeden birinci derecede sorumlu olduğundan, iktidar dizginlerini elinde tutmak zorundaydı. Başbakanı o tayin eder, Toy’u toplantıya çağırabilir, törede değişiklik teklif edebilirdi. Çünkü o Tanrı’nın siyasi iktidar(kut) ile donatıldığı tek şahsiyetti. Yasama, yürütme ve yargı yetkileri şahsında toplanan Kağan devleti yönetirken; gelenekleri, halkın isteklerini gözönüne almak, onun ihtiyaçlarını gidermek, devlet içinde güven ve barışı sağlamakla

14 Eski Türk toplum yapısı ile ilgili olarak bkz. Turan, O. : Türk Cihan Hakimiyeti Mefkuresi Tarihi , c.1, 3.baskı, İstanbul 1979, s.195. ; Güngör, Erol : Tarihte Türkler, 3. Baskı, İstanbul 1990, s. 53. ; Kafesoğlu, İbrahim : Türk Bozkır Kültürü, Ankara 1987, s. 18 vd.

15 Merkez teşkilatının bu bölümleri için bkz. Kafesoğlu, Bozkır Kültürü, s. 58 vd. ; Mehmed Niyazi. : Türk Devlet Felsefesi, İstanbul 1995, s. 91 vd.

16 Kafesoğlu, Türk Millî Kültürü, s. 251.

17 Turan, R. : Türkiye Selçuklularında Hükümet Mekanizması, İstanbul 1995, s. 21.

18 İslam öncesi Türk devletlerinde vezir kelimesine ve vezaret müessesesine rastlanmaz. Ancak benzer görevler yapan memuriyetler görülür (Turan, age, s. 20).

19 Kafesoğlu, Türk Millî Kültürü, s. 251. ; Aydın, M. Akif: Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı, İstanbul 1996, s. 16.

yükümlüydü. Ordunun başkomutanıydı ve devlet mahkemesi(Yargu)'ne o başkanlık ederdi²⁰.

Hükümdarın eşlerine Hatun denirdi.Hatunlar devlet işlerine karışırlardı. Hükümdarın ve valilerin emirlerinde çeşitli görevler yapan yüksek memurlar bulunurdu. Bunlar aynı zamanda boy beyleri ile hakan arasındaki bağlantıyı sağlıyordu. O dönem, devlet adamlarının isimlerindeki kelimelerden çoğu onların görevlerini belirten birer ünvanı: şad, sagun, tekin, tudun, tarhan, inal, çur, külerkin, ilteber gibi. Kağan'ın kardeşi veya oğlu yabgu ünvanı ile, devletin önemli bir bölgesinde veya boy beyleri üzerinde görevli yüksek bir memurdu²¹.

2. Danışma Meclisi

A. Toplanma ve Çalışma Şekli

İslâm öncesi Türk Kamu Hukuku'nun önemli bir müessesesi olan danışma meclisi ya da kurultay; "Normal-Düzenli" ve "Olağanüstü" olmak üzere iki şekilde toplanmaktaydı.

Normal-düzenli meclis, toplum ve devlete göre değişmekle birlikte mutad, belirli zamanlarda yapılıyordu. Dede Korkut Kitabı'ndan, Oğuzlarda Bayındır Han'ın yılda bir kez kengeş toyu yaptığını biliyoruz. Bu toy ya da kurultaylar yılın belirli günlerinde olur, belki davete bile gerek kalmazdı²². İbni Batuta Seyahatnamesi'nde belirtildiğine göre, senede bir defa "toy" yapmak Cengiz Yasası'nın hükümleri arasında yer almaktadır²³. Hunlar ve Göktürklerde senenin başında, beşinci ayda ve sonbaharda düzenli olarak toy meclisleri yapılmakta idi.

Olağanüstü meclis şekli ise, toplum ve devlet hayatını etkileyen önemli olayların meydana gelmesi halinde zamana bakılmaksızın yapılmaktaydı. Göç, savaş, barış ve yeni bir devletin kurulup törenin tespit edilecek olması durumlarında olduğu gibi olağanüstü toplanılırdı. Kurultayın ismi de toplanılmasına sebep olan olayla anılırdı (göç kurultayı, töre kurultayı gibi).

Danışma toplantısı, sadece önemli meselelerin görüşülüp müzakeresi amacı ile yapıldığı gibi toy şeklinde de yani, danışma, görüşme meclisi yanında yeme içme eğlence ve dini töreni kapsayacak biçimde de yapılabilirdi. Normal-düzenli danışma meclislerinde bu usule genellikle rastlanmaktaydı.

Kurultayın, hakan tarafından toplantıya çağrılması gerekirdi. Düzenli olanlarda muhtemelen çağrıya gerek yoktu.Toplantı, meclis genellikle hükümdarın nezdinde, onun bulunduğu yerde yapılırdı. Hükümdar toyun tabii başkanı idi. Fakat hakan seçiminde veya devlet başkanının herhangi bir sebeple toplantıda yer almadığı zamanlarda müzakereler ayguçi (öge) tarafından idare edilirdi²⁴.

²⁰ Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 253. ; Sevinç, N.: "İslam Öncesi Türk Hukuku", Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, Haziran 1990, s.166.

²¹ Turan, age, s. 200. ; Güngör, age, s. 55.

²² Ögel, age, s. 86.

²³ Tanci, M. : İbni Batuta Seyahatnamesi, (sad. Mümin Çevik), c. 1, İstanbul 1993, s. 264.

²⁴ Arsal, S. Maksudi : Türk Tarihi ve Hukuk I, İstanbul 1947, s. 202. ; Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s.250.

Toplantılara katılım çok önemliydi. Hun Devleti'nde beşinci ayda yapılan toplantıya katılmayanlar isyankar ilan ediliyordu. Bayındır Han toy ve kurultaya gelmeyen Dış Oğuz'u düşman olarak kabul etmişti²⁵. Yıllık toy geleneğini terketme Sultan Tarmaşirin'in tahttan indirilme sebeplerinden en önemlisiydi²⁶.

Danışma meclislerinde görüşmeler özgür bir biçimde yapılırdı. Herkes sözünü açıkça söylemek ve serbest olarak görüş bildirmek hakkına sahipti. Hakan istenildiği gibi tenkit edilebilirdi. Çünkü kurultay üyeleri asıl kuvvetlerini temsil ettikleri zümrelerden alırlardı²⁷.

Kurultaya ve toylara sayıları yüksek olan beyler ile geniş halk topluluğu katıldığından, toplantılar sessizlik ve disiplin içinde geçmeliydi. Herkesin oturacağı yeri ve sırası belliydi ve buna riayet etmek gerekirdi²⁸.

B. Oluşumu

Kurultaya katılanlar Türk devletlerinde farklı olmuş ve aynı devlet içinde bile, toplantının niteliğine göre değişiklik göstermiştir.

Oğuz Han Destanı'nda anlatıldığına göre, Oğuz düzenlediği büyük toya "il" ve "gün" (devlet temsilcileri ve halk)'ü davet etmişti²⁹. Dede Korkut'ta, kurultay adeta beyler konseyi gibidir. Üyeleri ancak beyler, ünlü savaşçılar ve alplerdir. O dönem için, doğal olarak bir parlamento veya tam bir devlet meclisi düşünmek mümkün değildi³⁰.

Oğuz Destanı'nın bir parçası olan Türkmen şeceresi'nde, Oğuz Han'ın toy ve kurultayına katılanlar şunlardır: Oğuz Han'ın oğul ve torunları, kuma çocukları, Han'ın soyundan olmayan bazı beyler, ilin ihtiyarları ile beyler ve yiğitler³¹. Seçim kurultayına daha seçkin bir zümre katılmaktaydı.

Hunlarda, her sene yılbaşında yapılan kurultaya ancak mülki ve askeri idare başında bulunan beyler katılırdı³². Bahar Kurultayı'nda Hakan'ın başkanlığında, Hatun'un ve prenslerin huzurunda başlayan toplantıya hükümet üyeleri, hanedan ile boy beyleri, bilgeler, yüksek memurlar, Hunlara bağlı boylar ve yabancı zümre temsilcilerinin katılmaları zorunlu idi³³. Genel halk kurultaylarına eli silah tutan her erkek katılmak hakkını haizdi³⁴.

Moğollarda uriltai (kurultay) denilen iki tip şura (toplantı) vardı. Kabile şurası denilen "xuriltai" a, soy başbuğları, önemli şahıslar, bağlı boylar yani eski Moğol toplumunun yüksek sınıfının bütün temsilcileri katılırdı. Bu gibi şuralar ayrıca soylarda

25 Ögel, age, s. 85.

26 Tanci, age, s. 264.

27 Güngör, age, s. 55.

28 Ögel, age, s. 92.

29 Oğuz Kağan Destanı, str. 90, 357.

30 Sümer, Faruk: Oğuzlar (Türkmenler), 2. Baskı, Ankara 1972, s. 411.; Ögel, age, s. 74.

31 Mehmed Niyazi, age, s. 74.

32 Arsal, age, s. 204.

33 Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 246.

34 Türk Tarihinin Anahatları, Maarif vekaleti, İstanbul 1931, s. 41.

da olurdu. Soydaşların bu aile veya soy şuralarına da ıuriltai yani “danışma toplantısı” denirdi³⁵.

Türkler, Toy'a katılma hakkına sahip olanlara muhtemelen toygun demekte idiler³⁶. Çin kaynaklarında, toygunların devlet işlerini müzakere ve yürütmeyi denetlemekle görevli olduklarına işaret edilmiştir. Ayrıca Çin yıllıklarında toygun (ta-kuan)lardan bahsedilirken ünvanları da belirtilmiştir: Tekin, Külçor, Apa, Erkin, Tudun, İteber, Tarhan v.b.Bunların bir kısmının bakan (buyruk) olduğu dikkati çeker. Ancak buyruk olmayan toygunlar da vardır.Bunlar askeri-sivil yöneticiler olarak devlet meclisine katılırlardı ve hükümdar ailesinden değildiler³⁷.

Kurultaya katılan boy beyleri, cesareti, mali kudreti ve doğruluğu ile tanınmış kimseler arasından seçim yolu ile işbaşına gelirlerdi³⁸. Zaman zaman toy müzakerelerini yöneten ayguçi(öge), hanedan mensupları dışından, devlete hizmetleri ve dirayetli kişilikleri ile tanınan, halk tarafından sevilmiş kişiler arasından seçiliyordu³⁹. Hakan eşleri olan hatunlar da genellikle devlet meclisine katılırlardı.

Görüldüğü gibi, Türklerde toy ya da kurultaya katılma hakkına sahip kimseler, belirli vasıflara sahip olmak zorundaydı. Ancak böyle seçkin kişilerden oluşan bir meclis devlet işlerinde “danışma, müzakere, kontrol ve karar alma” gibi zor bir sorumluluğu taşıyabilirdi.

C. Konusu ve Yetkileri

Hunlardan itibaren görülen devlet meclisi (toy) ve kurultaylar, devletin en önemli meselelerinin görüşülüp karar altına alındığı kurullardı. Devlet teşkilatı içinde hakandan hemen sonra gelen, hatta bazı yetkileri ile hakandan daha önemli bir konuma yükselen bu meclisler, yasama ve kısmen de yürütme yetkilerine sahiptiler.

Bu meclislerin “danışma meclisi” ismiyle anılması, meclislerin sadece istişari bir organ vazifesi gördüğü anlamına gelmemelidir. Bu meclis toplantılarında, danışma, karşılıklı müzakere, yürütmenin kontrolü ve karar alma sözkonusudur. Yani bu meclisler “istişari ve icrai” bir organ niteliği taşırlardı.

Orta Asya Türk Devletlerinde Han'ın ölümü durumunda yerine geçecek kişi konusunda kesin bir ilke kabul edilmediğinden, bu durumda normal olan kurultayın toplanmasıydı. Han seçimiyle vazifeli bu kurultaya “ Seçim Kurultayı” da denirdi. Nitekim Hun ve Göktürklerde beşinci ayda yapılan Büyük Kurultay'da hükümdarlıklar tasdik edilir, gerektiğinde yeni bir kağan seçimi yapılabilirdi⁴⁰. Bazen hakan adayı gerekçe gösterilerek reddedilirdi. Beyler kurultayının da han seçmek, gerekirse hüküm süren bir hanı tahttan indirmek hakkı ve yetkisi vardı⁴¹. Uygurlarda olduğu gibi, kudretli

35 Vladimirsov, B. Y. : Moğolların İçtimai Teşkilatı, (çev. Abdülkadir İnan), Ankara 1944, s. 122.

36 Kitabelerde birkaç yerde geçen ve toy ile -gun ekinden türediği anlaşılan toygun kelimesine çeşitli manalar verilmiştir.İkinci hecedeki “-gun”, Türkçede aynı zamanda “topluluk, birlik” (Caferoğlu, A. Türk Dili Tarihi I, İstanbul 1958, s. 134) veya “bir topluluktan olan” anlamını veren bir ek olduğuna göre, toygun kelimesinin; “toy birliği içinde toy'a mensup” veya daha oğru bir ifade ile “toy üyesi” anlamına geldiği kabul edilmek gerekir (Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 249.)

37 Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 249.

38 Kafesoğlu, Bozkır Kültürü, s. 19.

39 Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 251.

40 Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 246.Mete Han'ı da budun büyüklerinin oluşturduğu bir komutay (umumi heyet)in seçtiği Çin salnamelerine dayanılarak ileri sürülmektedir. (Mehmed Niyazi, age, s. 73).

41 Arsal, age, s. 289.

yönetici ve kumandanlar arasından biri de meclis tarafından han seçilebilirdi. Meclis bu yönüyle bir yasama meclisi niteliğine sahipti⁴².

Oğuz'un düzenlediği büyük toyda, halk temsilcileri kendi aralarında "kengeş" (danışma)ükten sonra katıldıkları kurultayda, Oğuz'un hakanlığını kabul edip gelecekle ilgili kararlar almışlar ve sonuç hakan tarafından ilan olunmuştur⁴³. Cengiz Han Devleti'nde, seçimler, savaşlar, tayinler ile ekonomik düzenlemeler hatta büyük yargılamalar kurultay tarafından karara bağlanmaktadır⁴⁴.

Kurultayın konusu "töre" ile ilgili olabilirdi. Türklerde yeni bir devlet kurulunca töreyi tespit etmek için kurultay yapılırdı. Oğuz Han'ın töre toyu yaptığı bilinmektedir⁴⁵.

Devlet başkanlarının kanun teklifi ve önemli kararlarının, beylerden oluşan kurultay tarafından kabul edilip onaylanması gerekirdi. Kurultayın kanun koyucu olarak da yasama ile ilgili önemli bir konumu vardır. Önemli kurultay kararları töre haline gelebilir veya yerleşmiş töre hükümleri kurultay kararı ile değiştirilebilirdi⁴⁶. Mete zamanından itibaren devlet başkanlarının teklifi ve devlet meclisi kararıyla törede değişiklik yapıldığı görülmektedir.

Kurultayın yıllık toplantılarının bir amacı da kağanı kontrol etmektir. Kağanın bu toplantılarda, töreye uygun hareket edip etmediği kontrol edilir, gerekirse tahttan indirilirdi. Çünkü eski Türk hukukunda kağan, sorumlu bir şahıs ve töreye bağlı yüksek bir memur telakki edilmekteydi⁴⁷.

Savaş ve barış için karar vermek de kurultayın görevi idi. Hunlarda savaş kurultayı sonbaharda yapılırdı. Bu kurultayda bütün asker ve atların adedi ile birlikte savaş kabiliyeti tespit edilirdi. Savaş ile ilgili işler görüldüğünden dolayı bu kurultaya "Askeri Kurultay" adı verilmiştir⁴⁸. Düşman bir devletle barış için acele edilmez, hakanın uygun ortam oluşturması için beklenirdi. M.S. 68 yılında Hun Hakanı Çin ile barış yapmak için devletin ileri gelenlerini toplantıya çağırmişti⁴⁹.

Hakandan ayrılıp başkasına bağlanmak için, beyleri ve halkı razı etmek şarttı. Bu da kurultayın toplanmasını gerektirirdi M.Ö.53 yılında Cici Han'a yenilen Huhanye'nin Çin'e bağlanmak isteği ile topladığı kurultayda kendisine karşı çıkılmıştı⁵⁰.

Makam(orun) ünvan, damga ve semboller (ongun) de kurultaylarda verilir⁵¹. Göç için de kurultay toplanırdı.

42 Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 248.

43 Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, s. 247.

44 Ögel, age, s. 82.

45 Ögel, age, s. 80.

46 Bkz. Babaoğlu, O. M.: Türk Hukukunda Devlet Fikri, İstanbul 1936, s. 66 ; Arsal, age, s. 289. Aydın, age, s.18.

47 Babaoğlu, age, s. 66.

48 Arsal, age, s. 204.

49 Ögel, age, s. 84. ; Babaoğlu, age, s. 66.

50 Ögel, age, s. 85.

51 Sevinç, TDAD, s. 178.

D. İktidarı Sınırlandırmadaki Yeri

“İktidarın sınırlandırılması” meselesini ele alabilmek için öncelikle islâm öncesi Türk hukukunda hakimiyet kavramı üzerinde durmak gerekir.

Orhun kitabelerindeki yazılara dayanarak öğreniyoruz ki, eski Türkler, hakimiyeti devletten ayrı bir kavram olarak anlamışlar ve devletin kuruluşunda önemli bir unsur sayarak, hakimiyeti elinde tutan ve tatbik eden şahıslarla karıştırmamışlardır. Kağan, sadece hakimiyeti uygulayan yüksek bir memur olarak telakki edilmiştir⁵².

Yine Orhun kitabelerindeki yazılardan anlaşıldığına göre Türkler hakimiyetin kaynağını Gök'te aradılar. Gök (Tanrı)'ten gelen hakimiyetin kudsîyetine inandılar. Bu yüzden bu hakimiyete karşı gelmek en ağır suç sayılmıştır⁵³.

Türkler genelde geçmiş milletler gibi, hakimiyetin Gök'ten geldiğini kabul etmekle beraber, Gök (Tanrı)'ün hakimiyeti imparatorlara, kağanlara değil bütün'e, yani milletin bizzat kendisine verdiğini kabul etmişlerdir. Gök bütün(mukaddes millet) bu hakimiyeti kendi isteği ile ve bir sözleşme ile kağana veriyordu. Böylece Türk devlet anlayışında, siyasi iktidar kaynağını Gök'ten almasına rağmen yöneticilere ilahi kaynaklardan değil, beşeri bir sözleşme ile geçmekteydi⁵⁴.

Hakimiyetin ilahi kaynaklı olduğu Hunlardan beri kabul edilmekle beraber, hakanlara herhangi bir şekilde uluhiyet atfedilmemiştir. Hakan, Tanrı tarafından gönderilmiş ve kut (siyasi hakimiyet)⁵⁵ verilmiş bir insan olarak kabul edilmektedir. Bazı kültürlerdeki benzeri anlayışlarda kralın şahsı da ilahi kökenli kabul edildiğinden, bu inanç tabii olarak, kral hata yapmaz, kral masumdur fikrini de beraberinde getirmiştir. Oysa Türk anlayışında ilahi olan görevlendirmedir. Hakan beşeri zaafı da olabilen bir insandır Hakan olmak kişi için bir nasiptir ve o kişi buna layık olmak zorundadır⁵⁶.

Hakan, hakimiyeti töreye uygun olarak kullanmakla yükümlüydü. Töreye göre kurulan devlette yetkileri de töre belirlerdi. Törenin tamamı değişmez, donmuş kurallar değildi, değiştirilebilirdi. Türk töresi yazılı kanunlar halinde de değildi. Örf ve adet halinde çok sağlam olarak yerleşmişti. Her konuda törenin ne olduğunu küçükler büyüklerden öğrenerek yetişirdi. Törenin daima doğru ve adaletli olanı gösterdiğini herkes kabul ederdi. Çünkü Türklere göre töre, yüzlerce yıllık hayat tecrübesinden süzölmüş kurallardan ibarettir⁵⁷. “İl (devlet) gider, töre kalır” sözü bu gerçeği ifade etmekteydi.

Hükümdar töre hükümlerine karşı gelemezdi. Töreye ters düşen kağanlar tahttan indirilirdi. Töre yoluyla idaresi altındakilere karşı sorumlulukları bulunduğundan, karizmatik bir hükümdarlık anlayışına rağmen, Türk hükümdarlarının insafsız, zorba

52 Babaoğlu, age, s. 53 vd. ; Türk Tarihinin Anahatları, s. 41.

53 Babaoğlu, age, s. 57.

54 Babaoğlu, age, s. 58-59.

55 Hun hükümdarlarının ünvanı Tengri Kut (Tanrı Kut), “semavi hakimiyet” anlamına gelirdi. Hükümdar, yabancı ülke hükümdarlarına gönderdiği mektuplarda, “Hunların Tanrı tarafından tahta çıkarılması büyük hükümdarı” ünvanını kullanırdı. (Arsal, age, s. 202).

Uygurlar ile Göktürkler arasında hükümdarlık anlayışında çok yakın benzerlikler vardı. Uygur kağanları hükümdarlıklarını Göktürkler gibi Gök'ün yani Tanrı'nın buyruğuna bağladılar. Tanrı kendilerine kut verdiği için kağan olur ve milletin başına geçerlerdi. (Ögel, B. : Türk Kültürünün Gelişme Çağları II, İstanbul 1997, s. 46.)

56 Mehmed Niyazi, age, s. 49.

57 Güngör, age, s. 57. ; Mehmed Niyazi, age, s. 53.

olmaları pek mümkün değildi. Töre, kağan da dahil olmak üzere yöneticilerin yetkilerini sınırlamaktaydı.⁵⁸

Törenin ortaya çıkmasını sağlayan üç kaynak vardı⁵⁹:

1- Halk: Örf şeklinde uzun yıllar içinde doğrudan doğruya halk içinde ortaya çıkmış esaslar.

2- Han: Han'ın yasama faaliyeti sonucunda ortaya çıkmış kurallar.

3- Kurultay : Halk ve beylerin kurultayda aldıkları kararlar.

Han'ın yönetme yetkisi şarta bağlıydı. Halkı doyurmak, giydirmek, çoğaltmak, milli birliği ve asayişi sağlamak zorundaydı. Eğer hükümdar topluma karşı vazifelerini yerine getirmez ise, kut (iktidar)'unun Tanrı tarafından geri alındığı düşüncesiyle iktidardan düşerdi. İyi, bilge ise Tanrı'nın yardımı onunla beraber olur, aksi takdirde Tanrı "kut yülekini" (inayetini) ondan çekerdi.⁶⁰

Hükümdar icraatından önce "istişare etmek", "meclisten karar ve onay almak" zorunda idi. Buradan da anlaşılıyor ki, eski Türk hukukunda, töre ile birlikte danışma meclisi ya da kurultay Hakan'ın iktidarını sınırlandırmada önemli rol üstlenmektedir. Hakan devlet hayatını ilgilendiren meselelerde tek başına karar alamayıp mutlaka meclise danışmak zorundadır. Eski Türk devletlerinde bunun sayısız örnekleri vardır.

Oğuz Beyleri toy diye birleşince yeme içme olur, sonra oturup danışık (meşveret) ederlerdi. Beyler neye karar verirse Han onu yapardı .Başka birşey yapmazdı. Devlet teşkilatı içinde de önemli işler kurultayda görüşülüp müzakere edilmeden ve karara bağlanmadan Kağan tarafından icra olunamazdı. Kağan bir kurultay üyesi olduğundan, mecliste görüşünü açıklayıp ikna edici delillerle kurultay heyetine kabul ettirebilirdi. Kağan iktidarı sınırlanmış bir konumda idi.⁶¹

Hunlarda birinci ve beşinci aylar ile sonbaharda yapılan kurultayda hakan, katılanların görüşlerini ve aldıkları kararları dikkate alırdı. Hakanın kudreti bu toplantılarda katılanlar tarafından sınırlandırılırdı. Hakanı zorba biri olarak nitelendirmek mümkün değildi.⁶²

Mete'nin kurultayında da tıpkı Oğuzların kengeş ve meşveret meclisleri gibi toplanma ve görüşme olurdu. Mete her konuda danışma için devletin ileri gelenlerini çağırır ve onlara sorardı. Bazen hepsi, bazen bir kısmı karşı çıkardı. Sonunda Mete'nin dediği olurdu. Ancak her durumda danışma meclisine bir defa olsun danışma gereği duyulurdu.⁶³

Danışmadan veya varılan karara uymayarak hakimiyet hakkını kullanan hükümdara zaman zaman müdahale edilmiştir. Göktürk Hakanı Ta-po (m.s. 581)'nun

58 Güngör, age, s. 57. ; Babaoğlu, age, s. 55. ; Mehmed Niyazi, age, s. 60. Töre kelimesi devirlere göre değişen anlamlar kazanmıştır: " Sosyal hayatı düzenleyen zorunlu kurallar", "kanunlar ve örf hukukunun toplamı", " devletın kuruluş düzeni ve işleyişi" ve zamanla Uygurlar döneminde doğrudan doğruya "kanun". (Ögel, Gelişme Çağları, s. 41. ; Arsal, age, s. 288).

59 Türk Tarihinin Anahatları, s. 41. ; Arsal, age, s. 288.

60 Mehmed Niyazi, age, s. 49, 60. ; Sevinç, TDAD, s. 167, 172.

61 Gökalp, Z. ;Türk Medeniyeti Tarihi, c. II, İstanbul 1974, s. 208 vd.

62 Mori, M. : "Kuzey Asya'daki Eski Bozkır Devletlerinin Teşkilatı", Tarih Enstitüsü Dergisi sayı 11 yıl 1978'den ayrı basım, İstanbul 1978, s. 220.

63 Ögel, age, s. 73, 88.

istişare etmeden yerine vasiyet ettiği Talo-pien'in hakanlığı töreye uymadığı gerekçesiyle devlet meclisi tarafından reddedilmiştir⁶⁴.

Bilge Kağan'ın teklif ettiği; Göktürk şehirlerinin surlarla çevrilmesi ve Budizm ile Taoizm'in ülkede propaganda edilmesi devlet meclisinde kabul edilmemişti. Hakanın yetkilerini gerektiğinde kısılabilen bu meclisler demokratik bir nitelik de göstermekteydiler.

Yine Oğuzlarda Buğra Han kendisinden sonra Han seçiminin, beyler tarafından danışma meclisinde yapılmasını ve kararlaştırılan adayın tayin edilmesini istemektedir⁶⁵.

Bu açıklamalar ve örneklerin ışığında şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, eski Türk hukukunda hakan önemli bir meselede kurultaya danışmak zorundadır. Bu geleneğe uymayan hakan tahttan indirilebilmektedir.

Hakan kamuyu ilgilendiren önemli bir meselede kurultaya danışmakla beraber, kurultayın almış olduğu kararlarla bağımlıydı? Bu konuda kaynaklarda tam bir açıklık yoktur. Mete gibi çok ünlü, güçlü ve karizmatik bir liderin kurultaya mutlaka danışmakla beraber son kararı kendisinin verdiği görülür. Ancak genel olarak hükümdarların hem danıştıkları hem de kurultayın almış olduğu kararlarla bağılı olduklarını görmekteyiz. Mete örneğinde olduğu gibi hükümdarın karizmatik özelliğinin bağlayıcılık açısından bir istisna oluşturması mümkün olabilir. Hakan, herşeyden önce kurultay toplantılarına genellikle katılan, görüş sahibi bir kurultay üyesidir.

İslâm öncesi Türk devletlerinde hakanın yönetimde en üst konumda bulunduğu, yasama, yürütme ve yargıyla ilgili yetkileri olduğu açıktır. Merkezîyetçi bir yapıya sahip bu devletlerin monarşik bir rejim özelliği olmakla beraber, bunun, hakanın iktidarını sınırlayan töre ve kurultay dolayısıyla mutlak olmayıp meşruti bir tarz⁶⁶ gösterdiği görülür.

⁶⁴ Mehmed Niyazi, age, s. 60.

⁶⁵ Oğuz Destanı Reşideddin Oğuznamesi Tercüme ve Tahlili (A. Zeki Velidi Togan), İstanbul 1972 s. 64.

⁶⁶ Aydın, age, s. 15. : Sevinç, TDAD, s. 179.

IV) SONUÇ

Kengeş meclisi, toy ve kurultay gibi isimlerle anılan bu demokratik müessesenin meclis geleneğimizin ilk çekirdeğini oluşturduğunu söylemek mümkündür. Bu geleneksel kurumun Selçuklulara ve oradan da Osmanlılara geçtiği bilinmektedir. Hatta Osmanlı klasik döneminin bir bölümüne kadar kurultay, hükümdarı seçen bir kurul olarak doğrudan etkili olmuştur.

Bu meclislerin yapısını oluşturanlar, halkın seçtikleri temsilciler ile atanmış üyelerden oluşmakta idi. Halkın da katılımıyla oluşan toy meclislerindeki toplantılar bir "millet meclisi"ni andırmaktadır. Kurultay toplantıları ise genellikle seçkin kimselerden oluşmaktadır. Ancak ayrı iki meclis olarak nitelense de, birinde doğrudan, diğerinde seçtikleri beyler vasıtasıyla halk yönetime katılmaktadır. Devleti yöneten hakan da, bir geleneği devam ettirmek, kimi zaman en doğru kararı almak, uygulayacağı kararı topluma benimsetebilmek, sorumluluğu paylaşmak gibi saiklerle danışma ihtiyacı duymuştur.

Türk devlet yapısını oluşturan uruk, boy ve budun gibi kümelerin ortak gayelere ulaşmak için görüş birliğinde olmaları gerekiyordu. Bu da kurumsallaşan bir meclisle sağlanabilirdi. Bu meclisler, devletin ve milletin temellerini sağlamlaştıran, millet - devlet kaynaşmasını sağlayan kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özetle, islâm öncesi Türk hukukunda danışmanın toplumda yerleşik bir usul ve devlet teşkilatında yer alan önemli bir müessese olduğu görülmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- ARSAL, S. M. : Türk Tarihi ve Hukuk I, İstanbul 1947.
- AYDIN, M. A. : Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı, İstanbul 1996.
- BABAOĞLU, O. M. : Türk Hukukunda Devlet Fikri, İstanbul 1936.
- BARTHOLD, W. : Orta Asya Türk Tarihi Hakkında Dersler, İstanbul 1927.
- CAFEROĞLU, A. : Türk Dili Tarihi I. İstanbul 1958.
- Dede Korkut Kitabı : (Neş. Muharrem Ergin), İstanbul 1969.
- Divan-ı Lügat'it-Türk Dizini: (Yazan Besim Atalay), Ankara 1943.
- GÖKALP, Z. : Türk Medeniyeti Tarihi, c.II, İstanbul 1974.
- GÜNGÖR, E. : Tarihte Türkler, 3. Baskı, İstanbul 1990.
- KAFESOĞLU, İ. : Türk Bozkır Kültürü, Ankara 1987.
- KAFESOĞLU, İ. : Türk Milli Kültürü, İstanbul 1995.
- KÖSEOĞLU, N. : Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler, İstanbul 1990.
- KURAT, A. N. : Peçenekler, İstanbul, 1937.
- MEHMET NİYAZI : Türk Devlet Felsefesi, İstanbul 1995.
- MORİ, M. : "Kuzey Asya'daki Eski Bozkır Devletlerinin Teşkilatı", Tarih Enstitüsü Dergisi sayı I yıl 1978'den ayrı basım, İstanbul 1978.
- Oğuz Kağan Destanı : MEB basımı, İstanbul 1970.
- Oğuz Kağan Destanı : Reşideddin Oğuznamesi Tercüme ve Tarihli (A.Zeki Velidi Togan), İstanbul 1972.
- ÖGEL, B. : Türklerde Devlet Anlayışı (13.Yüzyıl sonlarına kadar), Ankara 1982.
- ÖGEL, B. : Türk Kültürünün Gelişme Çağları II. İstanbul 1997.
- SEVİNÇ, N. : "İslam Öncesi Türk Hukuku", Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, Haziran 1990.
- SÜMER, F. : Oğuzlar (Türkmenler), 2. Baskı, Ankara 1972.
- TANCI, M. : İbni Batuta Seyahatnamesi, (sad.Mürnin Çevik), c. 1, İstanbul 1993.
- TURAN, O. : Türk Cihan Hakimiyeti Mefkuresi Tarihi, c.1, 3.baskı, İstanbul 1979.
- TURAN, R. : Türkiye Selçuklularında Hükümet Mekanizması, İstanbul 1995.
- Türk Tarihinin Anahatları : Maarif Vekaleti, İstanbul 1931.
- Türkçe Sözlük : TDK Yayını, 6.Baskı, Ankara 1974.
- VLADİMİRTSOV, B. Y. : Moğolların İçtimai Teşkilatı , (çev.Abdülkadir İnan), Ankara 1944.

TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDE İSRAİL DEVLET MODELİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Ayhan Döner*

GİRİŞ

İsrail Devleti'nin Filistin topraklarında kurulması 19. yüzyılda ortaya çıkan ve gittikçe hızlanan Siyonist faaliyetler ile batılı devletlerin bu faaliyetleri desteklemesi sonucu olmuştur. Siyonist hareket dünya kamu oyunun büyük bir kısmını uzun bir süre, Filistin'in Yahudilere "vaad edilmiş toprak" olduğuna ve bu yerler boş durduğundan, "halksız toprağa topraksız bir halk" götürmek gerektiğine inandırmıştır.

Aslında Filistin'de bir Yahudi Devletinin kurulması Batılı devletlerin de işine geliyordu. Böylece kapitalizmin son zamanlarında batı, Yahudilerin küçük burjuva rekabetinden kurtulacak, üstelik Yahudi Devleti o bölgedeki kapitalist çıkarları koruyabilecekti. İşte bu ve benzeri düşünceler ve çıkar birliği ile elli yıllık bir mücadele sonucu Filistin toprakları üzerinde İsrail Devleti kurulmuştur.

İsrail'in kuruluş aşamasında yapılan faaliyetler ve örgütlenmeler, devlet kurulduktan sonra onun siyasi ve hukuki şekillenmesini de etkilemiştir. Devlet kurulduğunda kurulmasında çalışan örgütler onun siyasi yapısını, alınan kararlar ve Manda İdaresi dönemindeki hukuki metinler de hukuki yapısını şekillendirmiştir.

I- GENEL OLARAK İSRAİL'İN TARİHİ

A-Tevrat dönemi (M.Ö. 17.yy- M.Ö. 6.yy)

İsrail'in ilk bin yıllık tarihini anlatan başlıca kaynak Tevrat'tır. Tevrat'a göre, Yahudilerin kökü ilk peygamberlerden Hz. İbrahim, Hz. İshak ve Hz. Yakub'a dayanmaktadır. O tarihlerde Mezopotamya'dan Filistin topraklarına hayvancılıkla uğraşan göçebe bir kabile gelmiştir. Bu kabile tek Tanrıya inanıyordu ve Tevrat'a göre Tanrı, bu kabileye söz konusu toprakları vaad etmiş ve buraya yerleşmelerini sağlamıştır¹.

Tevrat'a göre İsrail kelimesinin kaynağı, Tanrının Hz. Yakub'a verdiği bir isimdir. Tevrat ve Kur'an'da Hz. Yakub'un 12 oğlu ve onlardan gelenler "İsrail Oğulları" olarak adlandırılmışlardır².

Hz. Yakup zamanında Filistin topraklarında kötü şartlar nedeniyle kıtlık çıkmış, bunun üzerine Hz. Yakup ve oğullar Mısır'a göç etmiş. Yahudiler Mısır'da birkaç kuşak boyunca kalmış, Firavunlar tarafından esir ve köle olarak çalıştırılmıştır. Hz. Musa Yahudileri Firavun'un elinden kurtararak Sina Çölü'nde kırk yıl dolaştıktan sonra Filistin'e getirmiştir³.

Hz. Musa'nın ölümünden sonra yerine, yine bir peygamber olan Hz. Yuşa geçti. Hz. Yuşa Eriha şehrini fethetti ve böylece çölde dolaşmaktan kurtulan Yahudiler iskan

* Arş.Gör. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

1 İsrail Büyükelçiliği Basın Bürosu, *İsrail'in Tarihi*, Bugünkü İsrail Yayınları (Seri Dışı), Ankara, 1976, s.3.

2 İsrail Büyükelçiliği, *İsrail'in Tarihi*, s.3; Hikmet Tanyu, *Tarih Boyunca Yahudiler ve Türkler*, C.1, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, İstanbul, 1979, s.21.

3 Ali Uğur, *Dünya Gündemindeki İsrail*, 2. Baskı, Burak Yayınları, İstanbul, 1983, s.27.

imkanına kavuştular. Ondan sonra başa geçen Hz. Davut Kudüs'ü fethettikten sonra burayı başkent yaptı. Komşu ülkelerle yaptığı savaşları kazanarak Devletin sınırlarını genişletti ve İsrail'in gerçek kurucusu oldu (M.Ö.1000). Oğlu Hz. Süleyman döneminde (M.Ö. 965-928), İsrail Krallığı daha da genişleyerek Orta-Doğu'da önemli bir kuvvet haline geldi. Hz. Süleyman Kudüs'teki meşhur "Süleyman Mabedi"ni (Mascid-i Aksa, 1.Tapınak) yaptırdı⁴.

Hz. Süleyman'ın ölümünden sonra, Krallık ikiye bölündü. Ortaya çıkan iki krallık, Yahuda (Yuda) ve İsrail Devleti olarak kuruldu. Yahuda Krallığı Hz. Davut Hanedanı tarafından yönetildi. Başkenti Kudüs idi. İsrail Krallığı başkent olarak Samariye'yi seçti ve bir çok hanedan tarafından yönetildi. İsrail Devleti Asurluların işgaline (M.Ö. 722) kadar varlığını sürdürdü. Asur Kralı Sargon İsrail'in on kabilesini esir olarak alıp sürgüne götürdü⁵.

Yahuda Krallığı M.Ö 586 yılında Babililerin saldırısına uğradı. Babilliler Süleyman Mabedi'ni yıkarak Yahuda halkını Babil'e sürdüler. Böylece Filistin'deki son ve tek olan Yahudi Devleti sona ermiş, böylelikle Yahudilerin 2000 yıldan fazla sürecek dramının ilk perdesi açılmış oldu.

B- Babil Esareti ve Dönüş (M.Ö.516- M.S.70)

Yahudiler karakteristik özelliklerini Babil esareti döneminde de korumuşlar ve buldukları toplumda erimemişlerdir. Babil Krallığı'nın Persler tarafından yıkılmasından sonra, Filistin toprakları da Pers yönetimi altına girdi. Pers Kralı Kuruş (Kirus) Yahudilerin esaretine son vererek Kudüs'e dönmelerine izin verdi. Arkasından yıkılmış olan Kudüs'ün ve Süleyman Mabedi'nin yeniden imarına izin vererek bu hususta maddi destek sağladı (M.Ö.538). Fakat Babil'de işlerini yoluna koymuş olan Yahudilerin çoğu Kudüs'e dönmeyerek, Babil'de kaldılar. Kudüs'e dönenler ise dört yüzyıl boyunca özerk bir yönetim altında yaşadılar. Bu süre içinde önce Perslerin sonra Yunanlıların boyunduruğu altına girdiler. Yunan idaresine kadar Kudüs valileri genellikle Yahudi olduğu için İsrailoğulları oldukça rahattı. Yunanlılar bu uygulamayı kaldırıncaya Yahudiler isyan ederek Romalıların da yardımıyla bağımsız bir devlet kurdular (M.Ö.142)⁶.

Kudüs, önce ihtilali yöneten Haşmone Ailesi ve sonra Herod Hanedanı tarafından yönetildi. Kral Herod zamanında bir çok eser meydana getirildi. Bunların en önemlisi İkinci Tapınak'tır. Ayrıca Tevratı meydana getiren kitapların çoğu bu dönemde derlendi.

M.Ö. 63 yılından itibaren genişlemekte olan Roma İmparatorluğu İsrail Devleti üzerinde etkilerini arttırmış, daha sonra Filistini zaptederek bu devlete son vermiştir. Ancak Yahudiler Romalılara karşı da baş kaldırmıştır. Bunun üzerine Roma Orduları Kudüs'ü ve İkinci Tapınağı yıktılar. Bu tarihten sonra Kudüs'ten sürülen Yahudiler için yaklaşık 2000 sene sürecek "devletsizlik dönemi" başlamıştır.

Miladi 1. asırda yapılan bir "Diospora Haritası'nda" (diospora özel bir terim olup Yahudilerin cemaat olarak yaşadıkları bölgeleri ifade eder.) Yahudilerin o günkü dünyanın hemen her yanına dağıtılmış oldukları anlaşılmaktadır. Fakat asimilasyona karşı dirençli olan bu kavim buldukları toplumlarda kilit noktara gelebilmişlerdir. Bu yüzden de o toplumların tepkilerini üzerlerine çekerek yeni sürgünlerle karşılaşmışlardır⁷.

⁴ Uğur, s.27; İsrail Büyükelçiliği, *İsrail'in Tarihi*, s.4.

⁵ Tanyu, s.71; İsrail Büyükelçiliği, *İsrail'in Tarihi*, s.4.

⁶ Uğur, s.43-44; İsrail Büyükelçiliği, *İsrail'in Tarihi*, s.5.

⁷ Uğur, s.46.

Erimeme, başkalarına benzememe özellikle Yahudiliğin dini ve siyasi teşkilatlanmaya hiç ara vermemesi sonucu gerçekleşebilmiştir. Bunda "havra" nın önemli etkisi vardır. Yahudilik cemaat şuuruyla asimile olmamış günümüze kadar gelebilmiştir.

C- Yahudilerin Dünyaya Dağılışı ve Sonrası (M.S.1.yy-M.S.20.yy)

Yahudilerin dünyaya dağılışından sonra Filistin değişik krallıkların ve imparatorlukların bir parçası olarak kalmıştır. Bu süre zarfında bölgenin sınırları ve adı bölgeyi elinde bulunduranlar tarafından ihtiyaçlara göre farklı değerlendirilmiştir⁸.

-Roma (M.S.70-395) ve Bizans (M.S.395-636) Dönemi

Romalılar burada kalan ve İsrailoğullarını hatırlatan izleri silmek amacı ile, bölgeye Filistin adını verdiler. Kudüs'ün adı da Aelia Capitolina olarak değiştirildi.

-Arap (M.S.636-1072) ve Selçuklu (M.S.1072-1095) Dönemi

Araplar bölgeyi, Ürdün Nehri sınır olmak üzere ikiye ayırdılar: Filistin ve Ürdün. Selçuklu idaresi kısa sürdüğü için bu devrede önemli değişiklik olmadı.

-Haçlı Dönemi (M.S.1099-1291)

Burada egemen bir devlet kurmayı deneyen Haçlılar bölgeye tamamen yabancı olmaları nedeniyle, bir varlık gösteremediler. Haçlıların kurdukları Devlet Kudüs Krallığı olarak bilinir.

-Memlük Dönemi (M.S.1291-1516)

Bu dönemde bölge üç eyalete bölündü: Safad, Gazze, Şam.

-Osmanlı Dönemi (1516-15179)

Osmanlı idaresi sırasında bu bölge sancak ve vilayetlere ayrıldı. Bu devrede bölgenin bütününe özel bir ad verilmedi.

-İngiliz Manda İdaresi Dönemi (1918-1948)

İngilizler bölgeye tekrar Filistin adını verdiler. İlk zamanlar İngiliz Mandası Ürdün Nehrinin iki yanını da içine alıyordu. 1922'de İngilizler Manda topraklarını ikiye ayırarak Ürdün Nehrinin batısını Filistin, doğusunu Trans Ürdün olarak adlandırdılar.

II- SİYONİZM VE İSRAİL DEVLET'İNİN KURULMA AŞAMASI

A- SİYONİZM

1- Siyonizm Kavramı ve Ortaya Çıkışı

Siyonizm kelimesinin ilk kullanışı çok eski tarihlere dayanır. Siyonizm "Siyon" kelimesinden gelmektedir. "Siyon" Kudüs'teki meşhur bir tepenin adıdır. Hz. Süleyman zamanında inşa ettirilen mabed bu tepenin üzerindedir. Yahudiler Kudüs'ten sürüldükten ve mabedin yıkılmasından sonra tekrar Kudüs'e dönmenin ve mabedin inşasının yollarını aramaya başladılar. Ve bu hedeflerini de "Siyonizm " olarak adlandırdılar.

⁸ İsrail Büyükelçiliği, İsrail'in Tarihi, s.6

Siyonizm fikri Yahudi ve Hristiyan düşüncesinin bir parçası olarak yüzyıllar boyunca var olagelmıştır. Yahudi inancına göre Tevrat'ta Tanrı İbrahim'e "Bu ülkeyi, Mısır Nehrin'den (Nil) Fırat Nehrine kadar sana veriyorum" demişti. Yahudiler "Vadedilmiş Toprak" da hakları olduğunu bu söze kadar götürürler. Hristiyan inancında ise, Millenium'un (Hz. İsa'nın yeryüzündeki yüzyıllık hükümranlığının) başlangıcına Yahudilerin Filistine geri dönüşleri eşlik edecektir⁹.

Bununla beraber politik bir hareket olarak Siyonizm, III. y.y.' da ortaya çıkmıştır. Politik Siyonizmin ortaya çıkmasında 1882 de Rusya'da baş gösteren Yahudi katliamı ve Fransa'daki Dreyfus Olayı etkili olmuştur. Bu iki olayda 19.y.y.' da Yahudi sorunun ön plana çıktığını göstermektedir. Avrupa'da kapitalist birikim ve tekelleşme karşısında orta sınıf Yahudilerin küçük burjuva rekabetinden şikayetçi olmaya başladı. Bu yüzden Yahudiler Rusya ve Batı Avrupada istenmiyordu¹⁰.

Yahudi ayrımcılığının ve Yahudi olmayanlardan kaynaklanan anti-semitizm'in kıvılcımını ateşleyen olay 1881'de Rus Çarı II. Aleksander'in öldürülmesi oldu. Bu olay üzerine Ruslar Yahudileri şamar oğlanı yaptı ve Yahudi katliamının süratle gerçekleşmesini teşvik etti. Anti-semitizm'in bu patlak verişini Yahudilerin Rusya'dan ve Polonya'daki yerleşim yerlerinden topluca göçüne sebep oldu. Mültecilerin çoğu Batı Avrupa ve Amerikaya yerleşirken, üçbine yakın kısmı da Filistin'e göç etti. 1882 yılında bu göçmenler Caffa yakınlarında "Rishon-le Zion" diye isimlendirilen bir koloni oluşturdular. Aynı yıl Rusya'da "Chibbath Zion" (Siyon Sevgisi) olarak bilinen bir hareket ortaya çıktı. Bu hareketin taraftarları "Choveye Zion" (Siyonu Sevenler) adında bir dernek kurdular ve Filistin'e yerleşme ve İbranice'yi diriltme fikrini ortaya attılar. Böylece Politik Siyonizmin ilk tohumları atılmış oldu. Siyon'u Sevenler Derneği 1890'da, Filistin ve Suriye'deki Yahudi Ziraatçi ve Esnafı Destekleme Derneği adıyla resmen tanınmayı başardı. Bu teşkilat Siyon Sevgisi'ni kuranlardan biri ve -mutlaka Filistinde olmasa da- bir Ulusal Yahudi Vatanı fikrini geliştiren ilk kişi olan *Leon Pinsker*'in liderliği altına girdi¹¹.

Oluşum safhasında olan bu Politik Siyonizm'e gerek Yahudi çevrelerinden gerekse dışarıdan tepkiler geldi. Bir Yahudi yazar olan Achad Ha'am Kültürel Siyonizm olarak tanınmaya başlayan manevi dirilişi savunarak Politik Siyonizm'e karşı çıkmıştır. Dışarıdan ise , 1888'de Babıralı Yahudilerinin Osmanlı topraklarına toplu göçünü yasaklayan mevzuatı getirdi. Bu durum geçici olarak Politik Siyonizm'in gerilemesine yol açtı.

2- İlk Siyonist Kongre

Örgütlenmiş Politik Siyonizm'in kurucusu, Viyana'da eğitim görmüş Macaristanlı bir Yahudi olan Theodor Herzl'dir. Herzl Hukuk öğrenimi görmüş olmasının yanında, yazma konusunda oldukça yetekli birisi idi. 1894'deki Dreyfus olayındaki anti-semitizme ilişkin unsurlar, Herzl'i Yahudi Sorununa bulunacak tek çözümün bir Yahudi Devletinin kurulması olduğuna inanmaya sevketti. Bundan dolayı 1895'te İngiliz desteği ile bağımsız bir Ulusal Yahudi Devleti kurma düşüncesiyle, Yahudilerce Arjantin veya Filistin'de koloniler kurulması görüşünü savunan ve Der Judenstaat (Yahudi Devleti) adını taşıyan bir kitapçık kaleme aldı. Herzl hernekadar Judenstaat'ta Arjantin'i de bir Yahudi Devletinin muhtemel yeri olarak düşünmüştü de bunun altındaki amaç, Filistin

⁹ Alan R. Taylor, *İsrail'in Doğuşu*, (çev. Mesut Karasahan), Pınar Yayınları, İstanbul, 1992, s.13.

¹⁰ Türkçüye Atadın, "Filistin Sorununun Ardındaki Gerçek: İsrail'in Kuruluşuna Kadar", AÜSBFD, S.25, 1975, s.32.

¹¹ Taylor, s.15.

dışında herhangi bir yerde Yahudilerin biraraya getirilmesi ve önce orada yerleşip iyice eğitim ve öğretim gördükten sonra yığınlar halinde Filistin'e dönüş zamanının hazırlığının yapılmasıdır¹².

Der Judenstaat'ın 1896'da basılması, gerek Yahudi gerekse Yahudi olmayan çevrelere lehte ve aleyhte tepkilere yol açtı. Bu tepkiler sonucu Herzl, Yahudilerin büyük bir kısmının kendi düşüncesine getirilmiş olduğu kanısına vardı. Herzl görüşlerini paylaşanların özellikle de arkadaşı Marks Nordav'in desteğiyle Ağustos 1897'de İsviçre'nin başşehirinde 1.Siyonist Kongresi'ni topladı. Bu kongreye başta ABD Yahudileri olmak üzere, Avrupalı zengin ve tahsil görmüş Yahudiler katılmıştır¹³.

Herzl açılış konuşmasında toplantının amacını şöyle özetlemiştir: "Biz Yahudi Ulusunu barındıracak olan evin temelini atmak için buradayız." Onun önerdiği program; 1-Filistin'de örgütlü, geniş çaplı bir Yahudi kolonizasyonun teorisini, 2-Filistin'i kolonileştirme konusunda uluslararası olarak tanınmış meşru bir hakkın kazanılmasını, 3-Yahudileri Siyonizm davasında birleştirmek için daimi bir örgütün kurulmasını içeriyordu. Bu ilkeler İsrail Devleti kuruluncaya kadar ve kurulduktan sonra da Siyonizmin temel yönlendiricisi olmuştur¹⁴.

Basel kongresinde "Siyonizm'in hedefi, Yahudiler için Filistin'de Kamu Hukukuyla güvence altına alınmış bir vatan yaratmaktır." sözleriyle ifade edilen nihai hedef belirlendi. Bu hedefi gerçekleştirme düşüncesiyle yapılacak girişimler ise şunlardı: 1-Filistin'de Yahudi kolonisinin tesisi, 2-Yahudilerin yaşadığı her ülkede dünya Yahudilerini birleştirmek amacıyla örgütler kurulması; 3-Yahudi ulusal fikrinin güçlendirilmesi; 4-Siyonizmin hedefinin ifası için, yönetimin onayının sağlanması.

B- İSRAİL DEVLETİ'NİN KURULMA AŞAMASI

1- İlk Siyonist Girişimler

Siyonist hareket Basel'de kurulacak bir devlete hazırlık olarak bir takım örgütler kurdu. Siyonist örgütün bölgesel dernekleri, bu derneklerin federasyonları, örgütün kongresi, genel konseyi ve merkez yürütme kurulu gibi devlete yönelik kurumlar 1. Siyonist Kongresi sonunda kuruldu¹⁵.

Basel Kongresi'nde Siyonist örgütün ilk başkanı seçilen Herzl ilk hedefin, "Filistin'i kolonileştirmek için uluslararası olarak tanınmış bir yasal hakkın kazanılması" olduğuna inanıyordu. Bu sebeple Almanya'nın desteğini almak için İmparator II. Wilhelm ile iki defa görüştü. Fakat İmparator, Osmanlı içişlerine böylesi bir Alman destekli müdahalenin İngiltere, Fransa ve Rusya'yı ayağa kaldıracığını düşünerek Herzl'in teklifini red etti¹⁶.

Herzl ikinci olarak Yahudilerin Filistine yerleştirilmesi teklifiyle Osmanlı Sultanı II. Abdulhamid'in karşısına çıktı¹⁷. Sultan Abdulhamid'e Babıalî'nin durumunun düzeltilmesi için ve doğal kaynaklarının geliştirilmesi için zengin Yahudi dostlarının yardımcı olabileceklerini ima ederek Filistin konusunda tavizler istedi. fakat bu cazip ama

¹² Taylor, s.16-17; Tanyu, s.360.

¹³ Tanyu, s.361.

¹⁴ Taylor, s.18-19.

¹⁵ Ataöv, s.39.

¹⁶ Taylor, s.21.

¹⁷ Herzl'in İstanbul Hatıraları İçin bkz, Tanyu, s.364 vd.

aldatıcı teklif Sultan Abdulhamid'in fikrini çeledi ve Abdulhamid'in cevabı Filistin topraklarında hiçbir şekilde Yahudi kolonileşmesine izin verilmeyeceği şeklinde oldu¹⁸.

Filistin'in Yahudilerce kolonileştirilmesi konusunda Alman İmparatoru ve Sultan Abdulhamid'ten destek bulamayan Herzl, bu defa İngiltere'ye yöneldi. İngiltere önce Araplardan gelecek tepkiden dolayı olaya sıcak bakmadı. Çünkü o dönemde Filistin'deki Yahudi nüfusu 60 bin dolayında iken Arapların nüfusu 650 bin kişi civarında idi. Bununla beraber İngilizler bir süre sonra Herzl'e Uganda'nın kolonileştirilmesi için izin verilebileceği teklifini yaptı, Herzl bu teklife geçici bir çözüm olarak sıcak bakmıştı¹⁹.

Bu arada V. Siyonist Kongresi'nde "Yahudi Ulusal Fonu" (Jewis National Fund-JNF) kuruldu. (Bu fon bugün halen faaliyetlerine devam etmektedir). VI. Siyonist Kongresi'nde JNF'nin amaçları ve faaliyet biçimi tesbit edildi. Buna göre: 1) JNF yalnız Filistin ve komşu ülkelerdeki toprakları satın almak için dünyadaki bütün Yahudilerden para toplayacaktı, 2) Tarımsal ve bahçelik alanlardan başka ormanlar ve her türlü arazide satın alınacaktı; 3) Toprak vazgeçilmez olacak ve Yahudi bireylere bile satılmayacaktı; 4) Topraklar JNF tarafından işletilecek ya da "49 yılı aşmayan süreler için yalnızca Yahudilere kiralanacaktı; kiracının toprağı bir başkasına kiralaması yasak olacaktı. Bu çerçevede JNF Filistin'de ilk toprak alımını 1905 yılında 3 parsellik toplam 5600 dönüm olarak yaptı²⁰.

1904 yılında Herzl'in ölümüyle birlikte Siyonizm iki gruba bölündü. Gruplardan biri esas problemin uluslararası bir onayın sağlanması ve Yahudi sorununa -Filistin veya başka bir yerde- acil bir çözüm bulunması olduğu yolundaki Herzl'in görüşünü savunuyordu, Siyon'u Sevenler Derneği'nin kültürel dirilişçiliğinden etkilenen diğer grup ise, Yahudi vatani ve ulusunu Filistin'den başka bir yerde kurmaya yönelik bütün tekliflere karşı çıkıyordu. Sonunda 1905'teki VII. Siyonist Kongresi'nde Siyonizmin ancak ve ancak Filistin'le ilgili bir şey olduğunu deklare eden bir önerge kabul edildi²¹.

Bu tarihten sonra Siyonizmin başına Rusyalı bir Yahudi kimyager olan Chaim Weizman geçti. Weizman ilk olarak İngiltere ile ilişkileri yoğunlaştırdı. Buna paralel olarak İngiliz yönetiminin önemli liderleri arasından dostlar edinilmeye çalışıldı. Yine İngiltere Yahudileri geniş çaplı propagandalarla Siyonizme kazandırılmaya çalışıldı.

1914'te Birinci Dünya Savaşının başlaması ve Osmanlı İmparatorluğu'nun Almanya'nın yanında savaşa girmesi Filistin topraklarının geleceğini meçhul hale getirmişti. Birinci Dünya Savaşına kadar İngiltere'nin orta-doğu politikası zayıf bir Osmanlı İmparatorluğu'nun Asya'da korunması yönünde idi, Süveyş Kanalı ve Hindistan'a giden yolda güçlü bir devlet yerine zayıf bir Osmanlı İmparatorluğu'nun olması daha yararlı idi. Ancak Osmanlı İmparatorluğu'nun savaşta İngiltere'nin karşısında yer alması durumu değiştirdi. İngiltere bu defa Araplara yöneldi. Araplara bağımsızlık vaadi ve Filistin dahil olmak üzere Arapların oturdukları yerlerde Arap egemenliği vaadiyle Arapları Osmanlı İmparatorluğu aleyhine çevirdi²².

Bu gelişmeleri Siyonizm de yakından takip ediyordu bütün taraflara Filistinde kurulacak bir Yahudi Devletinin faydaları anlatılıyordu. Chaim Weizman İngiliz Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla ABD'nin Siyonist Yargıç Brandeis'in büyük nüfusundan

18 Ataöv, s.39; Rauf Versan, "Türkiye'nin Orta-Doğu Ülkeleri ile İlişkilerinin Siyasi ve Hukuki Temelleri", Tanık Zafer Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, 1992, s.330.

19 Taylor, s.23.

20 Walter Lehn, **Yahudi Ulusal Fonu: Bir Ayrım Aracı**, Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan, AÜSBF Yayınları No:511, 1982, s.87-88.

21 Taylor, s.23.

22 Ataöv, s.40.

faaydalanarak savaşa katılmasının sağlanabileceği ihtimalini İngiliz yönetimine bildirdi. Böylece Siyonizm İngiltere'nin tam desteğini elde etti. Buna paralel olarak 1917 Balfour Bildirisi ile Filistin'i Arapların elinden alan önemli bir adım atıldı²³.

Balfour Bildirisi kesin belirlenmiş bir toprak parçası belirtmemekle birlikte İngilizlerin "Filistin'de Yahudi halkı için ulusal bir yurt kurulmasını kolaylaştırmak için bütün abalarnın" harcayacaklarını belirtiyordu. Bildiri o dönemde bölge nüfusunun %91'ini teşkil eden Arapları gözardı ediyor, bununla da kalmayıp Araplardan "Yahudi olmayan topluluk" şeklinde bahsedilerek onların hakarı ikinci plana itiliyordu. Balfour Bildirisi 1918 yılında Siyonistlerin büyük çabaları sonucu ABD, Fransa, İtalya ve Japonya tarafından resmen tanındı.

Savaşın sona ermesinden sonra Milletler Cemiyeti Filistin Manda İdaresi'ni 1922'de onaylayarak İngiltere'ye bıraktı. Ertesi yıl İngiltere Manda Belgesi'nin 25. maddesinde verilen yetkiye dayanarak, "Yahudi Ulusal Yurdu" hükümlerinin uygulanabilir olduğu alanı Ürdün Irmağı'nın batısı ile sınırladı. Bu Siyonistlerin hak iddia ettikleri topraklardan önemli ölçüde küçüktü ve daha sonra tek başına Filistin olarak adlandırılacaktı. Böylece Herzl'in yıllarca peşinde koşup elde edemediği "ferman" artık Siyonistlerin elindeydi²⁴.

2- Manda İdaresi Dönemi

Manda belgesinin İngiltere tarafından Milletler Cemiyeti'ne verilip Temmuz 1922'de onaylanmasına ve Eylül 1923'te yürürlüğe girmesine karşılık, manda idaresi uygulama yönünden 1920'de başladı. Nisan 1920'de San Remo Konferansı'nda, Birinci Dünya Savaşının galipleri eski Osmanlı İmparatorluğu'nun topraklarının düzenlenmesi konusunda ve bu arada Filistin için mandater devletin İngiltere olmasında anlaştılar. Bu anlaşmaya dayanarak İngiltere Temmuz 1920'de daha önceki askeri yönetimi devralarak, Filistin'de sivil bir yönetim kurdu²⁵.

Manda açıkça Siyonistlerin amaçlarına uyacak biçimde tasarlanmıştı. Böyle bir politikayla uyumlu olarak sivil yönetim Yahudi ya da Yahudi olmayan Siyonistlerle doldurulmuştu. Yahudi görevliler arasında Manda'nın kurucularından biri olan Yüksek Komiser *Herbert Samuel* ve sorumlulukları arasında bütün hükümet organlarına hukuksal danışmanlık yapma, mahkemeleri ve toprak sicil dairelerini denetleme ve yasa taslaklarını hazırlama bulunan (ve eşi Samuel'in yeğeni olan) Başsavcı *Norman Bentwich* vardı. Ayrıca, G Dairesi Müdürü *Albert Hyamson*, aynı dairede görevli (İngiltere'deki Siyonist örgütün eski bir görevlisi) *Denis Cohen*, Hükümet Sekreteri Baş Yardımcısı *Mai Nurock*, Ticaret ve Endüstri Müdürü *Ralph Horari*, Levazım Denetçisi *Harold Solomon* da Yahudi grevlilerdendi. Bentwich Yahudi olmayanlardan Hükümet Baş Sekreteri *Wyndham Deeds* ve onun halefi *Gilbert Clayton*'u "Yahudi Ulusal Yurdu'nun sağlam dostları" olarak nitelendiriyordu²⁶.

Yeni hükümetin yaptığı ilk işlerden biri Temmuz 1920'de yeni bir g yönetmeliği çıkarmak oldu. Bunu takip eden öteki kanunlar da Yahudiler için bir ulusal yurt siyasetine hizmet eder nitelikteydi. Eylülde, Yahudilerin toprak satın almalarını kolaylaştıran Toprak Transferi Yönetmeliği ıkarıldı. Mülkiyet transferine izin veren Toprak Sicil Dairesi açıldı. Bütün bu önlemlerle Araplardan büyük toprak sahipleri g durumda bırakılarak

23 Balfour Bildirisi'nin geniş tahlili için bkz. Ataöv, s.41 vd.

24 Sami Hadawi ve Walter Lehn, *Siyonizm ve Filistin Toprakları*, Atatürk'n 100. Doğum Yılına Armağan, AÜSBF Yayınları No:511, 1982, s.68.

25 Hadawi- Lehn, s.71.

26 Hadawi- Lehn, s.71-72.

topraklarını satmak zorunda bırakılıyordu. Bu toprakları da hükümet tarafından "kamu yararı doğrultusunda amaçları olduğu" tescil edilen JNF alıyordu²⁷.

İngiltere Filistin kapılarını, Arap protestolarına rağmen, çok sayıda Yahudi göçmenine açmış, devlet topraklarını kolonizasyon amacı için Yahudilere vermiş, Siyonist toplulukların kendi okullarını açmalarına, kendi askeri örgütlerini kurmalarına, bunların askeri eğitim görmesine ve yeraltı terörist kuruluşların doğup gelişmesine izin vermişti. O kadar ki Filistin'deki Siyonist toplulukları "devlet içinde devlet" olmuşlardı²⁸.

Buna karşılık, Arapların elştirileri, müracaat, tartışma, protesto gösteri ve grevleri dikkate alınmayınca, zaman zaman şiddete baş vurma şekline dönüştü. İlk Arap ayaklanması Nisan 1920'de oldu; ikincisi Mayıs 1921'de ve üçüncüsü de Ağustos 1929'da gerçekleşti. 1936-1939 arası ise, bütün Filistinli saran grev, direnme ve yürüyüşlerle doluydu. Araplar, a) Yahudi göçlerinin durmasını, b) Arap topraklarının Yahudilere transfer edilmemesini, c) Sayı üstünlüğüne dayanarak Arapların çoğunlukta olacakları bir yerli hükümet istiyorlardı²⁹.

Manda rejimi sırasında her Arap ayaklanması İngiliz hükümetinin Filistine bir araştırma komisyonu yollamasıyla sonuçlanıyordu. Komisyonların hazırlamış olduğu raporlar, Filistin'de Yahudi olmayanların haklarının korunmasının gerekliliği ve burada Yahudilere bir ulusal yurt oluşturma yolunda şimdiye kadar gösterilen çabanın daha ötesine gitmenin İngiliz çıkarlarına aykırı düştüğünü saptıyordu. Ancak buna rağmen Araplara karşı açık ayırımı önlemek için hiçbir şey yapılmadı.

1933'te Almanya'da Nazizmin iktidara gelişi ve Yahudilere yapılan mezalim Yahudileri Filistin'e daha çok yönlendirdi. 1933'te göç eden Yahudi sayısı 30.327'ye ulaştı. Nazi Almanyası'nda ve onun işgali altında tuttuğu topraklarda Yahudilerin katledilmesi Filistin'e Yahudi göçünü İngiliz kontrolünü güçleştirecek biçimde artırdı. Bazı yıllar 60 bin Yahudinin Filistin'e göç etmesi, Arapları kendi topraklarında süratle azınlık durumuna düşme tehlikesiyle karşı karşıya bıraktı. Bunun üzerine Araplar 1936'da üç yıl sürecek, Manda Rejimi'ne karşı ayaklanmayı başlattı³⁰.

1939'da Avrupa'da bir dünya savaşı başlayacağını belirttileri görülmeye başlayınca, 17 Mayıs 1939'da ünlü "Mac Donald Beyaz Bildirisi" ile İngiltere Yahudi göçünü ve toprak alımlarını sınırladı. İngiliz Hükümeti Mac Donald Bildirisi ile "Balfour Bildirisi'nde Yahudilere verilen sözün artık yerine getirildiğinin, bu konuda daha fazla ısrar etmenin İngiltere'nin Araplara yaptığı taahhütleri çiğnemesine sebep olacağına, gelecekteki beş yıl içinde 75.000 Yahudi göçmenine daha izin verildikten sonra bu göçlerin durmasına, bu beş yıl içinde de Yahudilerin yeni topraklar elde etmelerinin engellenmesine ve beş yıl sonunda da kendi kendini yöneten kurumların kurulması gerektiğine" karar verdi³¹.

Siyonistler o yıl toplanan kongrede Beyaz Bildiri'yi illegal ilan etti. Siyonizm bundan sonra hemen yeni bir büyük devlet bulmalı ve de görevini tamamlamış olan manda rejimine ve mandacı devlete bir son verilmeliydi. Siyonizm bu kez Amerikaya döndü. Savaş sırasında Siyonist örgütlenme Amerikaya kaydırıldı ve Siyonizmin Yahudi olmayan dünyadaki merkezi İngiltere'den Amerika'ya nakledildi. Siyonizm bu dönemde

27 Lehn, s.89; Ataöv, s.53.

28 Ataöv, s.53.

29 Ataöv, s.54.

30 Ataöv, s.55.

31 Taylor, s.81; Ataöv, s.55.

politikasını da değiştirdi. Daha önce açıkça ifade edilmeyen sadece "yurtsuz halka, hahksız toprak" sloganıyla ifade edilen "Yahudi Devleti" kavramı açıkça ifade edilmeye başlandı³².

Siyonizm, ilk önce Amerikan halkını bir Yahudi Devleti kurulması ve Filistin'in Yahudi göçmenlerine ardına dek açılması yönünde hazırladı. Daha sonra Amerikan Kongresi kazandı. Bu konuda ilk adım 67 senatör ve 143 temsilcinin Amerikan-Filistin Komitesine üye yapılmasıydı. Aralık 1942'de Kongre, Yahudi Ordusu'nun kurulmasını talep eden bir revizyonist bildiriye imza atan binbeşyüz kişiye Senatonun üçtebiri iştirak edince bu konudaki hassasiyetini ortaya koydu. Yönetimin kazanılması ise bizzat Weizman tarafından sağlandı. Weizman çeşitli önerilerle dönemin başkanı Roosevelt'e giderek sempatisini kazandı, ancak ondan tam destek sözü alamadı. Nihayet Truman zamanında yönetimin tam desteği sağlandı³³.

Siyonizm açısından Amerikan desteği şu açıdan önemli idi: Savaş sonrası İngiltere zayıflamış, Siyonizmle eski ittifaklarında büyük çıkarları kalmamıştı. İngiltere-Siyonizm ittifakının önceleri Milletler Cemiyeti tarafından desteklenmiş olması bu ortaklığın hedeflerine nasıl bir uluslararası nitelik kazandırmışsa, İkinci Dünya Savaşından sonra Birleşmiş Milletler'de herbakımdan ağırlaşan Amerika yoluyla bu ikinci uluslararası örgüt de Siyonizm için yararlı olacaktır. İngiltere'nin Milletler Cemiyeti'nde nüfuzlu devlet olması gibi, yirmi kadar kendi taraftarı Latin Amerikan ülkesiyle BM'ye giren ve ardından Batı Avrupa'yı da sürükleyen Amerikanın bu konuda faydalı olacağı açıktı³⁴.

3- Filistin'in Bölünmesi ve İsrail Devleti'nin Doğuşu

İngiltere mandater devlet olarak üstlendiği ancak birbirine ters düşen yükümlülüklerini bağdaştırabilmek ve Filistin'de büyüyen Arap-Yahudi çatışmalarıyla başa çıkabilmek için bütün çabaları harcayıp tükettikten sonra sorunu şubat 1947'de BM'ye devretti. Çeşitli komite ve alt komite çalışmalarından sonra, sonuç olarak BM Genel Kurulu, 29 Kasım 1947'de Filistin'i bir Yahudi Devleti, bir Arap Devleti İle Kudüs ve Çevresi için uluslararası yönetim öngören 181-(II) numaralı tavsiye kararını onayladı³⁵.

Filistin BM kararı ile bölününceye kadar toprak ve nüfus bakımından şu aşamaları geçirmiştir:

Nüfus olarak; 1918'de Nüfus 700.000 kadardı; bunun, 644.000'i Arap (574.000'i Müslüman, 70.000'i Hristiyan) ve 56.000'i Yahudi idi. 1922'de toplam nüfus 757.182; bunun, 590.000'i Müslüman, 83.794'ü Yahudi, 73.014'ü Hristiyan, 9474'ü ötekiler. 1931'de toplam nüfus 1.035.821; bunun, 759.712'si Müslüman, 174.610'u Yahudi, 91.398'i Hristiyan, 10.100'ü ötekiler. 1944'te toplam nüfus 1.764.000 ; bunun, 1.179.000'i Arap 554.000'i Yahudi 32.000'i ötekiler. Mayıs 1948'de toplam nüfus 2.065.000; bunun 1.415.000'i Arap, 650.000'i Yahudi idi. Böylece Yahudilerin toplam nüfusa oranı 1918'de %8 iken, 1922'de %12'ye, 1931'de %17'ye ve 1944'te %31'e çıkmıştır. Mayıs 1948'de de bu oran muhafaza edilmiştir. Oran değişikliğinin tek nedeni Manda Rejimi dönemindeki yoğun Yahudi göçüdür³⁶.

32 Taylor, s.81 vd.

33 Taylor, s.109 vd.

34 Ataöv, s.58.

35 Hadawi- Lehn, s.78-79.

36 Ataöv, s.52.

Toprak olarak; 1918'de Yahudiler 6.580.755 hektar toprağın 162.5000 hektarını (%2.5) ellerinde bulunduruyorlardı. Mayıs 1948'de Manda Rejimi sona erdiği zaman Yahudilerin ellerinde olan toprak 372.925 hektara (%5.67) çıkmıştır³⁷.

BM'nin onaylamış olduğu tavsiye kararı, tıpkı manda kararı gibi Siyonistlerin çıkarları doğrultusunda hazırlanmıştır. Yahudiler toplam nüfusun %31'ini oluşturmalarına ve toprağın %5.67'sine sahip olmalarına karşın söz konusu karara göre iyi toprakların çoğunu da kapsamak üzere, Filistin topraklarının %56'sı önerilen Yahudi Devleti'ne veriliyordu. Bu taksime göre, Yahudilerin satın almış oldukları ya da oturdukları bütün topraklar Yahudi Devleti sınırları içerisinde kalıyordu. Fakat bu devletin sınırları içerisinde tamamıyla Arapların oturdukları topraklar da vardı. O kadar ki Yahudi Devleti'nin içindeki nüfusun 480.000'i Yahudi 479.000'i Araptı. Arap Devleti'nin sınırları içinde kalan toprakların ise nüfusun 725.000'i Arap, 10.000'i Yahudiydi. Böylece nüfusun ancak yarısı Yahudi olan ve toprakların %10'unun altında bir küsuru Yahudilerin sahipliğinde bulunan bir devlette Yahudiler egemen zümre oluyordu. Kararda ayrıca Filistin'de yaşayan herkesin insan ve yurttaşlık haklarının korunması konusunda "güvenceler" vardı; bunlar da uygulamada manda belgesindeki benzer güvencelerden daha anlamlı değildi³⁸.

Filistin'in bölünmesi Araplar tarafından reddedilirken, dünya kamuoyunun Siyonistler tarafından orada bir Yahudi Devleti fikri kabul ettirilmişti. Siyonistler, tavsiye raporunu, toprağa ve başka konulara ilişkin bazı rezervasyonlarla kabul etmişlerdi. Birçok Siyonist politikacı ve yazar toprak taleplerine daha geniş bir alan katmışlardı. Bu yüzden bölünme açıklanınca, bazı Yahudi merkezlerinden "sınırların ebedi olmadığı" yani genişleyebileceği sesleri yükselmeye başladı. O kadar ki Siyonist terör örgütlerinin en meşhurlarından olan "Irgun" BM'de yapılan teklifleri kabul etmeyeceğini bile belirtmiştir. Yahudi Devleti kurulduktan sonra Araplarla savaş ve mümkünse sınırları genişletme hazırlığı hemen başladı. Zaten Siyonizm'in önde gelen liderlerinden olan Ben Gurion da Haziran 1945'de New York'a giderek ağır silah siparişleriyle uğraşmıştı. Yahudi asıllı bir Amerikan albayı da başka bir Siyonist terör örgütü olan Hagana'yı eğitmiş ve askeri malzemeye donanmasında aracı olmuştu³⁹.

İngilizler 14 Mayıs 1948'de Filistin'i terk etmeden önce yani herhangi bir Arap devletinden Filistin'e tek bir Arap askeri girmeden önce, Arap Devletine ayrılan topraklar Yahudilerce 1947 ve 14 Mayıs 1948 tarihleri arasında saldırıya uğradı, yine Yahudi Devleti'ne ayrılan topraklarda Arap yerleşim merkezlerine bir çok saldırılar oldu ve 9 Nisan 1948'de 400 kişilik köy olan ve bunlardan çocuk ve kadınlar dahil 250 kişinin hayatını kaybettiği "Deir Yasin" katliamı yapıldı. Bu olaylar sonunda yaklaşık yarım milyon Filistinli Arap yurtlarından atılmış veya göç etmek zorunda kalmıştı⁴⁰.

Nihayet 14 Mayıs 1948'de son İngiliz Yüksek Komiseri'nin de Filistinden ayrılmasıyla İsrail Devleti ilan edildi. İlandan onbir dakika sonra Amerika, kısa bir süre sonra da Sovyetler Birliği İsrail Devleti'ni tanıdı. Böylece Siyonistler bir Yahudi Devleti kurma hedeflerine ulaşmış oldular.

37 Ataöv, s.53.

38 Hadawi- Lehn, s.79; Ataöv, s.59-60.

39 Ataöv, s.62.

40 Ataöv, s.63.

III- İSRAİL DEVLET MODELİ

İsrail Devleti üç koldan oluşan parlamenter demokrasi ile yönetilir. Yasama meclisi (Knesset), yürütme ve yargı. Sistemin temeli güçler ayrılığı ve erklerin dengelenmesi prensibine dayanır. Yürütme Knesset denetimindedir. Yargının tam bağımsızlığı söz konusudur.

Devletin başı cumhurbaşkanıdır. Bu makam devletin bütünlüğünü temsil eder ve partiler üstüdür. İbranice "Nasi" olarak adlandırılan cumhurbaşkanlığı tarihi dayanağını eski İsrail ülkesinde yaşayan Yahudilerin yüksek yasama ve yargı yeri olan "Sanhedrin"den almıştır. Cumhurbaşkanının yetkileri büyük ölçüde semboliktir ve seremoni ile yapılır. Bu yetkilerin içerisinde bir Knesset üyesini seçimlerden sonra veya hükümetin istifası nedeniyle yeni hükümeti kurmak için görevlendirmek, yabancı ülkelerin yüksek düzeyde temsilcilerini kabul etmek, Knesset tarafından kabul edilen kanun ve anlaşmaları imzalamak, uygun grupların tavsiyeleri doğrultusunda, Merkez Bankası başkanını, yargıçları ve diplomatları atamak, Adalet Bakanı'nın teklifiyle af çıkarmak gibi işler vardır⁴¹.

Cumhurbaşkanı Knesset tarafından aday olanlar arasından beş yıllık süre için basit oy çoğunluğuyla seçilir. Ard arda birden fazla dönem seçilebilir⁴².

A- Yasama: Knesset

İsrail parlamentosunun adı "Knesset"tir. Üye sayısı 120'dir. Knesset adını ve 120 kişilik üye sayısını M.Ö. V. yüzyılda Yahudi Halkını Kudüs'te toplayan Ezra ve Nhemiah'ın halkı temsil etmesi için kurdukları "Knesset Hagedolah"tan almaktadır⁴³.

Knesset'in fonksiyonu hükümetin icraatını gözlemlemek ve yasama işlemidir. Knesset' te on tane komisyon vardır. Bunlar ülkenin çeşitli sorunlarıyla ilgilenirler. Knesset'te görüşmeler İbranice yapılır. Fakat üyeler Arapça da konuşabilirler. Yasa tekliflerini hükümet veya bir Knesset üyesi yapabilir. Bir teklifin yasalaşması için üç aşamadan geçmesi gerekir. İlk inceleme komisyonlarda yapılır, ikinci aşamada, meclis genel kurulunda tartışılır ve oylamaya sunulur, ilgili bakan, başbakan ve cumhurbaşkanının imzalamasıyla yasa yürürlüğe girer⁴⁴.

Knesset dört yılda bir yapılan seçimlerle oluşturulur. Fakat dört yıllık süre dolmadan da kendi kendini feshedip yeni seçimlere gidebilir. Yeni seçimlerle Knesset yeniden kuruluncaya kadar tüm otoriteler iş başında kalmaya devam eder⁴⁵.

1- Siyasi Partiler

İsrail de siyasi hayatı karakterize eden iki büyük blok vardır. Bunlar; sosyalistlerden oluşan *İşçi Partisi (Labor)* ve merkezci, milliyetçi partilerden oluşan *Likud Birliği*'dir. Siyasi partiler arasında ideolojik meselelere dayanan bölünmüşlük yoktur. Partilerin büyük çoğunluğu fundamentalist felsefe ve dini inançları temsil ederler. Siyasi partiler ister muhalefette ister iktidarda olsun, Siyonizmin temel hedefleri olan, İsrail

41 Israel Information Center, **Facts About Israel**, Kudüs, 1993, s.60.

42 Israel Inf., s.60.

43 Israel Inf., s.62.

44 Israel Inf., s.63.

45 Israel Inf., s.63.

Devleti'nin bütünleşmesi, sınırlarının genişlemesi ve Filistin'den Arapların çıkarılması gerekliliğini benimsemişlerdir⁴⁶.

İşçi ve Likud partileri birer partiler koalisyonudur. İşçi Partisi (İbranice Mifleget, Hasvada ha-Yisra Elit) Ocak 1968'de sosyalist eğilimli üç partinin birleşmesiyle kurulmuştur. İsrail İşçi Partisi'ni oluşturan örgütlerden en büyüğü *Mapay* (Mifleget Poale erets Yisrael-İsrail Ülkesi İşçileri'nin Partisi), *Ahdut ha-Avoda* (İşçilerin Birliği ;kuruluş 1919) ile David Ben-Gurion'un ilk partisi *ha-Poel ha-Tsair*'in(Genç İşçi;Kuruluşu1905) birleşmesi sonucunda 1930'da kuruldu. 1930'larda Filistin'deki Yahudi toplumunun baş partisi durumuna geldi. 1948'de İsrail Devleti'nin kuruluşundan sonra 29 yıl süreyle (1968'den sonra İsrail İşçi Partisi'nin parçası olarak) iktidarı elinde tuttu. Ben-Gurion, Levi Eşkol, Golda Meir, Yitshak Rabin ve Abba Eban Mapay'ın önde gelen yöneticileri idi⁴⁷.

İsrail İşçi Partisi'nin ikinci kurucu partisi, *Ahdut ha-Avoda Poale Tsiyyan* (İşçilerin Birliği-Siyon İşçileri) 1944'de Mapay'ın reformcu eğilimlerini protesto etmek amacıyla partiden ayrılan bir grup Mapay üyesi tarafından kuruldu. Büyük ölçüde kibutzlardaki göçmenlerin oyunu alan parti 1965'te Mapay'la bir "işçi ittifakı" kurdu. Üç yıl sonra da İsrail İşçi Partisi'nin kuruluşuna katıldı.

Parti'nin üçüncü kurucu örgütü *Rafi* (Reşimat Poale Yisrael-İsrail İşçiler Birliği) , Ben-Gurion'un 1965'te Levi Eşkol'le siyasi ve kişisel bir kavgaya girişmesinden sonra yandaşlarını toplayarak yeni bir parti kurmaya karar vermesiyle ortaya çıktı. Rafi üyelerinin çoğu 1968'de İşçi Partisi'ne katılınca, Ben-Gurion ile yandaşları yeni partinin dışında kalarak kendi küçük partileri Devlet Birliği'ni kurdular⁴⁸.

Likud Partiler koalisyonu ise *Herut*, *Liberal Parti*, *Laam* ve *Ahdut* adlı sağcı partilerden oluşmaktadır. Bu iki partiler koalisyonunu dışında bir kaç dini parti, iki komünist partisi vardır. Genel başkanı Arap olan tek bağımsız parti "*Rakah*"tır. Bunların yanı sıra kurulu düzene karşı çıkan *Naturei Karta* adlı parti vardır. Naturei Karta aşırı bağınaz Yahudilerin kurmuş olduğu bir örgüttür. Bunlar görüşlerini pasif baş kaldırma kampanyaları düzenleyip, poster ve broşür dağıtımlarıyla yaymaya çalışırlar. Parti Knesset için aday göstermez ve bu hareketi destekleyenler seçimlerde oy kullanmazlar⁴⁹.

2- Seçimler

Knesset üyeleri tek dereceli nispi temsil sistemiyle seçilirler. Kişilerden çok partilere oy verilir. Gizli oy açık sayım ilkesi geçerlidir. Seçme yaşı 18 seçilme yaşı 21 dir. Tüm ülke tek seçim bölgesi sayılır. Seçmenler bir tek partinin tüm parti listesi için oy verirler ve Knesset'teki sandalyeler partilerin aldıkları oy oranlarına göre paylaşılır⁵⁰.

Her parti seçimlerden önce aday listelerini hazırlar. Knesset'te üyesi bulunan partiler seçimlere otomatikman katılırlar. Diğer partiler ise 2500 seçmenin imzası ve tüm oyların %1,5'ünü almaları durumunda geri verilecek olan bir depozit yatırmak şartıyla seçime katılabilirler. Seçim çalışmaları için partilere sandalye sayısına göre hazineden para yardımı yapılır. Yeni partiler ise seçimlerden sonra seçilen her üyesi için geçmişe yönelik olarak hazineden para yardımı alırlar⁵¹.

⁴⁶ Görsel Dünya Ansiklopedisi, C.6, Görsel Yayınları, İstanbul, 1986, s.1568; Israel Inf., s.61.

⁴⁷ Ana Britannica, C.7, Ana Yayıncılık, İstanbul, 1988, s.72.

⁴⁸ Ana Britannica, s.72.

⁴⁹ Görsel Dünya Ans., s.1558.

⁵⁰ Israel Inf. s.62; Görsel Dünya Ans., s.1558.

⁵¹ Israel Inf., s.61.

Seçimleri idare etmek görevi "*Merkez Seçim Komitesi*" ne aittir. Merkez Seçim Komitesi bir yüksek mahkeme yargıcı ve başkanlığında Knesset'te üyesi bulunan partilerin temsilcilerinden oluşur⁵².

B- Yürütme :Hükümet

Knesset üyeliği seçimlerinden sonra Cumhurbaşkanı bir Knesset üyesini hükümeti kurması için görevlendirir. Cumhurbaşkanı'nın görevlendirdiği kişi genelde seçimlerden en çok oy alan partinin başkanı olmaktadır. Hükümetin kurulması için 21 günlük bir süre tanınmıştır. Bu süre içinde hükümet kurulamazsa Cumhurbaşkanı ek bir süre verebileceği gibi, başka bir üyeye de hükümeti kurma görevi verebilir. Bu prosedür hükümet kuruluncaya kadar devam eder⁵³.

Hükümete başbakan başkanlık eder. Başbakanın Knesset üyesi olması zorunludur. Diğer bakanların ise Knesset üyesi olması zorunluluğu yoktur. Ama genelde Knesset üyesi olurlar. Mart 1992'de çıkarılan bir kanun ile Başbakana bakanlık sayısının yarısı kadar parti dışından da bakan atama yetkisi verilmiştir. Bakanlık sayısı sabit değildir. Hükümetten hükümete değişebilir. Çoğu bakanlıkların belli bir görevi vardır, fakat sandalyesiz bakanlarda mevcuttur. Ayrıca özel bir görev için de bakanlıklar kurulabilir⁵⁴.

C- Yargı: Mahkeme Sistemi

İsrail'de çeşitli yargısal kuruluşlar bulunmaktadır. Bunlar; yargısal, yarı yargısal ve idari yargı kuruluşları niteliğindedir. Özel olarak dini ve kabilevi mahkemeler de vardır. Kiracı İşleri Mahkemeleri, Milli Sigorta Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri idari yargı fonksiyonları olan bir çeşit komisyon niteliğindedir⁵⁵.

Sivil mahkemeler arasında ise belediye mahkemeleri, Magistat Mahkemeleri, Bölge Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme yer almaktadır.

Belediye Mahkemeleri, belediye kurallarına uymayan, belediye talimatlarını ihlal eden, şehir planına ve kamu sağlığına aykırı hareket etmek gibi davranışlardan doğan davalara bakarlar. Bunların hükmedebilecekleri azami ceza 15 gün hapis veya 750 İsrail Lirası para cezasıdır. Belediye Mahkemeleri hukukçu olmayan kişilerden kurulurlar. Ancak bu kimseler Adalet Bakanı tarafından atanırlar⁵⁶.

Magistat Mahkemeleri süresi 3 yıl hapsi aşmayan veya 3000 İsrail Lirası para cezasını geçmeyen ceza davalarına veya medeni hukuk davalarına bakmakla görevlidirler⁵⁷.

Bölge Mahkemeleri kendi görev alanlarında işlenen suçlara veya nizalara ilişkin olan ve Magistat Mahkemelerinin görev alanına girmeyen davalara bakarlar. Bölge

52 Israel Inf., s.62.

53 Israel Inf., s.64.

54 Israel Inf., s.64.

55 İsrail Büyükelçiliği Basın Bürosu, *İsrail'de Hukuk Sistemi*, Bugünkü İsrail Yayınları No:8 Ankara, 1973, s.44.

56 İsrail Büyükelçiliği, *İsrail'de Hukuk Sis.*, s.44.

57 İsrail Büyükelçiliği, *İsrail'de Hukuk Sis.*, s.45.

Mahkemeleri aynı zamanda Magistat ve Belediye Mahkemelerinin temyiz merci görevini de görürler⁵⁸.

Bölge Mahkemeleri genelde tek yargıçlı mahkemeler şeklinde çalışırlar. Ancak ölüm cezasına veya on yıl veya daha çok hapis cezasına ilişkin ceza davalarına bakarlarken, alt derecedeki mahkemelerin kararlarına karşı temyiz mercii görevinde bulunurlarken veya mahkeme başkanının uygun bulduğu hallerde üç yargıçlı bir heyet şeklinde kurulurlar⁵⁹.

Ülkenin en yüksek yargı organı Yüksek Mahkeme Kudüs'te dir. Yüksek Mahkeme biri başkan ve biri başkan yardımcısı olan on yargıçtan oluşmaktadır. Yüksek Mahkemenin iki tür görevi vardır. Bunlardan biri alt mahkemelerin temyiz mercii diğeri ise ülkedeki mahkemelerin yargı alanına girmeyen bazı davalara bakmaktır. Yine, devlet organlarını veya mahalli idarelerin ilgili organlarını, eğer hukuka aykırı olarak seçilmiş yönetim kurulları tarafında idare edilmekte iseler veya kanunsuz olarak fonksiyon icra etmekten alıkoymak veya görmeleri gereken fonksiyonu yerine getirmeye zorlamak için gereken kararları da Yüksek Mahkeme alır⁶⁰.

Yargıçlar ve yargıçlık mesleği ile ilgili kurallar 1953 tarihli "*Yargıçlık ve Yargıçlar Kanunu*" ile hüküm altına alınmıştır. Kanun Magistat olarak, veya Bölge Mahkemesi yargıcı olarak veya Yüksek Mahkeme yargıcı olarak Yargıçlık mesleğine girecek olanlarda aranacak şartları ve özellikleri, yargıçlığa atanma tarzı, görev süreleri ve yargıçların statülerini tespit etmiştir.

Magistatlar ve yargıçlar, *Yargıçlar Atanma İşleri Komisyonu*'nun tavsiyesi ile Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Komisyon Adalet Bakanı, hükümetten bir üye, Yüksek Mahkeme Başkanı, iki Yüksek Mahkeme üyesi, iki Knesset üyesi ve Baro tarafından seçilen iki avukat olmak üzere 9 kişiden oluşur. Komisyonun başkanı Adalet Bakanıdır⁶¹.

Yargıçlar emeklilik yaşı olan 70 yaşına kadar kaydı hayat şartıyla atanırlar. Sağlık sebebiyle daha önceki bir yaşta da görevden ayrılabilirler. Görevleri başında buldukları süre boyunca, yargıçlar, kanundan başka hiçbir otoriteden emir almaz ve hiç kimseye bağlı değildirler⁶².

D- İsrail Hukuku

Bugünkü İsrail'in hukuk kurumları, kuralları ve uygulamaları Eski İsrail Hukukuna, Osmanlı İmparatorluğu döneminden ve İngiliz Manda İdaresi döneminden kalma hukuk kurum ve kurallarına dayanmaktadır.

Geçmişte yurtlarından ayrılarak dünyanın çeşitli yerlerine dağılan Yahudiler *Tora* (Musa'nın beş kitabı), *Mişna* (Yahudi sözlü şeriat derlemesi) ve *Talmud* (şeriat geleneksel öğretisi ve yorum derlemesi) yasalarına dayanan hukuk sistemlerini gittikleri ülkelere de taşıyarak, belirli bir özerklikten yararlandıkları her yerde bu kuralları uygulamaya devam ettiler. 20.yüzyılda Filistin'e döndüklerinde bu hukuk mirasının yanı sıra kaldıkları ülkelerde benimsedikleri yasaları da getirdiler⁶³.

⁵⁸ İsrail Büyükelçiliği, İsrail'de Hukuk Sis., s.45.

⁵⁹ İsrail Büyükelçiliği, İsrail'de Hukuk Sis., s.45.

⁶⁰ İsrail Büyükelçiliği, İsrail'de Hukuk Sis., s.46.

⁶¹ İsrail Büyükelçiliği, İsrail'de Hukuk Sis., s.47.

⁶² Israel Inf., s.65; İsrail Büyükelçiliği, İsrail'de Hukuk Sis., s.49.

⁶³ Hamide Topcuoğlu, *Eski İsrail Hukuku*, AÜHF Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, S.1, Ankara, 1948, s.9 vd. Ana Britannica, s.71.

İsrail Devleti'nin 1948'de kurulmasından sonra, Geçici konseyin çıkardığı ilk kanun olan *Hukuk ve İdare Talimatnamesi* 14 Mayıs 1948'de ülkede mevcut olan Osmanlı ve İngiliz Manda İdaresinden kalma hukuk uygulamalarının İsrail Devleti Kuruluş Deklarasyonu ve Knesset'in çıkardığı yasalarla çatışmamak şartıyla yürürlükte kalacağını hükme bağlamıştır. Bu sebeble bugünkü İsrail Hukuk Sistemi içerisinde Osmanlı Hukuku'ndan geriye kalanlar, çoğu "Commen Law"dan alınmış İngiliz Manda İdaresi Hukuku, Yahudi din hukuku kuralları ve diğer sistemlerin kuralları bulunmaktadır. Ama devletin kuruluşundan itibaren yapılan yeni yasa faaliyetleri her bakımdan Yahudi hukuk anlayışını temel almaktadır. Yine egemen hukuk dili olan İngilizce'nin yerini İbranice almıştır⁶⁴.

İsrail'in yürürlükte olan Anayasal sistemi sosyal ve siyasal gereksinimleri yansıtan bir dizi temel yasalardan oluşmuştur. Geçen yıllar içerisinde bu yasalar şekli bir Anayasayı meydana getirmesede, yasama, yürütme ve yargı arasındaki güç paylaşımını, ülke ekonomisini, asker-sivil ilişkilerini ve Kudüs'ün statüsünü oluşturmada temel çatı görevini görmüştür⁶⁵.

İsrail'in Anayasal çatısını oluşturan temel kanunlar arasında şunları sayabiliriz: İsrail Devleti Kuruluş Deklarasyonu, Geri Dönüş Kanunu (Dünyanın diğer yerlerinde yaşayan Yahudilerin İsrail'e dönmesi durumunda otomatikman vatandaşlığa alınmasını öngörüyor), İsrail Savunma Güçlerini hükme bağlayan kanun, insan hak ve özgürlüklerine yönelik kanunlar, Kudüs'ün ve Knesset'in statüsünü belirleyen vb. kanunlar.

İsrail'de hukukun gelişmesi için yasama ve Anayasa ile ilgili gelişmelerin yanı sıra mahkemelerin yapmış oldukları içtihadlar da yasalaştırılmaktadır. Hukuk mevzuatında bir boşluk veya açıklık bulunan hallerde İngiliz Teamül Hukukuna veya Filistin örf ve adetlerine bakılarak boşluklar doldurulmaktadır. Buna paralel olarak bir çok İngiliz teamül hukuku kuralları İsrail hukuk sistemine dahil edilmiştir. Örneğin İngiliz devletlerarası hususi hukukuna ait hükümler olduğu gibi aktarılmıştır⁶⁶.

64 Israel Inf., s.66; İsrail Büyükelçiliği, İsrail'de Hukuk Sis., s.3.

65 Israel Inf., s.66.

66 İsrail Büyükelçiliği, İsrail'de Hukuk Sis., s.51.

SONUÇ

İsrail Devleti 1897 ilk Siyonist kongresinde alınan karar ve bunun sonunda yaklaşık 50 yıl boyunca yapılan bir politik mücadele sonunda kurulmuştur. Devlet kurulmadan Filistin topraklarında yok denecek kadar az olan Yahudi nüfusun 650 bin gibi bir rakama (nüfusun yaklaşık %3'ü) ve kurulduktan sonra da çıkarılan göç kanunu ile bugün beş buçuk milyona ulaştırılmıştır.

Balfour Bildirisinden BM'in bölme kararına kadar Devletler Hukuku adına hareket ettiklerini söyleyen Batılı devletler, Filistin'de yaşamakta olan halkın kendi tercihini dikkate almadan, Filistin topraklarında İsrail Devletinin kurulmasına izin vermişlerdir.

Siyonistler, İslamın doğmasından çok önce Yahudilerin İbrani Krallığı adı altında Filistin topraklarında yaşadıklarını bu sebeple de eskiden kalma bir hakları olduğunu ileri sürerek, bunun İsrail Devleti'nin Filistin'de kurulması için haklı bir sebep teşkil ettiğini savunmaktadırlar. Oysa bugün yeryüzü 2000 yıl önceki durum göz önünde tutularak yeniden düzenlenecek olursa, dünya haritasını önemli ölçüde değiştirmek gerekecektir.

İsrail Devlet modeli bugün gerek tarihten gelen bir kültür birikiminin ve gerekse kurulma çalışmalarında gerçekleştirilen Siyonist örgütlerin temeli üzerine oturtulmuştur. Devlet kurulduktan sonra Siyonist örgütler devletin idari teşkilatını oluşturmuştur. Hukuki yapısı büyük ölçüde Manda İdaresini elinde bulunduran İngilizlerin hukukundan etkilenmiş, Manda İdaresi döneminde çıkarılan kanunlar devlet kurulduktan sonra da yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

BİBLİYOGRAFYA

- 1- Ana Britannica :C.7, Ana Yayıncılık Aş., İstanbul, 1988.
- 2- Ataöv, Türkkaya :Filistin Sorununun Ardındaki Gerçek: İsrail'in Kuruluşuna Kadar, AÜSBFD, S.25, Yıl 1970.
- 3- Hadawi Sami ve Lehn Walter :Siyonizm ve Filistin Toprakları, Çev. Türkkaya Ataöv, Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan, AÜSBF Yayınları No:511.
- 4- Görsel Dünya Ansiklopedisi :C.6, Görsel Yayınları, İstanbul, 1986.
- 5- Israel Information Center :Facts About Israel, Kudüs 1993
- 6- İsrail Büyükelçiliği Basın Bürosu :İsrail'de Hukuk Sistemi, Bugünkü İsrail Yayınları No: 8 Ankara, 1979.
- 7- İsrail Büyükelçiliği Basın Bürosu :İsrail'in Tarihi, Bugünkü İsrail Yayınları (seri dışı), Ankara, 1976.
- 8- Lehn Walter :Yahudi Ulusal Fonu Bir Ayırım Aracı (Çev. Türkkaya Ataöv), Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan, AÜSBF Yayınları No:511.
- 9- Tanyu, Hikmet :Tarih Boyunca Yahudiler ve Türkler, C.1, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 1979.
- 10- Taylor, Alan R. :İsrail'in Doğuşu, (Çev. Mesut Karışahan), Pınar Yayınları, İstanbul, 1992.
- 11- Topçuoğlu, Hamide :Eski İsrail Hukuku, AÜHF Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları S.1, Ankara, 1948.
- 12- Uğur, Ali :Dünya Gündemindeki İsrail, 2. Baskı, Burak Yayınları, İstanbul, 1983.
- 13- Yersan, Rauf :"Türkiye'nin Orta-Doğu Ülkeleri ile İlişkilerinin Siyasi ve Hukuki Temelleri", Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, 1992

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C	: Cilt
çev.	: Çeviren
JNF	: Jewish National Fund- Yahudi Ulusal Fonu
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
s	: Sayfa
S	: Sayı
yy	: Yüzyıl

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU, HUKUKİ MAHİYETİ ve DİĞER BAZI SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Ayhan UÇAR*

I - GİRİŞ

İstisna¹ sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olup, esas itibarıyla Türk Borçlar Kanununun 355 - 371. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 355. maddesinde bu sözleşme "İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imal eder" şeklinde tanımlanmıştır². Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, istisna sözleşmesi, müteahhidin bedeni veya fikri bir emeği sonucunda istenilen şeyin imali ile ortaya çıkarılan eser, eserin karşılığı olarak verilmesi taahhüt edilen ücret, iş sahibi ile müteahhit arasında eserin imali hususunda açık veya zımni iradelerin uyuşmasıyla oluşan anlaşma unsurlarından oluşmaktadır. İstisna sözleşmesinin konusunu ise, BGB 631 / 2. fıkrasından etkilenen İsviçre - Türk mahkeme içtihatları ve doktrininin çoğunluğunca kabul edilen görüş uyarınca, objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan (fikri istisna) çalışma sonuçları oluşturmaktadır. Maddi ve gayri maddi çalışma sonuçlarının istisna sözleşmesinin konusunu teşkil etmesi hasebiyle günümüzde gerek ulusal gerekse uluslararası alanda istisna sözleşmesi oldukça sık olarak uygulanan bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu, toplumsal yaşamda oldukça sık olarak uygulama alanına sahip olan istisna sözleşmesinde, tarafların hak ve borçlarını, BK. m. 356 ve devamında ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. İstisna sözleşmesinin gerek ulusal ve uluslararası alanda oldukça yaygın olarak uygulanmasından ötürü önemini gerekse eserin imalini sipariş eden iş sahibinin bir anlamda tüketici sıfatına haiz olmasını göz önünde tutan kanun koyucu, eserin ayıplı olarak imali durumunda, BK. m. 356 - 363. maddeleri arasında yer verdiği düzenleme ile müteahhidi, özen borcunun yanında ayıba karşı tekeffül borcu ile de sorumlu tutmak istemiştir. Belirtilen düzenleme uyarınca, imal faaliyeti neticesinde iş sahibine teslim edilen eserin, zikredilen ve sözleşmede tahsis yönü bakımından kararlaştırılan nitelikleri taşımaması durumunda ayıplı bir eser teslimi söz konusu olmakta ve ayrıca kanunda öngörülen muayene ve ihbar şartlarının gerçekleştirilmesi durumunda da müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. İstisna sözleşmesi ve bu arada müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu esas olarak Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde uygulanmak üzere yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel şartnamesinde de bu hususta önemli hükümlere yer verilmiştir³. Biz bu incelememizde öncelikle istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba

* Arş.Gör. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 Buradaki 'istisna', sanat kelimesinin kökeninde olan 'sun' dan gelmektedir. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu iktibas edilirken Mecelle'nin kullandığı terimlerin etkisinde kalındığı anlaşılmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 347.

2 Bk. OR. § 363 ; BGB. § 631/I.

3 İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri bakımından yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası inşaat sözleşmelerinde standart kurallar uygulanmaktadır. Bu standart kurallar arasında en çok başvurulanın da FIDIC (Federation Interatnionale des Ingenieurs Conceils, International Federation of Consulting Engineers Internationale Vereinigung Baratender Ingenieure = " Müşavir

karşı tekeffül borcunun tanımını yaparak hukuki niteliği ve arz ettiği özellikleri genel olarak inceleyeceğiz. Müteakiben de bu borcun benzer bir şekilde düzenlendiği mülkiyeti devir amacı güden satım sözleşmesi ile kullandırma amacı güden kira ve diğer bazı iş görme amacı güden sözleşmelerde düzenlenip düzenlenmediği hususunu inceleyerek ayıba karşı tekeffül borcu bakımından aralarındaki benzerliklerin ve farklılıkların tespitine çalışacağız.

II-MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ ve DİĞER SÖZLEŞMELERDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İvazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme görünümdeki istisna sözleşmesinde müteahhit tarafından teslim edilen eser, zikredilen (garanti edilen) nitelikleri ve sözleşmede öngörülen tahsis yönü bakımından gerekli olan nitelikleri taşıyamaması durumunda ayıplı bir eserin imali ve teslimi söz konusu olur. Diğer şartların da gerçekleşmesi ile birlikte müteahhit bu ayıplı eser dolayısıyla sorumlu tutulabilecek ve bu sorumlulukta müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğacaktır. İşte, diğer şartların da tahakkuku halinde, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcuna bağlı olarak ortaya çıkan müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, gerek kendisine özgü şartları ve gerekse mahiyeti bakımından diğer sözleşmelere nazaran aşağıda belirtilen noktalarda farklı hususiyetler arz eder.

A) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI

Istisna sözleşmesi ile müteahhit, imal ettiği eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmek borcu altındadır. Teslim edilecek olan eser ise müteahhidin zikrettiği ve akitte öngörülen, iş sahibi tarafından eserden beklenen niteliklere haiz olması gerekir aksi halde eserin ayıplı olması⁴ dolayısıyla müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar⁵. Dolayısıyla, müteahhidin meydana getireceği eser iş sahibinin sözleşmenin amacından anlaşılan ifa menfaatini karşılamaya elverişli olmalıdır. Bu yüzden müteahhit, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde sözleşmeye uygun olarak⁶, eseri 'bozukluk olmadan imal ve teslim etmekle' yükümlüdür⁷. Tamamlanıp teslim edilen eser bu nitelikleri taşımıyorsa, eserden beklenen amaç tahakkuk etmemiş demektir. Bu durumda ise, doğal olarak müteahhit sorumlu tutulur; böyle bir sorumluluk ise,

Mühendisler Milletlerarası Federasyonu") kurallarıdır. FIDIC kurallarında müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu hakkında ayrıntılı hükümler mevcuttur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Akıncı, 45 vd.

4 Eserin ayıplı olması müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkmasına neden olur. Bu sorumluluğun doğmasına sebep olan eser ayıbı ise, eserin sözleşmeye aykırı olmasından ortaya çıkar (OR 368. m.). Sözleşmeye aykırılık ta böylece eser ayıbının temel sebebini teşkil eder. Gauch, Rdnr. 915, 264 ; Böylece eser ayıbı kavramından eserin sözleşmeye her türlü aykırılık durumu anlaşılması gerekir. Dolayısıyla her ayıplı eserde sözleşme gereği olan, garanti edilen veya kararlaştırılan bir özellik eksiktir. Gadient, 102.

5 Dayınları, İstisna, 40 ; Tandoğan, Borçlar, C.II, 160 ; Yavuz, Borçlar, C.II, 77 vd.

6 Eserin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak imal edilip edilmediği sözleşmenin içeriğine göre tespit edilir. Sözleşmenin içeriği, eserin türünü ve özelliklerini, imal süresini ve bitirilme zamanını ve ayrıca bitirilen eserin ifa yerini (inşaat edimleri için bk. BGH NJW 86, 935) tespit eder. Sözleşmeyle kararlaştırılan özelliklere aykırılıklar bakımından BGB' nin 633. maddesi özel hükümler içerir. Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 676.

7 Seliçi, İnşaat, 128; Müteahhidin eseri teslim borcu, eserin, sözleşmede öngörülen kullanım amacı için gerekli vasıfları taşıması borcunu da içerir. Başka bir deyişle, eserin imali sonucunda, sözleşmede öngörülen amacın, elde edilmesi beklenecektir. Bu sonuca, iyi niyet kurallarından ve edimin amacından hareketle varılabilecektir. Akıncı, 49.

müteahhidin eserdeki ayıba karşı tekeffül borcundan doğar⁸. Böylece, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak 'sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip, bozukluk taşımayan, bir eserin imal edilerek iş sahibine teslimi', müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamını oluşturur. Bu edim borcuna aykırılığa⁹ da müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu denir.

B) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

İstisna sözleşmesinde, ayıba karşı tekeffül borcu, müteahhidin asli edim borcunun tamamlayıcısı olarak Borçlar Kanununun 359 - 363. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İstisna sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmasına rağmen bu hükümler, temlik borcu doğuran satım sözleşmesi hükümleri örnek tutularak meydana getirilmişlerdir¹⁰. Böylece, müteahhidin iş görme borcu dolayısıyla sonuçtan sorumlu olması yerine, şey teslimi borcuna bağlı ayıba karşı tekeffülün kabulü yoluna gidilmiştir; hukuki kuruluş tarzı değişik olmakla beraber pratik sonuç aynıdır¹¹.

İstisna sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde eseri bozukluk olmadan imal ederek iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük ise müteahhidin asli edim borcunu oluşturmaktadır¹². Müteahhidin meydana getirdiği eser, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere haiz olmayıp bozuk ise, müteahhit edim borcuna aykırı davranış içindedir¹³. Bu durumda ise bir ayıplı ifa¹⁴ söz konusudur ve dolayısıyla sözleşme gereği gibi yerine getirilmemiştir¹⁵. İstisna sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül borcu müteahhide asli borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda bir garanti yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülük ise bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımaksızın müteahhidin sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır. Zira, iş sahibi teslim edilen eserin ayıplı olması üzerine zamanında onarım talebinde bulunduğu takdirde, müteahhit bu ayıbı gidermek ve borçlandığı sonucu ortaya çıkarmak¹⁶

⁸ Dayınlarh, İstisna, 40.

⁹ Eser ve eser sözleşmesindeki özellikler, müteahhidin edim mükellefiyetiyle ilişkili oldukları için, eserdeki her türlü ayıplar bir edim mükellefiyeti ihlali ve işin yerine getirilmemesi anlamını taşırlar. Bucher, 209.

¹⁰ Tunçomağ, C. II, 1015 ; Tandoğan, Borçlar, C. II, 160; Yavuz, Borçlar, C. II, 78; Gautschi, Art. 367, N. 2-4 ; Honsell, 119 ; Medicus, Schuldrech, 157 ; Hernekadar istisna sözleşmesi ile ilgili ayıba karşı tekeffül hükümleri satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine benzemekteyse de onunla tam olarak aynı değildir. Gadiant, 103.

¹¹ Tandoğan, Borçlar, C.II, 160 ; Turanboy, 151.

¹² Brox, Rdnr 260, 163.

¹³ Seliçi, İnşaat, 128 ; Gautschi, Art. 368, N. 6a.

¹⁴ " Borcun ihlali durumlarını ' imkansızlık' ve 'temerrüt' olarak sınıflandıran ikili ayırımın dışında kalan bazı borca aykırılık halleri bulunduğu anlaşılınca, bunlar 'borca olumlu aykırılık' (borcun müspet ihlali) veya 'borcun kötü ifası' adı altında ayrı bir grup olarak toplanmıştır. İşte bu tür borç ihlallerinin bir kısmı, ifa için verilen şeyin veya yapılan işin tamamen bazı gerekli nitelikleri taşımaması şeklinde belirir. Bu durumda 'ifanın ayıplı olması' (ayıplı ifa) söz konusudur". Öz, 90 ; iş sahibinin ayıpsız ve garanti edilen özellikleri taşıyan bir eserin imal edilmesini beklemeye hakkı vardır. Şayet müteahhit tarafından imal edilen eser bu özelliklere uymuyorsa, eser ayıplıdır ve bu durumda ayıpsız eser imal yükümlülüğü usulüne uygun olarak yerine getirilmemiştir. Larenz, 261.

¹⁵ Bu durumda iş sahibi tesellüde temerrüde düşmeksizin, ayıplı eserin kabulünü reddedebilir ve müteahhidin ücret talebine karşılık o, sözleşmenin yerine getirilmediği itirazını öne sürebilir. Brox, Rdnr 260, 163.

¹⁶ İstisna sözleşmesinin önemli bir özelliğini de müteahhidin eserin imalindeki başarısı yani sonuç sorumluluğu oluşturur. Bu sonuç sorumluluğu, sözleşme gereğince müteahhidin ancak yaptığı işte başarılı olması durumunda iş sahibine karşı bilahare bir ücret hakkına sahip olacağı anlamına gelir. Müteahhit hernekadar başarılı sonucu ortaya çıkarmak zorunda ise de, çeşitli sebeplerden dolayı müteahhit, eserin imal sonucunda başarılı bir sonuç ortaya çıkmayabilir. Örneğin, üçüncü şahısların kusurundan veya iş sahibinin kendi kusurundan, tesadüfi veya mücbir sebepler dolayısıyla ya da iş

zorundadır. Bu zorunluluk bir bakıma hakkaniyet ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Çünkü müteahhit, eserin imali hususunda kendi yeteneğini ve eseri tanıy ve de tanıması gerekir. Ayrıca, açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi doğruluk ve güven bulunması durumunda ortaya çıkan sonuçtan da garanti yükümlülüğün bir sonucu olarak müteahhit sorumlu tutulabilir. Münferit bir durumda tam olarak sonuca ulaşma mükellefiyetinin kararlaştırılan içeriğinin de ne olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Bazen müteahhit sonucun uygun ve iş sahibine faydalı olması rizikosunu üstlenir : uygun ayakkabı onarımı, bir portrenin poz verenin tanınabileceği şekilde yapılması, bir köprüünün kullanılabilirliği gibi. Fakat çoğunlukla müteahhitçe, kendisinin hiç bir ayıba karşı tekeffülden doğan borcunun olmayacağı şekilde, uygun olmayan başarısız bir sonuca ulaşılır. Bir estetik ameliyat, çirkinleşmeye neden olmaz; bir senaryo, filmin başarısızlığıyla bağdaşmaz; yapılan resim, iş sahibinin tasavvurlarına uymaz¹⁷.

Borcun ihlali durumlarından 'imkansızlık' ve 'temerrüt' dışında kalan borcun ayıplı ifası halinde ayıba karşı tekeffül borcu söz konusu olacaktır. Ayıba karşı tekeffülden bahsedilebilmesi için eserin ayıplı olarak tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Tamamlanmamış eserin ayıplı olduğundan söz edilemez. Federal Mahkemeye göre, bir eserin tamamlanmış sayılması için sözleşme ile taahhüt edilen tüm hususların bu eserde ikmal edilmiş olması esastır¹⁸. Borçlar Kanununda kötü ifa hallerine ve bu arada ayıplı ifa durumuna ilişkin bir açık düzenleme, genel hükümler arasında yoktur. Bu gibi durumların tümü, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlıkla birlikte, genel bir borca aykırılık hükmü olan BK. m. 96 çerçevesinde ele alınmaktadır¹⁹. Keza, istisna sözleşmesinde eser henüz teslim edilmeden önce ortaya çıkan bozuklara bağlanan hukuki sonuçlar BK. m. 358/2 ve genel hükümlerle düzenlenmiştir. Buna karşılık, teslim alınan eserde mevcut noksan ve bozukluklar nedeniyle borcun gereği gibi ifa edilmemesine Borçlar Kanununun genel hükümlerindeki gibi tazminata dönüşme (BK. m. 96) sonucu bağlanmayarak özel bir sorumluluk düzeni getirilmiştir²⁰. Böylece, özel borç ilişkilerini düzenleyen kanunun 359 ve devamı madde hükümlerinde istisna sözleşmesinde de satım sözleşmesinde olduğu gibi²¹, ayıba karşı tekeffül borcu hükümleri genel hükümlerden ayrı ve özel olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 359 ve devamı madde hükümlerinde, eserdeki noksan ve bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin amacı, bozukluk dolayısıyla iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatinin, sağlanan imkanlarla kendisince en uygun tarzda dengelenmesidir²². Zira, teslim edilen eserin ayıplı olması²³, zamanında muayene

sahibinin yeterli maddi gelirinin olmaması sebeplerinden dolayı eserin imal başarıyla gerçekleşmeyebilir. Bk. Pedrazzini, 502 .

17 Fikentscher, 551.

18 RO 94 / 1968, II, p.161-164; JdT 1969, I, p.650 (Dayınlarlı, İstisna, 42, dn. 35).

19 Öz, 90.

20 Seliçi, İnşaat, 128, 129.

21 Bk. BK. m. 194-207. Ayrıca bu hususta ayr. bil. için bk. Yavuz, Satıcı, 11-42.

22 Seliçi, İnşaat, 129 ; Gautschi, Art.368, N. 6 b.

23 "...noksan ifa ile ayıplı ifayı birbirinden ayırma zorunluluğu vardır. İş sahibinin ihbar zorunluluğu BK.nun 362. maddesi hükmü uyarınca bitirilmiş, fakat ayıplı ifa edilmiş eserler için söz konusudur. Eksik bırakılan işler için iş sahibi ayrıca müteahhide ihbarda bulunma zorunluluğu yoktur". Dayınlarlı, İstisna, 42 ; Eğer eser, garanti edilen özelliklere sahip değilse ya da eserin değerini ve elverişliliğini azaltan kusurlar varsa eser ayıplıdır. Bu hususu BGB 631. madde düzenler. Garanti, eserin en iyi özelliklerle tehziz edileceğine dair söz verilmesidir. Eserde garanti edilen özelliklerin mevcut ve kusursuz olması müteahhidin edim mükellefiyetinin içeriğini oluşturur. Eserin değerini ve elverişliliğini azaltan ayıplar için BGB 459' da ifade edilenler burada da geçerli olup, eserdeki ayıplara müteahhidin sebebiyet vermesi zorunludur. Palandt, 693 ; Larenz, 261

ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi²⁴ ve diğer şartların tahakkuku halinde bu durumda iş sahibi, BK. 359 ve devamı madde hükümlerinin kendisine tanıdığı imkanları yani 'onarım', 'kabulden kaçınma', 'sözleşmeden dönme' ve 'ücretin indirilmesi', müteahhidin kusurunun bulunması halinde ise 'zararı tazmin' haklarını müteahhide karşı kullanabilecektir. İş sahibinin kullanabileceği haklardan biri olan onarım hakkı, iş sahibinin eseri noksansız ifası talebinin değişik bir görünümünden başka bir şey değildir²⁵. Dönme hakkı ve ücretin indirilmesini talep etme hakkı ise ifa talebinin yerine geçen haklardır; karşılanmayan zararın tazmini talebinin hukuki temeli de noksansız teslimin ifasının gereği gibi yerine getirilmemesidir²⁶. Görüldüğü üzere bu haklar, iş sahibinin ifa talebinden doğan haklardır²⁷. Buraya kadarki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, istisna sözleşmesindeki eserin noksan ve bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanununda yer alan hükümleri, büyük ölçüde satımdaki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleri ile aynı olup, Borçlar Kanunundaki genel hükümlerden ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi içerisinde düzenlenmiş hükümlerdir sonucuna varılabilmektedir.

C) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN ÖZELLİKLERİ

İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler (BK. m. 359 -363) arasında yer alan Borçlar Kanununun 360. maddesi, teslim edilen eserin ayıplı olması durumunda iş sahibine değişik haklar tanımıştır²⁸. Satımda olduğu gibi, iş sahibi ayıp dolayısıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma (fesh), ücretini indirilmesini ve bundan başka eserin onarılmasını talep hakkına sahiptir. Bu haklar seçimlik haklar²⁹ olup seçimi iş sahibine aittir³⁰. Ne hakim ne de müteahhit onu seçim konusunda sınırlayamaz³¹ kaldı ki bu hakların kullanımı da müteahhidin kusurlu olması şartına bağlı kılınmamıştır. Ancak iş sahibi, bu haklar arasında seçim yaparken,

24 "...sözülü edilen BK.nun 359. madde kenar başlığında (işin kusuruna mütedair teminat) tan söz edilmiş 362. madde de, ihbarın (kusurlu) işlerle ilgili olduğu belirtilmiştir. Görülüyor ki, eksik bırakılan işler için, iş sahibinin ayrıca yükleniciye ihbarda bulunmak yükümlülüğü yoktur. Çünkü noksan işte, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulamaz. O halde noksan işi ayıplı işler ile bir arada ifade etmek, yukarıda sözü edilen (ayıplı işler) kavramına sokmak olanağı bulunmamaktadır". Y. 15. HD. 27. 9. 1988 T., 1988/92 E., 1988 / 3020 K. (YKD. Mayıs 1989, C.15. S. 5, 711).

25 Seliçi, İnşaat, 129.

26 Seliçi, İnşaat, 129; Gautschi, Art. 367, N. 5.

27 Seliçi, İnşaat, 129.

28 Satım ve kirada olduğu gibi fakat hizmet sözleşmesinden farklı olarak, istisna sözleşmesi (tarihi sebeplerden dolayı) kendine has bir ayıba karşı tekeffülden doğan haklar sistemi tanımıştır (BGE 633-639). Fikentscher, 552.

29 Bu hakların seçimlik olmasından kasıt, eserin ayıplı olarak teslimi halinde, iş sahibi BK.m. 359 da belirtilen muayene ve ihbar koşullarını gerçekleştirmek kaydıyla BK.360 maddede belirtilen haklardan birini seçtiğinde kural olarak diğer hakları kullanamamasıdır.

30 Uygun kanuni şartların oluşması kaydıyla iş sahibi esas itibarıyla kendi tasarrufuna bırakılan haklarını seçimine bağlı olarak serbestçe kullanabilir. Ancak, iş sahibi doğrusu bu haklar arasından tam bir serbestiye dayalı olarak bir seçim yapamaz. Örneğin sözleşmeden dönme ve onarım hakkının kullanımı, şartların oluşumuna bağlı olarak sınırlandırılmıştır. Zira az derecedeki öncelikli ayıplardan dolayı sözleşmeden dönme kabul edilmemiştir. (bk. BGB 634/III, OR. 368 ; BGE 98 II 121 ve 107 II 438). Bk. Pedrazzini, 516, 517, 519 ; Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Voilkommer, 686 ; Larenz., 265 ; Gadiant, 100, 101; İş sahibi eserin ayıplı olması durumunda sözleşmeden dönme hakkını seçtiğinde bundan tekrar rücu edemez. Bu aynı şekilde ücret indirimini için de geçerlidir. Aynı ayıptan dolayı sözleşmeden dönme ve onarımın birlikte seçilmesi kabul edilemez. Honsell, 201; Esser / Weyers, 264, 266.

31 Becker, 615 ; Eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi Borçlar Kanununun kendisine tanıdığı haklar arasında usulen başlangıçtan itibaren istediği gibi bir seçim yapabilir. Buna karşılık S1A 118 Normu OR' den farklı olarak, açık bir şekilde ayıptan doğan hakların kullanımında daima onarımın hakkının öncelikle kullanılmasını öngörmektedir. Gadiant, 248.

BK / OR' nin hükümleri çerçevesinde özellikle (BK. 360 / OR 368. maddenin) ve hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibi (MK. 2 / ZGB 2) hükümlerini göz önünde tutması gerekir. Ayrıca bu seçme hakkının kullanımının iş sahibinin özgür iradesiyle olması gerekir. Seçme hakkı kullanıldığı zaman kural olarak geri alınamaz. Bunun kullanılması ile iş sahibinin hakları seçilen bir hakka konsantre edilmiş olur³². Diğer haklar ise istihlak edilmiş olur. Bu konuda zarar ziyan tazminatı hakları ile ilgili bir defalık kullanımlar istisna teşkil ederler³³. Oysa, iş sahibine BK. m. 360 / I ve II. fıkraları gereğince tanınan tazminat isteme hakkı, müteahhidin ayıplı ifade kusuru olması şartına bağlı olarak, diğer haklarla birlikte kullanılabilir³⁴. Diğer bir istisna da, onarımın başarısız olması durumunda yeniden ikinci bir seçim hakkının oluşmasıdır. Böyle bir durumda iş sahibi, seçim hakkını kanuni hükümler çerçevesinde yeniden kullanabilecektir. Yani iş sahibi, ya sözleşmeden dönme ya da ücretten indirim talep edebilecek ve ayrıca kusur durumunda da zarar ziyanın tazminini talep edebilecektir³⁵. İş sahibi, BK. m. 360' a dayanarak ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini, diğer talepleriyle birlikte, yani kümülatif olarak isteyebileceği gibi yalnız başına da böyle tazminat talebinde bulunabilecektir³⁶. Kusura dayalı olarak talep edilebilecek böyle bir tazminat talebinde, müteahhit ancak kusursuz olduğunu ispat ettiği takdirde bu zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerin diğer bir özelliği ise, ayıptan dolayı iş sahibine tanınan haklar sisteminin emredici nitelikte olmamasıdır³⁷. Yani müteahhidin istisna sözleşmesindeki ana ve yan edim yükümlülüklerinin sözleşmeyle sınırlandırılması mümkündür³⁸. Eserin ayıplı olarak teslimi halinde, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan BK.' nun 360. maddesi tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, müteahhidin eserdeki bozuklar dolayısıyla sorumluluğu, onun eseri teslim borcundan doğan en önemli bir yan borcu olup bu borç eseri teslim borcunun hem bir sonucu hem de bir tamamlayıcısı olmaktadır³⁹. Müteahhidin belirtilen yan borcuna aykırı hareket etmesi durumunda, iş sahibine tanınan bu haklar, BK. m. 99'a aykırı düşmemek kaydıyla bir anlaşma ile, önceden sınırlandırılabilir gibi tamamen kaldırılması da mümkündür⁴⁰. Örneğin, taraflar borçlara uygulanacak zamanaşımının, muayene ve ihbar sürelerinin ne olacağını, sözleşmede daha önceden tespit edebilecekleri gibi BK. 360' da iş sahibine tanınan hakları da önceden açıkça veya

32 Çoğunlukla seçme hakkının kullanımının bir hukuki düzenleme olduğu kabul edilir. İş sahibi bir kere tercih edip icra ettiği seçimiyle bağlıdır. Sözleşmeden dönme beyanından tekrar rücu edilemez. BGE 109 II 41 ; Honsell, 201.

33 Pedrazzini, 519.

34 Bk. Öz, 95 ; Becker, 615 ; Tunçomağ, C. II, 1035 ; Kaplan, 74 ; Pedrazzini, 519.

35 Pedrazzini, 519.

36 Yavuz, Borçlar, C. II, 87.

37 Seliçi, İnşaat, 160.

38 Eser ayıpları için sorumluluk sözleşme ile başka bir şekilde kararlaştırılabilir. Bunun sınırlarını BGB 637, 138. maddeleri ile AGBG tespit eder (RG 203, 83). Palandt, 687, 689 ; BGB 637 ve AGBG 'deki sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 691 vd.

39 Kaplan, 72, 130 ; Gautschi, Art. 364 N. 5 b; Art. 366 N. 1 a-b, Art. 368 N. 6a.

40 Tunçomağ, C. II, 1029 ; Uygulamada çoğunlukla tekeffülden doğan haklar ve iş sahibinin zarar ziyan tazminatı haklarının sınırlandırılması yaygındır. «çoğunlukla sözleşmeden dönme, ücret indirim ve zarar ziyan tazminatı hakkı kabul edilmez, iş sahibine sadece onarım hakkı tanınarak hakları tekeffülden doğan haklar sınırlandırılırlar. Sorumluluktan kurtulma ise OR 100' deki sınırlamalara uyulduğunda mümkün olur. Honsell, 205; Buna karşılık, hem onarım hakkının hem de diğer bütün hakların hariç kılınması hukuka aykırıdır, hükümsüzdür. Bütün zarar ziyan tazminatı haklarının ve de ayıplı bütün edimlerden ya da gecikme nedeniyle ortaya çıkan hakların hariç kılınması iyi niyet kurallarına aykırıdır. Larenz, 267.

zımni olarak daraltabilecekler ya da tamamen ortadan kaldıracabileceklerdir⁴¹. Borçlar Kanunu m.360' da iş sahibine tanınan bu talep hakları tamamlayıcı hukuktur. Bundan dolayı iş sahibi, hile⁴² ve ağır ihmal dolayısıyla tazminattan vazgeçme durumu söz konusu değilse, önceden bu hakkından vazgeçebilecektir⁴³. Diğer hakların hariç bırakılarak müteahhidin ihtar olunan ayıbı düzeltilmesi yükümüne ilişkin anlaşma, kısmi bir vazgeçmedir⁴⁴. Bu haklardan vazgeçme, zımnen de mümkündür; örneğin, iş sahibinin, müteahhidin emrine hazır bulundurduğunu bildirdiği eseri kullanması veya başkasına devretmesi dönme hakkından vazgeçme anlamını taşır. Hiç kuşkusuz, dönmeden vazgeçmede, ücretin indirilmesinden veya tazminattan da vazgeçme anlamı yoktur⁴⁵. Ayrıca ayıba karşı tekeffülden doğan hakların devir ve temlik edilebilirliği kendi yapılarına bakıldığında eseri ihdas hakları olarak kabul edilmez. Bu yüzden ayıba karşı tekeffülden dolayı ortaya çıkan hakların icra şeklinin seçilmesinden önce pratik bir ihtiyacı karşıladığı göz ardı edilmez. Gelecekteki bir talebin devir ve temlik edilmesi OR 32' ye göre bir yetkiyle bağlantılı olarak ihdas hakkının kullanılması gereksiz görülür⁴⁶.

İş sahibi müteahhitten, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere veya başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, kullanmaya elverişli, normal bir yapıdaki eserin kalitesini taşıyan bir eserin kendisine teslimini beklemeye hakkı vardır. Bu sebeple istisna sözleşmesinde, iş sahibi ile müteahhit arasında somut eseri belirlemeye yarayan genel ve özel nitelikler (yer, şekil, ölçü, imal tarzı, renk gibi) üzerinde daha önceden tarafların anlaşması mümkündür. İşte, nitelikler konusundaki bu anlaşma istisna sözleşmesinin muhtevasının bir parçasını oluşturur ve akdi nitelik taşır. Bu niteliklerin birinin eksikliği eseri ayıplı kılar⁴⁷ ve müteahhidin sözleşmeden doğan sorumluluğuna yol açar. Buna karşılık taraflarca sözleşmede başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça müteahhit, MK. m. 2 gereğince, o şeyin kullanılacağı yeri göz önünde tutarak, kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eserin değerini taşıyan bir eseri iş sahibine teslim etmek zorundadır⁴⁸. Zira müteahhit, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasına gerek olmaksızın eserin sahip olması gerekli nitelikleri taşımamasından da sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmış olmasa dahi eserin, 'normal' niteliklere haiz olacak şekilde yapılması müteahhidin edim borcuna dahil olmaktadır⁴⁹. Bu borç da müteahhidin sözleşme ile açıkça üstlenmemesine rağmen kanunun bir hükmünden (BK. m. 360) doğduğu için kanuni bir borç teşkil etmektedir. Zira, müteahhit sözleşme ile açıkça üstlenmediği halde niteliklerdeki ayıptan dolayı kanunen sorumlu tutulmaktadır⁵⁰.

-
- 41 Bk. Tandoğan, Borçlar, C.II, 174, 226 vd.; Yavuz, Borçlar, C. II, 81,83 ; Erdem, C.III, 76 ; Olgaç, C.II, 1081, 1103 ; Tunçomağ, C. II, 1029.
- 42 Müteahhidin hangi yükümlülüğüyle eserin ayıplarından sorumlu olduğu, bir ayıbın ortaya çıktığı ya da ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlandırıldığına dair anlaşma satım sözleşmesindeki gibi aynı şekilde, müteahhidin ayıba hileli olarak gizlemesi durumunda hükümsüzdür (BGB 476 ve 637). Schmidt, 121
- 43 Eserin bozuk olması halinde iş sahibinin sadece bozukluğun giderilmesini isteyebileceğine dair bir anlaşma, bölümsel bir vazgeçme anlamını taşıyacaktır. Fakat bu halde bozukluğun giderilmesi mümkün olmaz ve müteahhit kusursuzluğunu ispatlayamazsa, iş sahibi elbetteki tazminat isteyebilecektir. Tunçomağ, C. II, 1029.
- 44 Becker, 615, 616.
- 45 Tunçomağ, C. II, 1029 ; Becker, 616.
- 46 Honsell, 205.
- 47 Yavuz, Borçlar, C. II, 79.
- 48 Tandoğan, Borçlar, C.II, 164; Yavuz, Borçlar, C. II, 80; Tunçomağ, C. II, 1016.
- 49 Seliçi, İnşaat, 140.
- 50 Bk. BK. m. 360 / I, BK. m. 70, MK. m. 2.

İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklar kural olarak ancak eserin iş sahibine teslim edilmesiyle birlikte başlar⁵¹. Dolayısıyla eserin bu zamanda sözleşmeye uygun olup olmadığı, ayıptan sorumluluk bakımından önem taşır. Teslimde gecikme ise, bir ayıba karşı tekeffül durumu değildir. Bilakis genel vazgeçme neticelerini ortadan kaldırmaktadır⁵². Satım sözleşmesinde alıcının tesellüm mükellefiyeti, BGB 433 / II. fıkraya göre tam karşılıklı bir esas mükellefiyet değilken istisna sözleşmesinde esas bir mükellefiyettir, Zira, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tesellümle birlikte başlaması, özellikle müteahhidin ücret alacağına kural gereği tesellüme bağlı olması ve ayrıca bir an önce tesellümde müteahhidin menfaatinin bulunması sebebiyle (BGB 631, 641 / I) tesellüm, istisna sözleşmesinde, sözleşmenin her iki tarafına da borç yükleyen bir esas mükellefiyettir⁵³.

İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinin diğer bir özelliği de, bu hükümlerin şartların gerçekleşmesi halinde yine Borçlar Kanununda yer alan bazı genel hükümlerle⁵⁴ yarışabilmesi ve diğer kanunlardaki bu konudaki düzenlemelerle⁵⁵ ilişki halinde bulunmasıdır.

III -MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DİĞER SÖZLEŞMELERDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Borçlar Kanununun 355-371. maddeleri arasında düzenlenen istisna sözleşmesi, amaç ve içeriği yönünden iş görme borcu doğuran sözleşmeler gurubunda yer almaktadır. İstisna sözleşmesindeki müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, şartları ve hukuki niteliği bakımından gerek diğer iş görme sözleşmelerinden olan Yayın, Vekalet ve Hizmet , gerekse bir şeyin mülkiyetini devir amacı güden Satım ile kullandırma amacı güden Kira sözleşmelerine göre önemli farklılıklar arz etmektedir. şöyle ki:

A) Satım Sözleşmesi Bakımından

Kanun koyucu, Borçlar Kanunumuzun 194. maddesinin 1. fıkrasında "Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir

51 Ayıptan doğan haklar kendi açısından eserin bitirilmesini şart koşan eserin tesellümü ile oluşurlar. Tesellümden önce iş sahibi yalnızca ayıpsız bir eserin teslimini talep edebilir. Bu temel hükümden dolayı ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini istisna teşkil eder. Bu hak tesellüm zamanından bağımsız olarak ancak ayıbın ortaya çıkmasıyla oluşur. Gadiant. 102 ; Ayıptan dolayı doğan haklar bitirilen eserin teslimini şart koymaktadır. Ancak, eserin imali safhasında müteahhidin kusurundan dolayı eserin ayıplı olarak imal edildiği önceden görülürse ya da ayıplı imal edildiği kesin olarak tahmin edilirse bu durumda iş sahibi, daha sonradan ayıptan doğan haklarını kullanabilmek için eserin bitirilmesini beklemek zorunda değildir. Çoğu zaman bunun için süre verilmektedir. Bk. Guhl/Merz/Koller, 486 ; OR. 366/II (BK. 358/II) fıkrasının kullanımı, eserin iş sahibine teslim edilmiş olmasını, OR 367. (BK.359) maddeye göre iş sahibi tarafından eserin ayıbın giderilmesi talebinin ileri sürülebilmesinin bir ön şartı olarak öngörür. Pedrazzini, 521. Tesellümden önce eserdeki ayıplar dolayısıyla oluşan iş sahibinin hakları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Palandt, 689 ; Marten, 183 vd.

52 Bk. OR. 97, 102, 20 ; Bucher, 208.

53 Larenz, 274 ; Fikentscher, 554 ; Tesellüm iş sahibi için bir mükellefiyet değil bir sözleşme yükümlülüğüdür. Ve ayrıca alacaklının da bir borcu değildir. Brox, Rdnr 263, 164 ; Honsell, 206 ; İş sahibinin 640. Maddeye göre tesellümle mükellef olması materyalistlere göre, her şeyden önce iş sahibinin, satıcı da olduğu gibi müteahhit tarafından sunulan sözleşmeye uygun nesnelere bedensel olarak mülkiyetine alması anlamına gelir. Bunun daha geniş bir anlamı yoktur. Esser / Weyers, 284.

54 Bk. BK. m. 96, 101-108, 81, 41,

55 Bk. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 4.

suretle tenkis eden ayıplardan salım bulunmasını da mütekeffildir" şeklinde, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu ve unsurlarını belirtmiştir. " Satıcı, bu ayıpların mevcudiyetini bilmese bile onlardan mesuldür" şeklindeki ikinci fıkra hükmü ile de, 'menfaatler muvazenesini göz önünde tutarak, alıcının himaye edilmekteki meşru menfaatini kabul ederek, satıcının ayıpların mevcudiyetini bilmese bile sorumlu olduğu prensibini koymuştur'⁵⁶. Böylece satıcı, daha önceden alıcıya mala ilişkin olarak belirttiği ve söz verdiği niteliklerin (zikir ve vaadettiği vasıfların) malda bulunmamasından veya böyle bir söz vermemiş olsa dahi, şeyin değerini ya da akit dairesince ondan beklenen yararları azaltan, ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasından sorumlu tutulmuştur⁵⁷.

Yukarıda belirtilen madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, Borçlar Kanunundaki satım ve istisna sözleşmesindeki ayıp kavramı ile⁵⁸ noksan ve bozukluk⁵⁹ lardan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler birbirleriyle paralellik arz etmektedirler⁶⁰. İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler (BK. m. 359-363) satım sözleşmesine benzer bir şekilde düzenlenmiş hükümlerdir. Ancak, ayıba karşı tekeffül borcu, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcunun tamamlayıcısı iken, temlik borcu doğuran satım sözleşmesinde mülkiyeti geçirme borcunun⁶¹ bir tamamlayıcısıdır. Çünkü, satımda alıcının amacı, istediği gibi kullanabileceği yararlı bir şeyin mülkiyetini elde etmektir⁶². Eğer satım konusu mal alıcının ondan istifadesini refedecek derecede ayıplı ise, satıcı borcunu ifa etmemiş olur ve bu takdirde satıcının akdi bir kusurundan bahsedilir⁶³. Böylece, her şeyden önce istisna sözleşmesinde müteahhit bir eser imal etmek zorunda olmasına rağmen satım sözleşmesinde kural gereği bir nesnenin imali değil önceden hazırlanan nesnenin alıcıya teslim edilmesi ve mülkiyetinin geçirilmesiyle

56 Edis, Tekeffül, 20.

57 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Satıcı, 16 vd. ; Edis, Tekeffül, 7 vd. ; Marten, 25 vd.

58 Satım sözleşmesindeki tekeffül hakları ile istisna sözleşmesindeki ayıbın tekeffülü hakkındaki hükümler arasında büyük benzerlik olması dolayısıyla, istisna sözleşmesinde ayıp kavramı bakımından satım sözleşmesi hükümlerine atıf yapılır (OR 197). Gerçi istisna sözleşmesi ile ilgili ayıbın tekeffülünü hükümlerini satım sözleşmesindeki tekeffül hükümleri kuvvetli bir şekilde etkilemiştir. Bu etkileşim Roma hukukundan alınan bütün hukuk sistemleri gibi Ysviçre hukuk sistemi bakımından da geçerlidir. Halbuki her iki sözleşme tarafının da farklı olması göz ardı edilerek tekeffül bakımından satım sözleşmesine basit bir atıf yapılması yeterli değildir. Çoğunlukla istisna sözleşmesi hükümlerinin özel nitelikte olması, istisna sözleşmesinde hususi kavram belirlenmesini gerektirir. Gauch, Rdnr. 912, 264 ; Aynı doğrultuda görüş için bk. Pedrazzini, 525.

59 OR 368/I, ayıplar ile sözleşmeye diğer aykırılıkları birbirinden ayırır. Farklı şekildeki bu düzenlemeden sarfınazar edildiğinde, OR 197' deki gibi OR 168' de ifade edilen bozukluk kavramı ile ayıp kavramı aynı kavramlardır. Honsell, 200.

60 Geniş anlamda, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları hem şartları bakımından hem de taalluk eden sonuçları bakımından satım sözleşmesinde alıcının haklarına uyar. Bununla birlikte, farklılıklar eser sözleşmesinin mahiyetiyle sınırlıdır. Guhl/Merz/Koller, 484 ; Bucher, 209 ; Ancak istisna sözleşmesinde, eserdeki noksan ve bozukluklardan dolayı sorumluluk düzeni büyük ölçüde satımdaki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleriyle aynıdır. BGE 93 II 316 ; Seliçi, İnşaat, 130 ; Satımda olduğu gibi benzer bir şekilde istisna sözleşmelerinde de eserdeki ayıba karşı kusurla bağımlı olmayan bir tekeffül oluşur. Fakat tekeffülün münferit olarak düzenlenmesinde farklılıklar ortaya çıkar (örneğin, onarımla ilgili ve benzeri). Honsell, 199.

61 BGB 433. Maddenin 1. Cümlesine göre satıcı, sattığı malı teslim ve onun mülkiyetini alıcıya geçirmek zorundadır. Buna karşılık istisna sözleşmesinde müteahhidin satıcının aksine böyle bir hakkın geçirilmesi mükellefiyeti yoktur. Böyle bir mükellefiyete de zaten ihtiyaç yoktur. Örnek olarak nakliye sözleşmelerinde bir nesnenin yer değiştirilmesi mükellefiyeti söz konusudur. Yani mülkiyet veya başka bir hak söz konusu değildir. Nakliye ediminin bizzat bir yolcu biletinin satımıyla oluşması durumu da bu sonucu değiştirmez. Maddi bir konusu olan bir malın şeklinin değiştirilmesi veya imali için yapılan istisna sözleşmelerinde de çoğunlukla bir hakkın geçirilmesi söz konusu değildir. Ayakkabıların onarımı gibi durumlar mülkiyeti diğerine geçirmez. Yani müteahhit onarılan ayakkabıları sadece iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Onları devir ve temlik etmek zorunda değildir. Medicus, Kaufvertrag, 273.

62 Erdem, C. II, 82 ; Edis, Tekeffül, 64 ; Kural/Kıhçbay/İzmir, 504.

63 Marten, 25.

sorumlu olunmaktadır⁶⁴. Bununla birlikte yine istisna sözleşmesinde tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerde, satım sözleşmesinde olduğu gibi bir zikir ve vaad olunan nitelik (Zusicherung einer Eigenschaft) kavramına⁶⁵ da ayrıca yer verilmiş değildir⁶⁶.

İstisna sözleşmesinde, sorumluluğa esas olan ayıp, eserin teslimi anında mevcut olan ayıpken⁶⁷, satımda, satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçtiği andaki mevcut olan ayıplardan sorumluluk söz konusu olmaktadır⁶⁸. Dolayısıyla, satım sözleşmesinde,

64 Brox, Rdnr 256, 256.

65 BK. m. 194' göre satıcı, alıcıya karşı satım konusunda bulunduğu zikir ve vaadettiği niteliklerin bulunmamasından sorumludur. Burada sözü edilen vaad, normatif anlamda olumlu veya olumsuz olabilecektir. Olumlu nitelik vaadi zikir ve vaad olunan hususların satım konusu malda bulunduğunu, olumsuz nitelik vaadi ise zikir ve vaad olunan niteliklerin malda bulunmadığı iddiasının açık veya zımni bir şekilde beyanını içerir. Vaad olunan nitelik akdinin konusuna (vertragsinhalt) dahil olup, bu kavramdan iş hayatındaki telakkilere veya satıcı tarafından bilinen alıcının şahsi menfaatleri doğrultusunda satım konusunun değeri ya da ihtiva ettiği elverişlilik anlaşılmalıdır. Ayrıca nitelikler hususunda, ticari işlerde yaygın olan telakkilere göre o şeyle ilgili olan ve onun değerini etkilediği kabul olunan her türlü iktisadi ve hukuki ilişkileri de göz önünde tutmak gerekir. Satıcının satım sözleşmesi dolayısıyla zikir ve vaadettiği bu özellikteki niteliklerden sorumlu tutulabilmesi için de yapılan zikir ve vaadin ciddi yani akdinin yapılmasını etkileyici olması gerekir. Bk. Keller / Lörtscher, 62-68 ; Giger, Art. 197, N. 6, 7, 27 ; Edis, Tekeffül, 57 vd.

66 İstisna sözleşmesinde üzerinde anlaşılan niteliklerin eksikliği gibi lüzumlu niteliklerin eksikliği de, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açar. Nitelikler konusundaki anlaşma istisna sözleşmesinin muhtevasının bir parçasını oluşturur ve akdi nitelik taşıır; ancak istisna sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu düzenlemesinde, zikir ve vaad olunan nitelik kavramına, satım sözleşmesinde olduğu gibi ayrı bir yer verilmemiştir. Bu sebeple istisna sözleşmesinde müteahhidin niteliklere ilişkin vaadinin hukuki niteliği için satıcının satılanının satılanın niteliklerini zikir ve vaad etmesinin hukuki niteliği hakkındaki görüşlere başvurmak isabetli olmayacaktır. Bk. Tandoğan, Borçlar, C. II, 162, 163 ve ayrıca C.I, 165-166 ; Garanti, kanunun satım sözleşmesinde (OR 197) kullandığı fakat istisna sözleşmesinde kullanmadığı bir kavramdır. Bundan dolayı garanti kavramı istisna sözleşmesi bakımından kanuni bir kavram değildir (Buna karşılık bk. BGB 633/I). Gerçi pratikte satım sözleşmesi için uygun olan kavram istisna sözleşmesi için de kullanılır. Ancak satım sözleşmesindeki niteliklerin garantisini, istisna sözleşmesindekinden değişik bir fonksiyonu yerine getir. Bu yüzden satım hukukuyla ilgili garanti kavramı tartışmalıdır. Bu kavram için satım hukukuna yapılan basit bir atf esasen yeterli değildir. İstisna sözleşmesinde garanti ancak, müteahhidin söz verdiği eserin belirli nitelikleri göstereceği şeklindeki sözleşmeyi bağlayıcı bir beyanıyla olur. Bu beyan da ya müteahhidin kendi inisiyatifiyle ya da iş sahibinin talebi üzerine verilir. Gauch, Rdnr 924, 925; Brox' a göre, ayıp ve vaat edilen özellikler kavramları satımdaki aynı kavramlara uygundur. Bk. Brox, Rdnr 269, 168.

67 Ayıp eserin teslimi anında, önceden oluşmuş olmalıdır. Honsell, 200 ; Esas itibarıyla ayaftan doğan hakların kullanımı, tamamlanmış bir eserin teslimini şart kılmaktadır. Ancak, eğer eserin imali esasında müteahhidin kusurundan dolayı ayıplı bir eserin imal edildiği görülürse ya da sözleşmeye aykırı bir surette ayıplı bir eserin imal edildiği katıyetle tahmin etmek mümkün olursa, bu durumda iş sahibi, ayaftan doğan haklarını kullanabilmek için eserin tamamlanıp kendisine teslimini beklemek zorunda değildir. Bu durumda çoğu zaman bunun için ek bir süre verilebilir. Bu süre içinde işin yapılmaması durumunda hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere onarım veya eserin imali işinin üçüncü bir kişiye tevdi olunacağı da ihtar edilir. Burada kanun, ayıplı eserin imalini sözleşmeye aykırı bir imal ile denk tutmaktadır. Guhl/Merz/Koller, 486 ; Pedrazzini, 524.

68 "Fransız hukukunda, satım anında, şeyin ayıplı olması sorumluluk için yeter bir şart sayılmaktadır. Alman Medeni Kanununda § 459, 313, 879, ve 929 birlikte mütalaa edildiği takdirde, ayıpların, hasarın ve mülkiyetin teslim ve tescil anında intikal ettiği görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde, daha henüz mevcut olmayan şeyin satımının söz konusu olabildiğini göz önüne alan doktrin ve mahkeme içtihatları ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ratio legis'inden hareket ederek, tekeffül borcunun doğumu için ayıpların 'hasarın intikali anında mevcut olması lazım geldiğini kabul etmişlerdir. Bizce de bazı istisnalar dışında prensip itibarıyla, ayıpların en geç hasarın intikali anında mevcut olmasının lazım geldiği kanaatindeyiz. Ancak bu kaide mutlak olmamalıdır. Aksi halde, hukukun genel prensipleri, hak nesafet kaideleri feda edilmiş olur". Edis, Tekeffül, 63-64.

69 Eser sözleşmesinde hasar teslim anına kadar müteahhide aitken (BK. m. 368), satım sözleşmesinde hasar, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren müşteriye aittir. Artukmaç, 71. Satım sözleşmesinde tehlikenin alıcıya geçiş anı, BK. 183/I' de söylendiği gibi, sözleşmenin yapıldığı an değil de, sözleşmenin hüküm doğurduğu andır. Şu halde satım sözleşmesinin meydana gelmesi için açık (sarih) bir kabule ihtiyaç varsa, satım sözleşmesi meydana gelmiş olmak koşuluyla, kabul haberinin gönderildiği; açık bir kabule ihtiyaç yoksa, önerinin kabulüne vardığı andan itibaren tehlike alıcıya geçmiş olur.

satılanın (eşyanın) tehlikenin geçişi anında⁶⁹ bozukluklar taşınması gerekir⁷⁰. Satılanın en geç hasarın alıcıya geçmesi anında ayıplı olduğunu, ise alıcı ispat edecektir⁷¹. Alıcının satıcı aleyhine tekeffülden dolayı ikame edeceği zaman davasının şayanı kabul olması için, akdin feshine sebep olan ayıpların, hasarın alıcı uhdesine intikali tarihinden evvel hiç olmazsa başlangıç halinde, mevcut olduğunun alıcı tarafından ispat edilmesi gerekir. Bu ise ispatı en müşkül olan bir noktadır⁷². Eğer satılan (tehlikenin alıcıya geçişinden sonra) bozulmuş ve bu bozukluğun tohum halinde daha önceden bulunduğu da sabit değilse, diyelim hayvanın ve bitkinin daha önceden bir hastalığı bulunduğu ispat edilememiş olması veya aynı şekilde bozukluğun doğal olaylardan sonra meydana gelmesi halinde de zarar alıcındır⁷³. Ayrıca, satım sözleşmesinin aksine, istisna sözleşmelerinde eseri teslim etmeden önce BK. nun 358. maddesinin 2. fıkrası (OR 366 / II), iş sahibinin haklarını tekeffül etmesi sebebiyle, teslim unsuru eserdeki ayıptan dolayı ortaya çıkan bütün tekeffül durumlarının bir şartı değildir. Eserin yapılması esnasında ayıplı veya sözleşmeye başkaca aykırı bir ifanın önceden kesinlikle kestirilebilir olduğu durumlarda, eserin tamamlanmasından önce kanunun, iş sahibinin haklarını tekeffül etmesi sebebiyle, burada teslim tekeffül edimlerinin bir şartı olmamaktadır. Zira, Borçlar Kanununun 358. maddesinin 2. fıkrası (OR 366 / II), müteahhidin kusurunun olması⁷⁴ durumunda uygun bir sürenin geçmesi ile onarımın, eserin rizikosu ve masrafları müteahhide ait olmak üzere⁷⁵ üçüncü bir kişiye gidertilebileceğini ifade etmektedir⁷⁶.

Diğer yandan, "eser sözleşmesinde sadece önemli ve daha az önemli bozukluk ayrımı yapılmış olup, önemsiz bozukluklardan söz edilmemiştir. Halbuki satım sözleşmesinde, satıcı önemsiz bozukluklardan sorumlu tutulmamıştır (BK. m. 194)" ⁷⁷.

Tunçomağ, C. II, 83 ; OR 376 (BK. m. 368) inci madde müteahhit üzerinden hasarın kalkması için teslim zamanını tayin ediyor. Eğer kabul demiş olsaydı hukuk noktasından daha muvafık düşerdi, zira teslim yapılan şeyin muayenesinden evveldir. Eğer muayenede ehemmiyetli kusurlar meydana çıkarsa iş sahibinin işi reddetmeye hakkı vardır (OR § 368 /BK. m. 360). Teslim ile kabul arasında vukua gelen kazanın müteahhide tahmil edilmesi mantığa daha muvafık düşer. Hülasa OR § 376. (BK. m. 368.) maddenin birinci fıkrası bir kaide ve bir de bu kaidenin bir istisnasını bildirmektedir. Kaideye nazaran imal olunan şeyin, iş sahibi tarafından kabulünden evvel telef olması halinde hasarlar müteahhide tahmil olunuyor. İstisnaya göre de eğer iş sahibi tesellümden temerrüt ederse hasarlar kendisine ait oluyor. Satım sözleşmesinde ise ayıplar, hasarlar (risques) alıcıya intikal ettiği zamanda mevcut olmaları lazımdır. Marten, 193, 27. Ayrıca satım ve istisna sözleşmesinde hasarın geçiş anı hk. ayrıntılı bilgi için bk. Marten, 3,4 ve 193 - 195.

70 Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarıyla Fransız Medeni Kanununda satılana ilişkin ayıbın en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında olmasını arayan bir hüküm bulunmamaktadır. Halbuki BGB § 459' da satıcının, sadece hasarın alıcıya geçmesi anına kadar satılana ilişkin ayıplar sebebiyle alıcıya karşı sorumlu olduğu öngörülmüştür. Yavuz, Satıcı, 91-92.

71 Yavuz, Satıcı, 92 ; Marten, 28 ; Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplar, önceden mevcut sebeplerden ileri gelmedikçe satıcı sorumlu olmaz. Edis, Tekeffül, 66 ; Giger, Art. 197, N. 42 ; Bununla birlikte alıcı, hasarın intikalinden sonra meydana gelen ayıpların önceden mevcut sebeplerden dolayı meydana geldiğini iddia etmesi durumunda bu iddiası MK. m. 6 hükmü gereği ispat etmesi gerekir.

72 Marten, 27.

73 Tunçomağ, C.II, 123.

74 "Kanunun metni burada bir haşvi ihtiva eder, zira iş fena yapılmış ise şüphesiz bu müteahhidin kusurudur". Marten, 183.

75 Ancak burada, "kanun 'hasar müteahhide ait olmak üzere' kaydını vazetmiştir ki bu pek te hakkaniyete muvafık telakki edilemez. İş sahibi bir üçüncü şahsı irae ve müteahhide bunu istihdam etmesi mecburiyetini tahmil etmiştir. Bu üçüncü şahıs fena çalışır ise bu müteahhidin bir hatası değildir. Niçin müteahhit işin fena yapılmasından mütevellit hasara tahammül etsin? Mümkün olduğu takdirde iş sahibi, iş kendisine tevdi edilecek olan üçüncü şahsı selahiyettar makama tayin ettirmekle müteahhide hareket etmiş olur. OR 366 (BK. 358) inci maddenin 2. Fıkrasında gösterilen usul kafi bir sureti hal değildir; zira müteahhit bu tesviye tarzına itirazsız inkıyat edecek değildir, bu hususta bir davadan içtinap edilemez". Marten, 183, 184.

76 Pedrazzini, 524, 525 ; Guhl/Merz/Koller, 486.

77 Seliçi, İnşaat, 144 ; Bilge, 77 ; Erdem, C. II, 85; Borçlar Kanununun 194. Maddesi anlamında ayıbın önemli sayılmadığı hallerde alıcı ancak 'ifanın gereği gibi yerine getirilmediği' iddiasıyla BK. m. 96 vd. hükümlerine başvurabilir. Ayıbın önemli olup olmadığı hususu, o çevrede hakim görüşler,

Satım sözleşmesinde' önlenemeyecek küçük ölçüde kalite eksiklikleri (örneğin, çok miktarda satılan doğal ürünlerde olduğu gibi) yahut kolaylıkla giderilebilen ayıplar (makinenin bazı vidaları eksik) hakkında durum böyledir. Satıcı bunları tahsisen vadede bulunmadıkça veya hilesi olmadıkça sorumlu olmaz⁷⁸. Böylece, satılan şeyin maksut olan menfaatini gayet cüz'i (önemsiz) surette azaltan ayıplardan dolayı alıcının bir dava açma hakkı yoktur. Çünkü bütünü ayıpsız bir şey mevcut değildir⁷⁹. Buna karşılık istisna sözleşmesinde, teslim konusu eserdeki ayıbın tam önemli ayıp olması gerekli değildir. Tam önemli ayıplar, eseri iş sahibi için kullanılmaz veya kabule zorlayamaz kılan ayıplardır. İstisna sözleşmesinde satımdan farklı olarak işte bu noktada önemsiz ayıplar bile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirir⁸⁰; meğer ki bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyın⁸¹.

"Borçlar Kanununun 360. maddesinde bozukluğa bağlı zararlar bir guruplandırmaya tabi tutulmamış, illiyet bağı içinde kalmak ve müteahhidin kusurlu olması koşulu ile her türlü zararın tazmini kabul edilmiştir. Buna karşılık Borçlar Kanununun 205. maddesinin 2. fıkrasına göre alıcının bozukluk dolayısıyla satım sözleşmesinden dönmesi halinde, bozukluk taşıyan malın alıcıya tesliminin neden olduğu 'doğrudan doğruya' zararlardan satıcı kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur⁸². Söz konusu hükmün istisna sözleşmelerinde kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun teşkil eder. BK. m. 205 / f. 2' nin uygulanabileceği kabul edilirse bozukluğa bağlı zararları doğrudan doğruya bozukluğa bağlı zararlar dolayısıyla bozukluğa bağlı zararlar diye ayırmak, doğrudan doğruya bozukluğa bağlı zararlardan kusuruna bakılmaksızın müteahhidi sorumlu tutmak, dolayısıyla bozukluğa bağlı zararlardan sorumluluk için müteahhidin kusurunu aramak gerekecektir⁸³. Sorun tartışmalı ve berrak değildir. Zannediyoruz ki satım sözleşmesinde dahi varlık gerekçesi güç açıklanabilen istisnai bir hükmün, kıyasen istisna sözleşmesinde uygulanması kabul edilmemelidir. Zira satım sözleşmesindeki bozukluğu sağlama düzeni ile eser sözleşmesindeki düzen arasında benzerlikler olmakla beraber farklılıkları da vardır. Eser sözleşmesinde bozukluğa bağlı zararlar bozukluk sorumluluğu çerçevesinde, kapalı bir düzen içinde gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Kanun koyucu gerek 360. maddenin 1. fıkrasında dönme yanında, gerekse 2. fıkrada ücret indirim ve düzeltme yanında aynı ifadelerle, BK. m. 205' den farklı olarak hiç bir ayırım gözetmeksizin müteahhidin kusuru varsa her türlü zararın tazminine olanak vermiştir. Bu sistem içinde arzu edilen, dönme, ücret indirim ve düzeltme yolu ile iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatini ek bir tazminatla karşılamaktır; bunun da

sözleşmenin içeriği ve amacını göz önünde tutularak tespit edilmelidir. Bu husustaki kriterler için bk. Giger, Art. 197, N. 61, 68 ; Edis, Tekeffül, 57 vd. ; Yavuz, Satıcı, 75.

78 Tandoğan, Borçlar, C. I, 173-174.

79 Marten, 26.

80 İmal edilen eserde önemsiz ayıpların mevcudiyeti durumunda iş sahibi iki nevi davadan birini tercih edebilir. Ya işteki kıymetin noksanı nispetinde fiyatın tenzilini dava eder ya da masrafi müteahhide ait olmak üzere yapılan şeyin ıslahını müteahhiden talep eder. Marten, 184.

81 Yavuz, Borçlar, C. II, 79 ; İstisna sözleşmesi hukukunda kural olarak müteahhidin mesul olmak zorunda olduğu her türlü önemsiz derecede sözleşmeye aykırılıklar bir ayıbın mevcudiyetini gösterir. Buna karşılık satım hukukuyla ilgili ayıpların tekeffülü, yalnızca satım konusunun garanti edilen bir özelliğin eksikliği veya ayıbın malın şart koşulan kullanıma uygunluğunu ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde azaltması durumlarını kapsar. Gadiant, 103.

82 BK. m. 194, 202 ve 205'den açıkça anlaşılacağı gibi, alıcı kusursuz olarak, nitelik yönünden kötü (ayıplı) ifade bulunmuş bir satıcıya karşı da sözleşmeden dönebilecek, hatta ondan zarar-giderim isteyebilecektir. Satıcıların 'ayıplı ifa' dan ötürü kusursuz bir sorumluluğa bağlı tutulmaları yerinde gözükmemektedir. BK. 357/I kuralının eser borçlusunu, eseri ısmarlayana karşı, 'satıcı gibi' sorumlu tutması, sosyo-ekonomik gerçekliğe uygun bir çözüm olmuştur. Serozan, Sözleşme, 310-311.

83 Satım sözleşmesinde OR 208/II' ye göre, dolaylı zararlar için kusuru bağlı olmaksızın zarar ziyan tazmini talep edilir. Doğrudan doğruya zararlar için ise eğer OR 97' ye göre kusurdan beraat (kusuru olmadığını ispat) başarısızlığa uğrarsa bunun aksi şekilde uygulanır (OR 208/III). OR 368' de bu farklılıklar yoktur. OR 368 sadece ayıpla ilgili olan zararlara istinat eder. Buna karşın bir gecikmeden ya da işin yerine getirilmemesinden doğan zararlara istinat etmez. Honsell, 203, 204.

menfaatler dengesinde müteahhidin kusuruna bağlanması uygun görülmüştür. Bu açık sisteme gereksiz bir müdahale ile satımdaki istisnai bir hükmü uygulamaya çaba göstermek yersizdir"⁸⁴.

İstisna sözleşmesinde tesellüm edilen⁸⁵ eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi, BK. m. 359' da düzenlenmiş olan muayene ve ihbar külfetini yerine getirmek kaydıyla BK. m. 360 da belirtilen, 'sözleşmeden dönme'⁸⁶, bedelin indirimi⁸⁷, 'eserin onarımını', 'uğranılan zararın tazminini' isteme şeklindeki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Benzer bir düzenleme getiren satım sözleşmesine ilişkin hükümlerde ise satılan malın ayıplı olması üzerine alıcıya; 'sözleşmeden dönme', 'satış bedelinin (semenin) indirimini', 'misli eşya satımında satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini (BK. m. 202 - 204)' isteme hakları tanınmıştır⁸⁸. Görüldüğü üzere ilk göze çarpan fark, satımdaki 'satılan misli eşyayı ayıpsız misli ile değiştirme'⁸⁹ hakkının eser sözleşmesi için düzenlenmemiş olması, buna karşılık, istisna sözleşmesinde iş sahibine tanınan 'eserin onarılmasını'⁹⁰ (ayıbın giderilmesini) isteme hakkının satım sözleşmesinin alıcısına

84 Selici, İnşaat, 186-188.

85 Hemen ifade etmek gerekir ki, istisna sözleşmesindeki tesellüm kavramı, satım sözleşmesindeki tesellüm kavramından farklıdır. Zira, istisna sözleşmesinde satım sözleşmesindeki aksine tesellüm, eserin yalnızca bedensel olarak alınmasını değil bilakis ayrıca, iş sahibinin kesin ve itirazsız olarak müteahhidin ediminin sözleşmeye uygun olarak esasen kabul etmesi beyanını da içerir. Özellikle inşaat eser sözleşmelerinde müteahhidin iş bittiğini açık veya zımni olarak iş sahibine bildirmesi, bedensel teslimin yerine geçer. Schmidt, 122 ; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 696 ; Fikentscher, 555 ; Honsell, 206 ; Larenz, 276, 277; Brox, RdNr 263, 164 ; Müteahhidin iş sahibine eserin hazır olduğunu bildirmesi suretiyle kural gereği kabul oluşur (SIA Norm 118, m. 158). Bu bildirme kanuni düzenlemenin aksine sözlü veya yazılı olabilir fakat zımni olamaz. Bu eserin kullanıma alınmasının yerini alır (SIA Norm m. 158/1). Gadiant, 54.

86 "Eserin müteahhidin sorumluluğunu gerektirecek yolda 'ayıplı' bulunup bulunmadığı, satılanın 'ayıplı' bulunmadığını saptamada geçerli olan ölçülere göre belirlenecektir. İşin mukaveleye muhalif bulunması, 'satılanın vaadedilmiş vasıflarının eksikliği' ne, 'eseri kabuldən imtina', sözleşmeden dönmeye, 'fiyatın tenzili' de 'seminin tenzili' ne tekabül etmektedir. Yalnız şu kayıtlama eser sözleşmesine özgüdür; satım sözleşmesinin ayıplı, kötü ifasında söz konusu değildir: 'sözleşmeden dönme, ancak, eser ismarlayanın kullanamayacağı ya da ismarlayanca bu biçimiyle kabulünün beklenemeyeceği ölçüde bozuk bulunursa olanaklıdır'. Böyle olmayıp da, eserdeki sakatlık önemsizse, alacaklı, sadece 'ücret tenzil' yetkisine (sözleşmenin konusunu değiştirme yetkisine) sahip olabilir". Bk. Serozan, 329, dn. 165 a ; BGB 634. Madde satımdaki hükümlere paralel olarak iş sahibine sözleşmeden dönme veya ücretten indirim şeklinde tekeffülden doğan haklar tanır . Sözleşmeden dönme veya ücret indirimine, BGB 465-467' ye ve 469-475' e kadar olan madde hükümleri uygun olarak tatbik edilebilirler. Bu haklar eserin imali amacına uygun olmakla birlikte, esas itibarıyla ancak ayıbın giderilmesi şeklindeki ifanın daha fazla talep edilemeyeceği durumlarda söz konusu olurlar. Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 685.

87 İş sahibi sözleşmede kararlaştırılan özelliklerin eksikliği durumunda eseri kabul etmeyebilir (OR. 368/1) veya teslim edilen eserin ücretinden uygun miktarda kesinti yaparak ücret tenzili hakkını kullanabilir. Zikredilen bu ayıptan doğan haklar, satım sözleşmesindeki değiştirme veya ücret indirimi haklarıyla bağlantılı olarak eşyayla ilgili haklardır. Guhl/Merz/Koller, 485.

88 Bk. Serozan, Sözleşme, 314 vd. ; Akıntürk, 171 ; Taşkent, 704 vd.

89 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Taşkent, 712 vd. ; "Misli eser imali borçlarında ayıplı ifa üzerine, BK. m. 203 hükmüne kıyasen, iş sahibine eseri ayıpsız misliyle değiştirme hakkı tanınması, en azından savunulması mümkün bir görüş olarak kabul edilmelidir". Öz, 99.

90 Özel olarak satım sözleşmesinde düzenlenmeyen sonradan düzeltme (onarım) hakkı istisna sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Guhl/Merz/Koller, 478; Onarım hakkı, ayıba karşı tekeffülden doğan bir hak değil bilakis düzeltilmiş (tadil) edilmiş bir ifa hakkı olup bu hak ayıbın ortadan kaldırılmasına ve müteahhit tarafından imal edilen eserde garanti edilen özelliklerin temin edilmesine istinat eder (BGH 96, 221) ve eğer ayıp yalnızca bu şekilde giderilmesi gerekiyorsa yeniden imale kadar uzayabilir (BGH 96, 111). Palandt, 689, 694 ; "... eser, pek kötü olarak yapılmış değilse ya da 'ref ve kal' i eseri yapan için fazlaca külfete ve zarara yol açacaksa, onun çıkarlarını örselenecekse, bu eseri ismarlayan alacaklı, sözleşmeden dönmeyecek, sadece ücretin indirimini ya da kötü ifanın giderilerek iyi ifanın gerçekleştirilmesini (onarımı) sağlayabilecektir. Serozan, Sözleşme, 330.

tanınmamış olmasıdır⁹¹. İstisna sözleşmesinin satım sözleşmesinden farklı olarak sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin bir onarım hakkını tekeffül etmesi, her iki sözleşmede de edim mükellefiyetinin farklı içeriğe sahip olmasından kaynaklanır. Gerçi satımda satıcı da - istisna sözleşmesindeki müteahhit gibi - ayıpsız bir nesnenin ifasıyla yükümlüdür. Fakat malı bizzat kendisi üretmediği için satıcı malın ayıpsız imali için mesul olmak zorunda değildir⁹². Fakat buradaki tekeffül istisnai olarak öncelikle ifa ile yükümlü olduğu yani ayıbın giderilmesiyle (onarım) yükümlü olduğu anlamına gelmemektedir. Genellikle tekeffülün içeriği, yalnızca 462, 463 ve 480. maddelere göre belirlenir. Satıcı kaideten sözleşmeden dönme veya ücret indirimi talebine muhatap olur. Tek cins malın satımında ise ayrıca ayıpsız malların teslimi ile yükümlüdür. İstisna sözleşmesinde ise durum tamamen farklıdır. Burada sözleşmeden dönme ve ücret indirimi hakları için kural gereği süre verilmiş bir onarım talebi öngörülmüştür⁹³. Yani istisna sözleşmesinde müteahhit öncelikle onarımla yükümlüdür. Bununla birlikte diğer taraftan satım sözleşmesindeki satıcıdan farklı olarak bir onarım için gerekli imkanlara ve uzmanlığa sahip olduğu için de buna yetkilidir de. Bu yüzden kanun koyucu BGB' nin 633. Maddesinin 2. Fıkrasının 1. bendinde⁹⁴ müteahhidi usule uygun olarak öncelikle ayıbın giderilmesiyle mükellef kılmıştır⁹⁵. Onarım yükümlülüğü aynı zamanda sözleşmeden dönme ve ücret indirimine engel olabildiği için aynı zamanda müteahhit bakımından da bir avantaj teşkil eder⁹⁶. İstisna sözleşmesinde iş sahibinin satım sözleşmesinde olmayan ayıbı ortadan kaldırma hakkını seçmesi de ayıbın ihbar edilmesi koşuluna bağlı olmamak zorundadır⁹⁷. Böylece, satım sözleşmesinde aynen ifa istemi salt çeşit satımına inhisar ettirilmiş, parça satımında hiç değilse bir onarım istemine, yer verilmemiştir⁹⁸. Ancak, satım sözleşmesinde alıcının kanundan doğan bir onarım talebinde bulunma hakkının olmadığı düşüncesi kabul edilse bile, sözleşmeler uygulamasında, özellikle tip sözleşmeler ya da genel işlem şartları olarak alıcının böyle

- 91 Bucher, 209; Schmidt, 120 ; Larenz, 262; Öz, 94-95, dn.32 . Ayrıca bu hususta bk. Bilge, 260 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.I, 144 ; Öğreti ve uygulamada yeni eğilimler, ayıplı ifayı alacaklının aynen ifa istemine dayanak oluşturabilecek bir sözleşmeye aykırılık saydıkları için, alıcıya ayıbın giderilmesini (onarımını) isteme hakkını da (kılık değiştirmiş aynen ifa istemini de) tanırlar. Bu arada, eser sözleşmesinde, eser ismarlayanın müteahhide karşı sahip olduğu onarım istemini de örnek alırlar. Hatemi/Serozan/Arpacı, 103; Alman hukukuna göre satımdan değişik olarak, eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi, eğer eser kabul edilmemişse veya kabulden sonra onarımda başarılı olunamamışsa ve yeniden imal müteahhide aşırı bir külfet getirmeyecekse eserin yeniden imali talep edilebilir (BGB § 631, 633/II, 640). Bk. Brox, Rdnr 267, 268, 166, 167 ; Esser / Weyers, 262 ; Palant, 689 ; Eserin ayıbının giderilmesinin mümkün olmadığı bir durumda (örneğin, taahhüt edilen otomobilin oto boyasının düzeltilmeyecek bir şekilde başarısızlıkla yapılması) eğer BGB 633/II-III ve 634/III. Maddelerinin şartları oluşmuyorsa teslimden sonra bile yeniden imal talep edilebilir. Medicus, Schuldrecht, 159.
- 92 Fikentscher, 552. Zira satıcı sattığı malı olduğu gibi alıcıya teslim etmek zorundadır. Teslim ettikten sonra artık o, bir malı onarımla ne yetkilidir ne de onarım bakımından müteahhit gibi bir yeterliliğe sahiptir. Medicus, Schuldrecht, 157. Satım sözleşmesinde de satıcı, satılan malın ayıplı olmaması ve garanti edilen özelliklerin temin edilmesiyle yükümlü olduğuna dair bk . BGB § 459.
- 93 Fikentscher, 552. Ve ayrıca BGB 634. m. 2. Fıkra istisna olarak ; 634. Maddenin 1. Fıkrasına bk. ; Brox, Rdnr 269, 168.
- 94 Bu hususta bk. BK. m. 360, OR § 368.
- 95 Medicus, Schuldrecht, 157 ; Esser / Weyers, 263.
- 96 Şöyle ki : BGB 634/I' e göre 633. Madde de belirtilen şekilde bir ayıbın giderilmesi için iş sahibi müteahhide sürenin sonunda ayıbın giderilmesini reddedeceğini ihtar etmiş ve süre sonunda ayıp giderilmemişse, bu durumda iş sahibi süre sonunda sözleşmeden dönme veya ücretin indirimini talep edebilecektir. Medicus, Schuldrecht, 157, 158, Kaufvertrag, 274 ; Burada ayıbın ağırlığı her şeyden önce onarıma başlanılmasının talep edilmesi bakımından önemsizdir. Yalnızca eğer onarım duruma uygun olmayan aşırı bir masraf yapılmasını gerektiriyorsa, onarım reddedilebilir (BGB 633/II). Fikentscher, 552.
- 97 BGE 98 II 120
- 98 Hatemi/Serozan/Arpacı, 99 ; Ancak satım sözleşmesinde alıcıya ayıplı malın onarılmasını isteme yolunun da açık olduğunu belirtmemiz gerekir. Borcun 'parça borcu' diye nitelendirilmesi, satıcıya, satılan borca uygun duruma getirme yükümünden kurtulma yetkisi vermez. Taşkent, 714.

bir talepte bulunması imkanının düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla satılarda ortaya çıkan bir ayıbın, alıcıya onarım hakkını verebilmesi için, bu ayıbın satıcının garanti taahhüdün kapsamına girmesi gerekir⁹⁹.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin, kural olarak¹⁰⁰ satım sözleşmesinde¹⁰¹ de satıcının, ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için sözleşmenin karşı tarafına, 'muayene'¹⁰² ve 'ihbar' olmak üzere iki şekli şartı yerine getirme külfeti yüklenmiştir¹⁰³. Bununla birlikte satım sözleşmesi örneği gereğince, iş sahibi tarafından muhakkak ayıpların nedenlerinin de belli edilmesi istenemez¹⁰⁴. Özellikle nedenlerin tespiti için özel mesleki bilgiye ihtiyaç varsa ve ısmarlayan bunlara sahip değilse durum böyledir¹⁰⁵. Dolayısıyla, 'Satım sözleşmesinde alıcının satıcıyı, istisna sözleşmesinde de iş sahibinin müteahhidi, ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmesi için yerine getirmesi gereken külfetler, birbirleriyle paralellik göstermektedir¹⁰⁶. Ancak, mesafe satımlarında, BK. m. 201 gereğince alıcıya gönderilen satılanı koruma (muhafaza), satılardaki ayıpları tespit ettirme¹⁰⁷, gerekirse satılanı sattırma gibi istisna

99 Yavuz, Borçlar, C.I, 145-146.

100 "Satım sözleşmesinde, sözleşmenin nitelik yönünden kötü ifası olgusu, bir yan edim yükümüne aykırılık, bir gereği gibi ifa etmeme oluşturmakta, aynı zamanda BK. m. 96' nın genel kuralına da girer. Bu nedenle, alıcı, dilerse BK. m. 198 ile sonraki kuralların öngördüğü 'muayene' ve 'ihbar' hukuksal ödevlerini yerine getirerek, kendisi için daha elverişli 'ayıplı ifa sorumluluğu' na dayanabilecek, dilerse, bu hukuksal ödevlerini yerine getirmeksizin, doğrudan doğruya BK. m. 96 sorumluluğuna dayanabilecektir. Alacaklının böylesine bir seçme yetkisi sayesinde, BK. m. 198 ile sonraki kuralların kendisine yüklediği 'muayene' ve 'ihbar' ödevlerinin çerçevesinden dolanmış olacağı (fraudem legis) kaygısına yer yoktur; çünkü bu hukuksal ödevleri yerine getirmeyen alıcının, BK. m. 96 çerçevesinde sözleşmeden dönebilmesi ve zarar- giderim isteyebilmesi, satıcının kusurlu bulunması gereğine bağlıdır". Serozan, Sözleşme, 312. İstisna sözleşmesinde ise bazı yazarlar ayıba karşı tekeffül hükümleri ile BK. da düzenlenen genel hükümlerin yarışamayacağını dolayısıyla satım ve istisna sözleşmeleri arasında bu yönden bir farklılığın bulunduğu ileri sürmektedirler. Ancak istisna sözleşmesi ile BK. daki genel hükümlerin (hata dışında) yarışamayacağı düşüncesine katılmadığımızdan her iki sözleşmeye ilişkin tekeffül hükümleri bakımından böyle bir farklılık yoktur. Yani her iki sözleşmede ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında satım sözleşmesinde alıcı, istisna sözleşmesinde iş sahibi seçimlik olarak BK. daki genel hükümlere (BK. m. 96, 28, 41) dayanabilir .

101 Satım Sözleşmesindeki Muayene ve ihbar külfetinin içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Tandoğan, Borçlar, C. I, 176 vd. ; Yavuz, Satıcı, 105 vd.

102 Satım sözleşmesinde muayenenin malın teslim alınmasından ne kadar süre geçmesiyle yapılacağı konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Sürenin belli edilmesi hakimnin takdirine bırakılmıştır. Kanunda belirtilen 'orf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz' deyimi 'işin mutad cereyanına göre' şeklinde anlaşılmalıdır. Erdem, C. II, 95. "İstisna sözleşmesinde, ısmarlayan eseri 'işlerin mutad gidişine göre imkan doğar doğmaz muayene etmeli ve ayıplar bulunduğu bunları derhal müteahhide bildirmelidir. Satımdaki gibi, muhtemel mahalli adetler burada esas olmaz. Aynı şekilde iş sahibinin işletmesinin bireysel durumu da esas olarak alınmaz. Tüccarlardan ve sanayicilerden nispeten küçük bir zümrenin, anlaşmalar veya benzeri şekilde müteahhidi zarara sokmamaları için mahalli adetler dışta tutulmuştur". Becker, 610, 611.

103 Bk. BK. m. 198/1, BK. m. 359/1 (İstisna sözleşmesi bakımından, BK. nun 359. maddesinin 1. fıkrası, satım konusunda 198. madde gibi kusurların bildirim zorunluluğunu öngörmektedir. Vclidedeoğlu / Özdemir, 573.

104 Ancak, esas olarak eserde kusur teşkil eden her şeyin kabul edilmediğinin ihbarda açıkça belirtilmiş olması gerekir. Bu konuda yalnızca eserden memnun olunmadığına dair genel bir memnuniyetsizlik ifadesi yeterli değildir. Çoğu zamanda şartlar, münferit kusurların ihbarda tam olarak belirtilmesini gerekli kılar (OR. M. 367/I, BGE 107 II 175 E. 1a). Guhl/Merz/Koller, 484 ; İş sahibi ayıbı esaslı olarak iddia etmek zorundadır yani iddiası uygun gerçekleri taşımalıdır. Honsell, 201. Yine müteahhitçe, iş sahibinin ihbardan hangi özelliklerin sözleşmeye uygun olarak görülmediğinin anlaşılabilir olması gerekir. Ancak iş sahibi ayıpların nedenlerini hiçbir surette ihbarda belirtmek zorunda değildir. Gadient, 106.

105 Becker, 613.

106 Bk. Yavuz, Borçlar, C. II, 80, dn. 112

107 Uzağa (Mesafeli) satımda alıcı için yüklenen muayene ve ihbar ödevi daha da ağırlaştırılmıştır, hatta aykırılık edilmesi halinde tazminat sorumluluğuna yol açabilecek bir 'yüküm' düzeyine çıkarılmıştır (BK. m. 201). Hatemi/Serozan/Arpacı, 98.

sözleşmesinden farklı ek hukuki ödevler de yükletilmiştir¹⁰⁸. Keza, hayvan satımında muayenenin bilirkişi aracılığıyla yaptırılması ve muayene ve ihbar süresinin de dokuz günle sınırlı tutulması yönünden daha da ağırlaştırılmıştır¹⁰⁹. Tacirler arasındaki ticari satımlarda ise, teslim sırasında tanınabilecek ayıplarda iki gün içinde ihbar ödevi, teslim sırasında tanınamayacak ayıplarda da teslimden sonra sekiz gün içinde muayene ve ihbar ödevi öngörülmüştür¹¹⁰.

B) Kira Sözleşmesi Bakımından

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesi farklı mahiyete haiz sözleşmelerdir. Zira istisna sözleşmesi tartışmalı olmakla birlikte¹¹¹ kural olarak ani edimli bir borç ilişkisi¹¹² doğuran, bir iş görme sözleşmesi olmasına karşılık, kira sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran¹¹³, kullanma ve yararlanma hakkı veren bir sözleşmedir. Bununla birlikte, kira sözleşmesinde kiralanan şeyin kullanılmasını ve ondan istifade olunmasını tekeffül, kiralayanın başlıca borcunu teşkil etmekte ve bütün kira müddeti zarfında mevcut olması dolayısıyla bu borç da mütevali bir borç niteliği arz

108 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Satıcı, 121 vd.; Marten, 30 vd.

109 Bk. Marten, 31, 32 ve ayrıca BK. m. 199.

110 Bk. TTK. m. 25/3.

111 İstisna sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi olduğu, öğretide ve yargı kararlarında tartışmalara konu olmuştur. İstisna sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu savunanlar müteahhidin eseri meydana getirme (hazırlama) unsurundan hareket etmektedirler. İstisna sözleşmesinde müteahhit sadece bir sonucu gerçekleşmesini taahhüt etmemekte, ayrıca bu sonucu gerçekleştirme doğrultusunda faaliyet gösterme yükümü altına da girmektedir. İşte bu faaliyetler müteahhit açısından bir 'iş görme edimi' oluşturur. İş görme edimlerinin nitelikleri gereği zamana yaygın olmaları nedeniyle, bu tür edimleri içeren sözleşmelerin tümünün sürekli borç ilişkisi olduğu savunulmuştur. Buna karşılık istisna sözleşmesini ani edimli bir borç ilişkisi olarak savunan doktrindeki daha çok kabul görmüş olan görüşe göre, istisna sözleşmesinde müteahhidin bir sonucu gerçekleştirme borcu altına girmesi bu sözleşmeye mutlak olarak ani edimli bir borç ilişkisi niteliği verir. İstisna sözleşmesinde edim sonucunun gerçekleşmesi eserin tamamlanması ve bazen de bunu takiben iş sahibine teslimi ile birden gerçekleşmektedir. Zira iş sahibinin ifaya olan çıkarı ancak bu anda karşılanmış olur. Müteahhit bakımından bir zaman dilimi boyunca süren edim fiilleri sürekli borç ilişkisi yaratmaz. Bu hususta ileri sürülen diğer bir karma görüşe göre ise, istisna sözleşmesini mutlak şekilde ne sürekli ne de ani edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendirmek mümkündür. Bu görüşe göre özel hüküm bulunmayan bütün durumlarda istisna sözleşmesine ani edimli borç ilişkisi hükümlerinin mutlak olarak uygulanacağı söylenemez. Yargıç karşısına gelen olaya çıkarlar dengesini gözönüne alarak bazan ani edimli bazen de sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilecektir. Ani edimli borç ilişkisi ile sürekli borç ilişkisi ayrımı ve bu ayrım bakımından istisna sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Öz, 12 vd.; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 24, bk. dn. 81-85.

112 Bir borç ilişkisini 'sürekli borç ilişkisi' olarak nitelendirmek için edim sonucunun yani alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin, bir defada aniden mi olduğu yoksa zaman içinde bir süreyi mi kapsadığına bakmak gerekir. Ani edimli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda olmaktadır ve bu anda da alacaklının edimde olan menfaati gerçekleşmektedir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 8, bk. dn. 31, 32; Kanun koyucu istisna sözleşmesini ani edimli bir sözleşme kabul ettiği içindir ki müteahhidi bazı durumlarda korumak için özel hükümler getirme ihtiyacı duymuştur. «oğu istisna sözleşmeleri ani edimli olmakla birlikte, istisnaen bazıları sürekli borç ilişkisi kurabilir. Bunlardan birincisi, ard arda eser teslimi borcunu içeren sözleşmeler diğeri de tek bir eserin varlığının zaman içerisinde genişlediği eser sözleşmeleridir. Bu istisnai durumlar dışında kalan istisna sözleşmeleri ani edimli sayılacaktır. Öz, 21-23; Torun, 580.

113 "... aslı edim kullandırma borcu dolayısıyla 'sürekli borç ilişkisi' doğuran sözleşmelerin başında 'adi kira' (BK. m. 248 - 269) ve ürün kirası (BK. m. 270 - 298) gelir. Adi kirada, kiralayanın kullandırma borcu sözleşme konusu malı 'sözleşme süresince' kullanmaya elverişli durumda bulundurma borcu ile tamamlanmıştır. Bu sağlama borcu, kiralayanın, devamlı olumlu bir davranışını gerektirdiğinden, sürekli nitelikte olup, bütün ifa süresince devam etmektedir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 21. Buna karşılık doktrinde yazarların çoğunluğunca kabul görmüş görüşe göre istisna sözleşmesi 'ani edimli bir borç' ilişkisi doğuran sözleşmedir.

etmektedir¹¹⁴. Kira sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu Borçlar Kanununun 249 ve 250. (OR § 254, 255) maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 249. maddesi hükmü kiralananın tahsis amacına uygun olmayan tarzda teslimi halinde, 250. maddesi hükmü ise, sonradan meydana gelen uygunsuzluk durumlarına uygulanmaktadır¹¹⁵. Bu hükümler incelendiğinde, istisna sözleşmesinde olduğu gibi kira sözleşmesinde de bir ayıba karşı tekeffül borcunun açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte her iki sözleşmenin de mahiyetlerinin farklı olması ayıba karşı tekeffül borcu bakımından da bazı farklılıklara yol açmaktadır. Şöyle ki :

Yukarıda belirtildiği üzere kira sözleşmesinde, kiralanan şeyde ayıp teşkil eden durumlar, kiralayanın tekeffülü altındadır. Kiralanan ayıp teşkil eden durumlar ise, kiralananın sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını veya işletilmesini imkansız kılacak, yahut da bu kullanma veya işletmeyi önemli surette azaltacak ayıplardır¹¹⁶. Kiralanan ayıplar, satışta olduğu gibi maddi, cismani ayıplar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kiracının haksız bir surette rahatsız edilmesi şeklinde, tabir caizse manevi ayıplar olarak da gözükmeye mümkündür¹¹⁷. Kiralananın, sözleşmede öngörülen kullanılmaya elverişli durumda teslim edilmemesi kiralayanın ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğuna yol açmaktadır¹¹⁸. Zira, BK. m. 249 fıkra 2' de, " kiralanan, akitten maksut olan kullanmak mümkün olmayacak yahut intifa ehemmiyetli surette azalacak bir halde teslim olunursa kiracı akdi feshe yahut ücretten münasip bir miktarın tenzilini istemeye selahiyettardır" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla böylesi bir ifa biçimi, teslim borcunun ihlaline ve sonucunda da kiralayanın ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna sebep olmaktadır¹¹⁹. Çünkü kiralayan BK. m. 249 / I hükmü gereğince, kiralananı sözleşme süresince tahsis amacına uygun olarak bulundurmak zorundadır. Dolayısıyla, bu borç bütün kira müddetince mevcut olan ve devam eden bir mükellefiyettir. Sadece kiracıya kiralananı teslim sırasında onun kullanıma elverişli tarzda olmasıyla borç ifa edilmiş sayılmaz. Kiralayan kira müddetince bunu temin etmekle de mükelleftir¹²⁰. Böylece, kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcu da bu süre boyunca devam etmektedir. Yani kiralayan, hem kiralananın kiracıya teslim

-
- 114 "...kiralayan bütün kira müddeti içinde kiracının kiralanan şeyden intifasını tekeffül etmekten ibaret olan mütevali bir borç altındadır". Marten, 87, 89.
- 115 Fakat bu durumlarda kiracının dava hakkı, bozulma keyfiyetinden kendisinin mes'ul olmaması şartına muallaktır, mesela intifasını sui istimal etmek suretiyle kiralanan şeye bir zarar vermiş olmaması lazımdır. Marten, 89.
- 116 Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 111. "...kiracının mecurdan maksat olan istimali yahut intifa imkanını ehemmiyetli surette azaltacak bir halin varlığı çok vakit (mecurdaki bir ayıptan) neşet etmektedir". Feyzioğlu, C.I, 231.
- 117 "... eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümler (BK. m. 359- 360) satım sözleşmesi hükümlerinin (BK. m. 194) aksine, sadece maddi ayıplar göz önüne alınarak düzenlendiğinden; bu gibi hukuki ayıplar karşısında, iş sahibi BK. m.360 hükümlerine değil, genel hükümlere başvurabilmelidir". Öz, 93.
- 118 Yavuz, Borçlar, C. I, 244 ; BK. m. 249 ve 250 ' de kiralananın ayıplı olması durumundaki olgunun bir 'borçlunun temerrüdü' (BK. m. 102. vd.) mü, yoksa 'ayıba karşı tekeffül' mü olduğu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar BK. 249 ve 250. Maddeyi, BK. 106-108. (Borçlunun temerrüdüne ilişkin) maddelerin uygulama halleri olarak görmelerine karşın, bizce bu BK. 249 ve 250. Maddeler kiralayanın borçlu temerrüdü halini düzenlememektedir; Borçlar Kanunumuz kiralananın ayıplı olması veya ayıplı hale gelmesi dolası ile kiralayanın sorumluluğunu düzenleyen bir sistem getirmiştir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 177.
- 119 Bu durumda kiracının hakları ve kiralayanın sorumluluğun mahiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Tunçomağ, C.II, 500 vd. ; Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 116 vd. ; Yavuz, C.I, 247 vd.
- 120 Feyzioğlu, C.I, 231; Hatemi/Serozan/Arpacı, 162.

edilmesi anında¹²¹ kiralanandaki mevcut olan ayıplardan¹²² hem de kiralananın tesliminden sonra meydana gelen ayıplardan kiracıya karşı sorumlu olmaktadır¹²³. İstisna sözleşmesinde de hem teslim esnasındaki ayıplar hem de teslimden sonra ortaya çıkacak ayıplardan sorumluluk söz konusu olmakla birlikte, kira sözleşmesinde bu sözleşmenin kendine has bir özelliği olarak kullanım müddetince ortaya çıkan ayıplardan da¹²⁴ ihbar edilmesi koşuluyla sorumluluk söz konusu olmaktadır¹²⁵. Zira kiralayan, kira sözleşmesi gereğince kira süresi boyunca kiracının kiralananı sözleşme uyarınca kullanmasına katlanma, engel olmama yanında giderilmesi kiracıya ait olanlar dışındaki kiralananda bulunan bozukluk ve eksikliklerden de kiracıya karşı sorumludur¹²⁶. Ayrıca, BK. m. 258 / II hükmü gereğince de kiralanandaki ortaya çıkan büyük (önemli) tamirat işleri kiralayanın, küçük (önemsiz) tamirat işleri ise kiracının yükümlülüğü altındadır¹²⁷. Yine, Borçlar Kanununda istisna sözleşmesinde iş sahibine olduğu gibi, kira sözleşmesinde de kiracıya ayıp halinde ayıbın giderilmesini yani kiralanın şeyin tamirini talep hakkı tanınmıştır¹²⁸. Ayrıca, şartların tahakkuku halinde¹²⁹ kiracı, ayıpları kiralayan hesabına bizzat gidertme imkanına da sahiptir¹³⁰. Zira, BK. m. 250 / I' de açıkça ayıbın bertaraf edilmesinden bahsedilmektedir; bu hüküm kıyas yoluyla önceden mevcut ayıplara da (BK. m. 249'daki halde) uygulanabilir¹³¹. Kiracı, ayıbın

-
- 121 BK. m. 249 ve 272/2, kiralanın şeyin 'kira konusu' kiracıya teslimi anında ayıplı olması halini düzenlemektedir. Bu düzenleme uyarınca, teslim anında kiralanın ayıplı ise, kiracı kira bedelinin tenzili talep edebilecek veya sözleşmeyi feshedebilecektir (BK. m. 249). Kiracı ayrıca kiralanın kusurlu olması durumunda bir tazminatta isteyebilecektir (BK. m. 250).
- 122 BK. m. 249 f. 3' ten anlaşılacağı üzere kiralayan, sözleşmenin yapılması esnasında bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu ayıplar için kiracıya karşı sorumlu değildir. Kiralayan sağlık için tehlikeli ayıplar dışında sadece gizli ayıplar dolayısıyla kiracıya karşı sorumludur. Yavuz, Borçlar, C.I, 246 ; Böylece, kiralanın şeyin teslimi sırasında açıkça görülebilen ve varlığına itiraz edilmeyen ayıplar kiracı tarafından kabul edilmiş sayılır. Kiralananda gizli ayıplar çıktığı takdirde gecikilmeksizin kiralanaya bildirilmesi şarttır. Gizli ayıbın görülmesine rağmen bu ayıp bildirilmemiş ve hiç bir itirazı kayıt da ileri sürülmezsizin kira bedeli ödenmişse, kiracı bu maddenin kendisine tanıdığı hakkı kullanmaktan vazgeçmiş olarak kabul edilir. Olgaç, C.II, 497-498.
- 123 Yavuz, Borçlar, C.I, 245.
- 124 Kira devamlı bir akit olduğundan, kiralayan, akdin devamı süresince kiracının bir kusuru olmaksızın ortaya çıkan ayıplardan da sorumludur. Örneğin, yeraltı suları dolayısıyla evde rutubet çıkarsa veya dolu camları kırarsa veya yangın dolayısıyla taşınmazın tamiri gerekiyorsa durum böyledir. Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 114.
- 125 BK. BK. m. 249/II hükmü (teslim anında var olan), 250. m. hükmü ise (sözleşme süresince ortaya çıkan) ayıplardan doğan sorumluluğu düzenlemektedir.
- 126 Yavuz, Borçlar, C.II, 245.
- 127 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 281 vd. ; istisna sözleşmesinde önemsiz ayıplar dahi müteahhidin ayıba karşı tekeffül hükümleri neticesinde sorumluluğunu gerektirmektedir. Böyle olunca, teslim alınan eserdeki ayıplar önemsiz olsa dahi bu ayıplar eserin tamirini (onarımını) gerektirmesi durumunda iş sahibi, seçimlik bir hak olarak eserin onarımını talep edebilecektir. Bu takdirde, müteahhit eserin tamir ve ıslahını yapmak zorundadır. Ancak bu hakkın ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımamalıdır. Dolayısıyla, istisna sözleşmesinde önemsiz tamirat (onarım) işleri olsa dahi bu tamirat iş sahibinin yükümlülüğü altında değildir. Bu hususta bk. Tandoğan, Borçlar, C.II, 167, 192 vd.
- 128 Marten, 89; Kiracının 'ayıbın giderilmesini talep hakkı' ifayı talep hakkının bir şeklidir ve bir asli edimin yerine getirilmesine yönelik bir taleptir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 179.
- 129 Kiracının kiralanandaki ayıpları bizzat kiralayan hesabına gidertebilmesi için kiralanandaki ayıpların ufak tefek olması, bu ayıpların giderilmesinin kiracıya ait olmaması ve ayıpların giderilmesi için uygun bir mehil verilmesine rağmen bu mehil içinde ayıpların giderilmemiş olması şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 117 vd.; Feyzioğlu, C.I, 233 vd. ; Marten, 91.
- 130 İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıbın giderilmesiyle ilgili borcunu geciktirmesi durumunda iş sahibi BGB § 633/III' e göre işi bizzat üstlenebilmekte ve bunun için gerekli olan masrafları da müteahhitten talep edilmektedir. Bu düzenleme, BGB § 538/ II ' de yer alan kira sözleşmesi hususundaki düzenlemeye uygun bir düzenleme teşkil etmektedir. Medicus, Schuldrecht, 158.
- 131 Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 116; Yavuz, Borçlar, C.I, 247.

giderilmesi için kiralayana uygun bir mehil vermelidir. Bu mehil içerisinde ayıp giderilmediği takdirde BK. m. 251 / II' ye göre ufak tefek ayıpları¹³² kiracı başka bir izne ihtiyaç olmaksızın kiralayan hesabına giderebilecek¹³³ ve bu durumda ortaya çıkan masraflarda kiralayana ait olacaktır¹³⁴. Ancak bu hüküm emredici değildir. Kiracının bu hakkı kira sözleşmesine konacak bir hükümle ortadan kaldırılabilir. Bu takdirde, kiracı artık ufak ayıpların kiralayan hesabına giderilmesi için dahi BK. m. 97 f.1 gereğince hakimnin iznini alması gerekecektir¹³⁵. İstisna sözleşmesinde de iş sahibine BK. m. 360 / II'de eserin ayıplı olması halinde eserin bir karşılık ödenmeksizin tamirini ve ayıbın giderilmesini talep hakkı tanınmıştır. İstisna sözleşmesinde bu hakkın kullanılabilmesi için, ayıba karşı tekeffülün genel şartlarından¹³⁶ ve ayıbın eseri kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli olmaması şartından başka, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması, giderimin aşırı masrafa yol açmaması¹³⁷ şartlarının da birlikte gerçekleşmesi gerekir. İstisna sözleşmesinde BK. m. 359 / I' e göre, 'imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur'. Yine BK. m. 362 hükmünde de iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbar hukuki ödevini ihmal ederse eseri o haliyle zımnen kabul etmiş sayılacaktır. Böylece istisna sözleşmesinde iş sahibinin esere ilişkin olarak gerekli muayeneyi yapması ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmesi, hukuki anlamda bir borç (yükümlülük) olmayıp külfet (yük) niteliğindedir¹³⁸. Bu külfetlerin yerine getirilmemesi ise eserin o haliyle zımni olarak kabulü¹³⁹ neticesini doğuracaktır. Ayrıca, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi şartıyla iş sahibi, BK. m. 360'ın müteahhide karşı kullanılmak üzere kendisine tanıdığı seçimlik hakları kullanabilecektir. Buna karşılık, Borçlar Kanununun

-
- 132 BK. 251/II hükmündeki 'ufak tefek' ayıplar için bu husustaki uygulamalar, kiralananın nitelik ve konumu, kira bedelinin yüksekliliği gibi faktörlerden yararlanılmalıdır. Bundan başka, MK. 2 hükmü de konuya ilişkin çok önemli bir kriter olarak değerlendirilecektir. Hatemi/Serozan/Arpacı, 165.
- 133 Feyzioğlu, C.I, 234; Tandoğan, Borçlar, C.1/2, 118 ; Dalamanlı/Kazancı, 497; "Kiracının bu şekilde kiralayan hesabına hareket edebilmesi imkanı, hakime başvurma gibi külfetli ve yapılacak onarımı önemiyle orantılı olmayan masrafları gerektirici bir yoldan kiracıyı kurtarmak için tanınmıştır". Yavuz, Borçlar, C.I, 248 ; Hasılat kirasında ufak tefek ayıpları, adi kiradakinin farklı olarak kiracının kendi hesabına gıdirtmesi gerekir (BK. m. 279). Bu farklı hükmün gerekçesi olarak, hasılat kiracısının özelliikle tarımsal taşınmazlarda tamiratın gerektirdiği malzemeyi taşınmazdan sağlayabileceği hususu ileri sürülmektedir. Bk. Tandoğan, Borçlar, C.1/2, 117. dn.30 a.
- 134 Marten, 91.
- 135 Tandoğan, Borçlar, C.1/2, 119.
- 136 Eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması, teslim edilen eserin ayıplı olması ve iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini vaktinde yerine getirmiş olması şartları istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülün genel şartlarını oluşturur.
- 137 Onarım için düşünlülen bedel, iş sahibi için ayıpların giderilmesi ile faydalanma ilişkisi nispetisiz ise masraflar aşırıdır. O halde bu iki unsuru karşılaştırmak gerekir. Bu iki unsurun karşılaştırılmasında, hakim, yalnızca iş sahibinin ekonomik menfaatlerini değil, ekonomik olmayan menfaatlerini de dikkate alacaktır. Aşırı masraflar nedeni ile onarım davasının reddi, aynen onarım onarımın imkansız olduğu hallerden biridir. Kanun, iyi niyet kurallarının onu zorlamaya izin vermediği iddialara karşı korumaktadır. Demek ki hüküm müteahhidin zorlandığı masrafların gösterdiği fayda iş sahibi için haklı bir kanıt teşkil etmezse hakim onarım davasını reddedecektir. Federal Mahkeme Kararları, (Çev. Dayınları), RO 111 II 173 , JdT 1986, S. 3, 77, 78, YD. C. 12, Ekim 1986, S. 4, 515, 516; İş sahibi, "... pek büyük masraf ihtiyarını istilzam etmemek şartı ile müteahhidi bu tamire mecbur edebilir. İş sahibinin makul menfaatı böyle bir külfetin müteahhide tahmilini muhik göstermezse masraf pek fazla addolunur". Marten, 184.
- 138 Yavuz, Borçlar, C.II, 80; Öz, 112 ; Doktrindeki yazarlardan Dalamanlı/Kazancı ise muayene ve ihbar konusundaki "iş sahibi işlerin mutad cereyanına göre eserin tesliminden itibaren imkan bulur bulmaz eseri muayeneye mecburdur . Satımda olduğu gibi 198. madde hükmüne göre muayene yapılmalıdır. İş sahibi yapılan şeyin tesliminden sonra imkan bulur bulmaz eseri muayene eder. Eğer kusurlu ise derhal müteahhide bildirmek mecburiyetindedir" şeklindeki görüşleriyle bir mecburiyetin, yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğuna savunmaktadırlar. Bk. Dalamanlı/Kazancı, C.III, 926-927.
- 139 Madde metninde sözü geçen 'zımni kabul' sözünün bu kurumun niteliğine uymadığı, bu hükümden olsa olsa bir 'irade varsayımı (faraziyesi)' düzenlendiği hakkındaki eleştiri için bk. Öz, 112.

kira bahsinde, istisna ve satım sözleşmesinden farklı olarak, kiracının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi şartına bağlayan açık bir hükme rastlanmamaktadır¹⁴⁰. Bu fark, biraz da kiranın devamlı bir akit olmasıyla açıklanmakta, kiracı akdin süresi boyunca ortaya çıkan ayıpları ileri sürebilmelidir denilmektedir¹⁴¹. Ancak ayıp meydana çıkınca, kiracı akdin sonuna kadar bekleyip, o zaman bu yüzden bir tazminat isteyememelidir. Bu nedenle kirada satımdaki (ve istisna da ki) gibi kesin bir muayene külfeti bulunmamakla¹⁴² beraber vaktinde ihbarda bulunmamak ayıba karşı tekeffülden feragat anlamına alındığından, ihbar külfetinin varlığını kabul etmek gerekir¹⁴³.

Kira sözleşmesinde kiralananda gerçekleşen ayıbın özelliğine göre kanun koyucu BK. 249 - 251. maddeleri arasında, kiracıya kiralayanı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabileceği seçimlik beş değişik imkan tanımıştır. Buna göre kiracı kiralanandaki ayıbın niteliğine göre, kiralanandaki ayıbın giderilmesini yani kiralananın tamir edilmesini (BK. m. 250 / I), kiralanandaki ayıbı bizzat giderme (BK. m. 251/2) veya kira parasının indirilmesini¹⁴⁴, sözleşmeden dönme¹⁴⁵ veya sözleşmeyi feshetme (BK. m. 249 / II, 250 / I) ya da ayıp dolayısıyla uğramış olduğu müspet zararın tazminini¹⁴⁶ talep etme hakkına sahiptir. Buna karşılık istisna sözleşmesinde

140 Bu arada, her ne kadar, kiracının BK. m. 249 uyarınca sözleşmeden dönebilmesi için satılanın ayıplı ifasında olduğu gibi, 'muayene' ve 'ihbar' ödevlerine uyma zorunluluğundan söz edilmemişse de, bu ödevlere uymamanın dönme hakkını etkisizleştireceği kabul edilmelidir. Ancak, BK. m. 249/III' de yer alan şartların gerçekleşmesi durumunda muayene ve ihbar ödevlerine uyulmamış, savsaklanmış olsa dahi kiracı sözleşmeden dönebilmektedir. Bk. Serozan, Sözleşme, 327. İstisna sözleşmesinde ise eserin ayıplı olması dolayısıyla sözleşmeden dönülebilmesi için muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Öz., 112 vd.

141 "...kiracının BK. 198' deki gibi eşyayı muayene ve bozukluğu gecikmeksizin bildirme borcu da yoktur; zira satım tek bir edimle sona erdirilen bir hukuki ilişki meydana getirirken; kira yanlar arasında sürekli bir hukuki ilişki yaratmaktadır". Tunçomağ, C.II, 501.

142 BGE 104 II 274; 107 II 426, con. 3.,a, JdT, 1982.280 ; Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 115, dn.25

143 Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 115 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, 164-165.; Ayrıca bk. SJZ 51 (1953), 12 (d) R. (Tunçomağ, C.II. 501. dn. 16).

144 Kira sözleşmesinde kira bedeli kullandırmanın bir karşılığı olduğundan ayıp dolayısı ile kullanma mümkün olmaz veya önemli derecede azalır BK. kiracıya, kira bedelinin kaldırılmasını veya indirilmesini talep etme hakkını vermiştir. Fakat herhalde bu indirim, ayıbın sürdüğü müddetçe, yani ortaya çıkması ile giderilmesi tarihine kadar söz konusu olacaktır. Ayıp kiralananın tesliminde mevcut idi ise, indirim bu tarihten, ayıp kira sürerken ortaya çıkmışsa ortaya çıktığı tarihten itibaren başlayarak, kiralananın sözleşmedeki kullanım amacına elverişli hale gelecek şekilde kaldırılmasına kadar istenebilecektir. Yndirim tespitinde kiracının uğradığı zararlar söz konusu edilemez. BK. m. 255/2, ayıbın kira süresince ortaya çıkması halinde, kiralananın ayıbı dolayısı ile uğradığı zararların tazmini gerektiğini düzenlemektedir. Bu zararlar ise, kiralayanın kusurlu olarak borcunu yerine getirmemesinden doğan olumlu zararlardır. BK. m. 249/250 de öngörülen kira parasının indirilmesini talep ve tazminat talebi 'ayıbın mevcut olduğu sürece' etki kazanmaktadır. Aksine ayıp ortadan kalktığı an kira parasının indirilmesi sona erecek ve ayıp dolayısı ile artık zarara uğramak söz konusu olmayacaktır. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 178, 179.

145 İstisna sözleşmesinde sözleşmeden dönme veya ücret indirim satımda olduğu gibi aynı şekilde teşkil edilmesine karşılık bu hakların kullanımı kira sözleşmesinde farklıdır. Bk. Medicus, Schuldrecht, 158 ve § 88/III, 4. A ve b ; Borçlar Kanunu kira konusunun teslimi anında kiralananın ayıplı olması durumunda kiracıya kira bedelinin tanzilini talep veya sözleşmeyi fesh etme hakkı tanımaktadır (BK. m. 249). Böylece, ayıp halinde kira ilişkisinin devam edip etmemesi kiracının iradesine bırakılarak gerek BK. m. 249/ 2-3 ve gerekse 250 / 1 madde hükümleri ile kiracıya kira ilişkisini ilerisi için etkili olabilecek şekilde fesih etme hakkı tanınmıştır. Burada icrasına başlanmış bir sürekli borç ilişkisinde teknik anlamda 'geriye etkili' bir dönme söz konusu değildir. BK. m. 249/250. Maddelerde ayıbın ortaya çıkması ve ayıbın giderilmesi talebine rağmen, uygun sürede giderilmemesi olgusuna bağlanan fesih hakkı, 'ayıp sebebine' dayanan bir olağanüstü fesih hakkıdır. BGE 97,62' de Federal Mahkeme, Ysviçre Borçlar Kanunu m. 254/255 (BK. m. 249/250) nin uygulanması için kiralananın kiracıya teslim edilmiş olmasını aramıştır. Kiralananın teslim edilmemişse, BK. m. 249/250 ' nin uygulanması söz konusu olmaz, kararını vermiştir. Bk. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 177 - 181.

146 Ayıbın sebebi kiralayanın kusuru ise, kiralayan kiralanın şeyi iyi bir halde muhafaza, münasip bir müddet içerisinde ayıbı bertaraf etmediği takdirde zarar ve ziyana mahkum olmaya müstahak olur. Fakat

müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde BK. m. 360 'daki seçimlik haklar arasında müspet zararın tazmini yetkisi öngörülmemiştir. Ancak, istisna sözleşmesinde de iş sahibinin ayıplı eser teslimi sebebiyle kendisine tanınan seçimlik haklardan ayrı olarak müspet zararın tazminini isteme şeklinde bir seçimlik hakka sahip olduğunun da kabul edilmesi gereklidir. Zira, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, bir kötü ifadan sorumluluk halidir; iş sahibi, kötü ifasında temerrüde düşen müteahhide karşı BK. m. 106' da ki seçimlik imkanlardan biri olarak ifadan vazgeçmek suretiyle ifa menfaatini (müspet zararın) tazminini isteyebilme imkanına sahip olmalıdır¹⁴⁷.

Kira ve istisna sözleşmeleri bakımından ele alınması gereken diğer bir hususta bu sözleşmelerdeki ayıba karşı tekeffülden doğan hakların sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı hususudur. Daha önceden de deyinildiği üzere, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerin önemli bir özelliği de bu hükümlerde iş sahibine tanınan haklar sisteminin emredici nitelikte olmamasıdır¹⁴⁸. Zira, ayıplı bir eser teslimi durumunda iş sahibine haklar tanıyan BK. m. 360 hükmü tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları BK. m. 99' a aykırı düşmemek kaydıyla önceden bir anlaşma ile sınırlandırabildiği gibi tartışmalı olmakla birlikte birlikte birlikte¹⁴⁹ tamamen ortadan kaldırılması da mümkün olmaktadır. Buna karşılık kira sözleşmesinde bu husus sözleşmenin mahiyeti sebebiyle farklılık arz eder. Bu hususta kira sözleşmesinde öncelikle Borçlar Kanununun kiralayanın kiralanan şeyi teslim etmesi ve onu iyi bir halde bulundurması hakkındaki hükümlerinin (BK. m. 249, 250) intizamı amme kaidelerinden olup olmadığı, kiracının bu hükümlerden istifade hakkından sarfı nazar ettiğine dair sözleşmeye hüküm konmasının geçerli olup olmadığına çözüme kavuşturulması gerekir. Fikrimizce böyle bir şart muhik ve ahlak ve adaba muhalif addolunabilir. Kira karşılığını alan kiralayan, yapılmadığı takdirde kiracının kiralanan şeyden irtifanı imkansız kılan tamirleri yapmaktan sarfı nazar edemez. Kiralayanın, mevzuu kira karşılığı olan alacağının muadili kiralanan şeyin teslimi ve muhafazası borcu olmak lazım gelir, böyle olmadığı surette, mukavele murabahalı ve ahlaka mugayir olmaktan kurtulamaz. Meğerki halin icabı bunu muhik ve makul gösterebilir. Bunun müeyyidesi ise şartın butlanı lazım olmak gerekir¹⁵⁰. Görüldüğü üzere istisna sözleşmesinde ayıp mevzuundaki tekeffül hükümlerinin, gerek tamamlayıcı hukuk kuralı olması ve gerekse amme intizamını önemli ölçüde etkileyecek olmaması dolayısıyla sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması mümkünken, kanaatimizce, kira sözleşmesinde bu hususun günümüzde meskene duyulan ihtiyacın oldukça büyük olması ve böyle bir imkanın tanınmasının hakkın kötüye kullanımına yol açabileceği dolayısıyla da amme intizamını olumsuz yönde etkileyebileceği düşüncesi bu tür bir sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya kural olarak imkan tanımamaktadır.

C) Yayın Sözleşmesi Bakımından

Borçlar Kanununun 372. maddesinde; " neşir mukavelesi bir akittir ki, onunla edebi ve sınai bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir naşire terk etmeyi taahhüt ve neşir

zarar ve ziyan müspet bir zarar ziyan mıdır ? Yoksa menfi bir zarar ziyan mıdır? Mantık icabına göre, mademki icar feshedilmiştir, mukavelenin hükümsüzlüğünden tevellüt eden zararın tazmini lazım gelir, fakat bu esasa göre hesap edilen tazminat her zaman kafi addedilemez. Kiracının kiraya verilen mahallerin kullanmaya salih bir halde bulundurulmasından ve feshedilen kira akdi mucibince vermeye mecbur olduğu kira karşılığından yüksek bir bedel ile ancak oturacak bir yer bulabilmiş olmasından dolayı uğradığı bütün zararları tazmin ettirmeye hakkı vardır. Marten, 90.

147 Yavuz, Borçlar, C.II, 88. Satıcı, 195-197.

148 Bk. II, C.

149 Bk. II, C ve dn. 40.

150 Marten, 90.

de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşretmeyi iltizam eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere yayın sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olup bu yönü itibariyle de istisna sözleşmesiyle benzer bir sözleşmedir¹⁵¹. Ancak, bu benzerliğe rağmen iki sözleşme bakımından tarafların hak ve yükümlülükleri Borçlar Kanununda farklı düzenlenmiştir. Bu fark öncelikle yayın sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafı olan yayınlayanın eserin yayınlanmasındaki yükümlülüğünde görülür. Zira yayınlayan (naşir, Verleger), sözleşme ile bir eserin basılmasının yanında o eserin sürümünü sağlamak yükümlülüğünü de üzerine almaktadır. Oysa istisna sözleşmesinde bu ikinci hüküm yani imal edilen eserin sürümünün sağlanması yükümlülüğü söz konusu değildir. Yine yayın sözleşmesinde yayınlatan iş sahibi gibi karşı tarafa ücret ödemeyip sözleşmenin karşı tarafına bir hak devretmektedir. Bu temel noktadaki farklılıklara¹⁵² ilaveten her iki sözleşme 'ayıba karşı tekeffül borcu' bakımından da birbirinden farklı olup bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu satım sözleşmesine benzer bir şekilde 'işin kusuruna mütedair teminat' başlığı altında, müteahhidin bir borcu olarak BK. m. 359 - 363. maddeleri arasında açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, BK. nun 372 - 385. maddeleri arasında yer alan yayın sözleşmesinde bu borç yayınlayanın borçları¹⁵³ arasında açıkça yer almamaktadır. İstisna sözleşmesinde tek yanlı olarak yani eseri imal eden müteahhide böyle bir tekeffül borcu yüklenmiştir. Buna karşılık Borçlar Kanunundaki yayın sözleşmesinin tüm hükümleri göz önünde tutulduğunda, istisna sözleşmesinde tek yanlı olarak düzenlenen bu borcun, yayın sözleşmesinde her iki taraf için de yani hem yayınlayanın hem de yayınlatan bakımından söz konusu olabileceği düşünülebilir. Yayın sözleşmesinde yayınlatanın, yayınlayana teslim etmesi gereken eserin muayyen niteliklere haiz olması gerekir. Eserin ayıplı olmasından maksat, onun fikri hukuk bakımından himaye edilmemiş olması demektir. Bu mesele ise yayınlatanın tekeffül borcu ile alakalıdır. Yayınlatan tarafından teslim edilmiş olan eserin, maddi bakımdan kendisinde olması gerekli niteliklerin bulunmaması durumunda ayıplı eser teslimi söz konudur. Bu durumda uygulanacak olan hükümler bakımından iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, teslim edilen eser, sözleşmede tespit edilen niteliklere haiz değilse, bu takdirde yayınlatan, satım akdindeki ayıptan tekeffül ile alakalı hükümler dairesinde sorumlu olur¹⁵⁴. Diğer bir görüşe göre ise, bir fikir mahsulü olan edebi eserin alelade maddi bir şeye benzetilmesi doğru değildir. Bu itibarla, ayıp konusunda BK. 189 vd. maddelerinin tatbikine imkan yoktur. Bu takdirde, yayın sözleşmesinin istisna akdine olan benzerliği dolayısıyla BK. 360. maddesi hükümlerinin tatbiki gerekir¹⁵⁵. Kanaatimizce, fikir mahsulünün satım mevzuunu teşkil eden 'şeyler' den ayrı olduğu doğrudur. Ancak, buna rağmen yayın sözleşmesinde, satım sözleşmesindeki ayıba dair hükümlerin tatbikine imkan olmadığı iddia edilemez. Filhakika, burada halledilmesi gerekli mesele, fikri mahsul olan 'eser' deki noksan değildir. Bu eserin cisimlendiği 'şey' deki noksanıdır. Bu itibarla, bir cismin aranılan nitelikte olup olmadığının tespiti bahis konusu olduğuna göre; BK. nun 187 . ve devamı maddelerinin tatbiki mümkündür. Kaldı ki, bu hal tarzını kabul etmeyen fikir tarafından bilahare eğer noksanlar mühim değilse, yine BK. 187 ve müteakip maddelere benzer bir hal tarzı benimsenmiştir¹⁵⁶. Borçlar Kanunu yayınlata, devrettiği eser üzerindeki yazar hakkını sağlama borcunu yüklemiştir (BK. m. 373 / II). Aksi belirtilmedikçe, sadece bir

151 Bk. Erdoğan, 168; Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 2.

152 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Becker, 649 vd.; Erdoğan, 168 ; Tunçomağ, C.II, 1133 vd. ; Erdem, C.III, 12 ; Yavuz, Borçlar, C.II, 131 vd.

153 Yayın sözleşmesinde yayınlayanın borçları, eseri çoğaltma, eseri yayma, kaza ile yok olan çoğaltılmış nüshaları yeniden basma, eserin yeni basısını yapma, eser metnini geri verme ve yayınlata bedava nüsha verme, ücret ödemedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 148 vd. ; Franko, 130 vd.

154 Bk. Dalamanlı, 696.

155 Bk. Franko, 46, dn.86.

156 Franko, 46-47.

basım için 'Telif hakkı' devredilmiş olur (BK. m. 375 / I). Ayıba karşı sağlama borcu açısından, yayınlayan yayınlananın 'telif hakkı' nın bulunmadığını bilmiyor ve bilebilecek durumda da değil ise, yayınlanan sorumludur. Bu konuda ispat külfeti; MK. m. 3' de olduğu gibi, yayınlana düşer (FSEK. 54)¹⁵⁷. Gerçekten, BK. 373 / II' ye göre, yayınlanan sözleşmenin yapıldığı sırada yazar hakkına sahip değilse veya onun bu hakkı, yayınlayanın yazar hakkını üçüncü kişilere karşı öne sürülmesine zarar veren bir 'bozukluk' taşıyorsa, satımdaki sağlama hükümlerine göre sorumlu tutulur¹⁵⁸. Eğer yayınlananın yazar hakkı üzerindeki bozukluk sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkmışsa, yayınlanan, tıpkı satımda olduğu gibi, ancak kusurlu ise sorumlu olacaktır¹⁵⁹. Böylece, yayın sözleşmesinde yayınlananın (yazarın) tekeffül borcu, hem ayıbı hem de zaptı üstlenmeyi kapsar (BK. m. 189, 194). Zapta karşı tekeffül borcu söz konusu olan hallerde, zaptın neticeleri hakkında BK. 192 ve 193. maddeleri hükümleri kıyasen uygulanır. Ayıba karşı tekeffülün neticeleri bakımından da yine satım hakkındaki hükümler caridir¹⁶⁰. Ancak, yayın sözleşmesinin istisna sözleşmesine benzerliği dolayısıyla bu sözleşmenin hükümlerinin kıyasen tatbikinin uygun olacağı görüşü ileri sürülmekte ise de; kanunda ayıplı edimle alakalı doğrudan doğruya bir madde mevcut olduğuna göre; o madde hükümlerinin tatbiki daha isabetli olacaktır¹⁶¹.

Yayın sözleşmesinde taraflar eserin çoğaltılması ve yayımı konusunda sözleşmede belirli şartlar öngörebilirler. Eserin hangi yöntemle, nasıl ve kaç nüsha halinde basılacağını taraflar kararlaştırmamışlarsa, bunu belirleme hakkı yayınlana ait olmakla birlikte, yayınlayan eserin niteliğine, önemine ve kapsamına göre (mahiyetiyle mütenasip derecede; münasip bir şekilde bir baskı yöntemi¹⁶² seçmek durumundadır (BK. 375 / II; 376 / I)¹⁶³. Borçlar kanunumuz 376. maddesinde, yayınlayanın eseri çoğaltma borcundan bahsetmekle birlikte, bu çoğaltmanın ne şekilde yapılacağını tespit etmemiştir. Eğer, eserin çoğaltma şekli bakımından, yayın sözleşmesinde bir hüküm mevcut ise; çoğaltmanın buna göre yapılacağı şüphesizdir. Buna mukabil, eğer sözleşmede bu hususta bir hüküm sevk edilmemişse; çoğaltmanın şeklini tespit hakkı yayınlayanındır¹⁶⁴. Bu durumda yayınlayan eseri 'münasip bir şekilde' çoğaltmakla yükümlüdür¹⁶⁵. Eğer yayın sözleşmesinde, kağıt, ebat, kapak ve renk gibi çoğaltım şekli hususundaki nitelikler açıkça kararlaştırılmışsa yayınlayan bu niteliklere uymalıdır¹⁶⁶. Dolayısıyla yayınlayan, eseri aslına uygun, muntazam ve noksanız olarak

157 Hatemi/Serozan/Arpacı, 380.

158 Yayın sözleşmesinde yayınlananın devretnmiş olduğu hakkın mevcudiyetini tekeffül borcu olup bu borcun mesnedi olan BK.373. maddesinin 2. fıkrası bu tekeffülü BK. 189 ve müteakip maddeleri gereğince, satıcının satılanın zaptına karşı olan hükümlerine istinat ettirmiştir. Franko, 105. Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Franko, 94 vd. ; Bilge, 273 vd.

159 Tunçomağ, C.II, 1139; Erdem, C.III, 200 ; Becker, 657; Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 4.

160 Bilge, 275 ; Zevkliler, 232 ; "... yayımlananın tekeffülü de, satıcının hakkı tekeffülünden (zapta karşı tekeffül) kopya edilmiştir". Becker, 650 ; "Eğer eser üzerinde yazar hakkı yoksa eser sahibi genel olarak değil de, ancak 189. maddeye göre bu hakkın bulunduğunu açıkça taahhüt etmesi gerekir. Gerçek durumu karşı taraftan gizlemiş ise sorumlu olur". Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 4.

161 Franko, 47.

162 Naşirin ayıplı baskı yaptırmaya hakkı yoktur. Bk. Berki, 154.

163 Zevkliler, 244; Yavuz, Borçlar, C.II, 148-149 ; Tunçomağ, C.II, 1146.

164 "Bununla beraber, kanun koyucu, bu bakımdan yayınlayanı başıboş bırakmamış ve yayınlayanın bu salahiyetini kullanırken 'çoğaltmanın münasip bir şekilde olmasına itina gösterme borcunu yüklemiştir. Bu münasip şeklin, her eser için, umumi ve mücerret bakımdan tespiti mümkün değildir. Bu itibarla eserin çoğaltma şeklinin münasip olup olmadığı hususu, her münferit hadisede ayrı ayrı tespit edilmelidir". Franko, 156-157.

165 FSEK. m. 16/2' ye göre: "... çoğaltma, temsil ve yayma tekniği eser sahibinin hususi izni olmaksızın da yapılabilir".

166 "Uygunluk, eserin önemine ve yayınlanan tarafından izlenen amaca ilişkindir; Basım,kağıt ve dış görünüştü böyle eserlerde mutlak olarak şart koşulan isteklere uygun olmalıdır". Becker, 665.

neşretmekle mükelleftir¹⁶⁷. Aksi takdirde yani kararlaştırılan niteliklere aykırı, eserin niteliğine uygun olmayan bir çoğaltma şeklinin söz konusu olduğu durumlarda yayınlayanın, sorumluluğu söz konusu olabilecek ve bu durum tazminat istenmesini gerektiren bir sebep teşkil edecektir. Zira, Borçlar Kanunu 376 / 1' e göre yayınlayan, eseri belirli bir şekil altında hiçbir kısaltma, ilave ya da değişiklik yapmaksızın çoğaltmakla yükümlüdür. Değişirme yasağı yalnız fikri özde değil biçimde de vardır¹⁶⁸. Dolayısıyla taraflar çoğaltım şekli hususundaki nitelikleri sözleşmede kararlaştırmışlarsa yayınlayan bu şekle uymalıdır. Sözleşmede böyle bir kararlaştırma olmadığı bir durumda çoğaltım şeklini tayin etmek her ne kadar yayınlayana ait ise de, yayınlatan, muayyen ve belli bir durumda, seçilmiş olan şeklin uygun olmadığını iddia ve ispat etmek hakkına da sahiptir¹⁶⁹. Kanaatimizce yukarıdaki görüşler yayın sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül bakımından bir kanun boşluğu, bir kural içi boşluk (intra legem) olduğu faraziyesinden hareket etmektedir. Dolayısıyla bu boşluğun doldurulması için satım veya istisna sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması hükümlerini tartışmaktadır. Bize göre, kanunda bir boşluk yoktur. Kanun koyucu kasten susmuştur. Kasıtlı susma hallerinde bir boşluğun olmadığı aksine kanun koyucunun olumsuz bir çözüm tarzını benimsediği ifade edilmektedir¹⁷⁰. Bu bakımdan yayın sözleşmesinde yayıncının ayıba karşı tekeffül borcunun bulunmadığı buna mukabil yalnızca iş görme sözleşmelerinde hakim özen borcunun bulunduğunu savunuyoruz. Özen borcuna aykırılık halinde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir¹⁷¹. Görüşümüzü destekleyen bir diğer hususta yayın sözleşmesinde zapta karşı tekeffül düzenlenmesine rağmen ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu çağrıştıracak herhangi bir hükme yer verilmemiş olmasıdır. Kanun koyucunun ayıba karşı tekeffül hükümlerini unuttuğu söylenemez. Kanun koyucu özellikle yayınlayanı özen borcuna aykırılıktan sorumlu tutmak istemiştir¹⁷². Sonuç olarak istisna sözleşmesi ile yayın sözleşmesi arasındaki fark istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu bir sonuç sorumluluğu olarak açıkça düzenlendiği halde yayın sözleşmesinde böyle bir borç açıkça düzenlenmemiştir. Bunun yerine istisnada olduğu gibi yayın sözleşmesinde de yayınlayanın bir 'özen borcu' vardır sonucu çıkarılabilir¹⁷³. İstisna sözleşmesindeki eserdeki bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna ilişkin hükümleri ise, büyük ölçüde satımdaki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleri ile aynı olup, Borçlar Kanundaki genel hükümlerden ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi içinde düzenlenmiş hükümlerdir denilebilir.

167 Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 11.

168 Bk. Franko, 148 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.II, 148; Tunçomağ, C. II, 1145; "... yayınlayıcının rızası olmaksızın mevcut eserin karakteri değiştirilemez". Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 13.

169 Franko, 157.

170 Edis, Medeni , 120 vd.

171 Yayın sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi birbirlerine çok benzerler. Vekalet sözleşmesi, genel iş görme sözleşmesi olmak itibarıyla, iş görme borcu doğuran çok sayıda sözleşmelere uygulanabilir nitelikte kurallar içermektedir (BK. m. 386/2) . Vekalet sözleşmesinde, BK. 390/2' ye göre, 'vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir' denilmekte ve yine aynı maddenin 1. fıkrasında ise 'vekilin mesuliyeti, umumi surette içinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir' denilerek BK. m. 321. maddeye atıf yapılmaktadır. Bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 190.

172 Ayıba karşı tekeffül hükümleri özellikle sonuç sorumluluğu olan hallerde söz konusudur. İstisna ve satım bunun göstergesidir. Zira, özen borcuna aykırılıkla sonuç sorumluluğu arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Sonuç sorumluluğu olan hallerde Sözleşmede öngörülen sonucun gerçekleşmemesi halinde borç ifa edilmiş sayılmazken özen borcuna aykırılık halinde borç yerine getirilmiş sayılmakla birlikte bir tazminat yükümlülüğü de doğmaktadır.

173 Ayıba karşı tekeffül borcu verme borçlarında, özen borcu ise yapma borçlarında söz konusu olmaktadır. İstisna sözleşmesi temelde bir iş görme (yapma) sözleşmesi olmasına rağmen, eseri teslim borcunun müteahhidin asli borçlarından olması itibarıyla bir verme borcu olarak düşünülmelidir.

D- Vekalet Sözleşmesi Bakımından

Vekalet, sözlük anlamı ile başkasının işini görmek için yetkili kılınmanın bir ifadesi olup vekalet sözleşmesi, BK. m. 386' da şu şekilde tarif edilmiştir: " vekalet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını¹⁷⁴ iltizam eyler"¹⁷⁵. Madde metnindeki, 'kendisine tahmil olunan' deyişimiyle vekilin üzerine aldığı işi başkasının menfaatine yapacağı anlatılmaktadır. Ayrıca, işin idaresi' ile ' hizmetin ifası' kavramları ile de 'bir iş görme'¹⁷⁶ faaliyeti olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁷. Binaenaleyh vekalet sözleşmesinde vekil, yalnız bir işi idare etmeyi değil, fakat müvekkile bazı hizmetleri yapmayı da taahhüt edebilir. Zaten bir işi idare etmekle bazı hizmetleri yapmak arasında mahsus bir fark ta yoktur. Bir kimsenin işi idare edilirken hizmetleri yapılmış ve hizmet yapılırken de işi idare edilmiş olmaktadır¹⁷⁸ Gerek bu özelliği gerekse diğer özellikleri itibariyle istisna sözleşmesiyle benzer özellikler göstermesine karşılık aralarında önemli farklılıklarda mevcuttur¹⁷⁹. Kanun, vekalet sözleşmesi ile mevzuu emek olan diğer münasebetleri birbirinden ayırmak hususunda, sınırları belirsiz gayet umumi bir kıstas koymuştur ki, o da şudur: Diğer akitler hakkında kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde vekalet hükümleri cari olur (OR § 394 f. 2 / BK. m. 368 f. II)¹⁸⁰. İfade bakımından pek de açık olmayan bu fıkraya göre, başka nevi hususi bir sözleşmenin mevzuu içerisine girmeyen hizmet ve insan faaliyetleri hakkındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi sayılabilmesi için o faaliyetin hizmet, istisna sözleşmesi gibi sözleşme tiplerinin muhtevasını teşkil etmemesi veya vekaletin hususi vasıflarından birinin vasfını haiz olmaması gerekir¹⁸¹. Vekalet ve istisna sözleşmesi, konusu ve yapılan işin niteliği

-
- 174 Vekaleti tarif eden eski 1881 tarihli Ysviçre Borçlar Kanununun 392. maddesindeki tarife yapılan yeni düzenleme ile OR § 394 (BK. m. 386) 'yahut vadettiği hizmetleri ifa' kelimesi ilave edilerek vekalet mefhumu tevsi edilmiştir. Marten, 198.
- 175 Ancak yeni bazı incelemelerde böyle bir tanımın eksik olduğu ve vekaleti diğer iş görme akitlerinden yeter derecede ayırdetmeye yarayacak nitelik taşımadığı ileri sürülmektedir. Bu eleştiride bulunanlar vekaletin tanımını yaparken BK. m. 386 f. II' den hareket etmemek ve vekaletin sınırlarını diğer iş görme akitlerinin, özellikle istisna ve hizmet akitlerinin tanımlarını da göz önüne alarak tayin etmek gerektiği görüşündedirler. Tüm bu hususlar göz önüne alınarak şöyle bir tanımlamaya ulaşılabılır: vekalet, öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler. Tandoğan, Borçlar, C.II, 355-356. Ayrıca bk. Yavuz, Borçlar, C. II, 158.
- 176 Vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkile karşı bir iş ya da 'özel sözleşme tipine girmeyen' bir hizmet edimini borçlanmaktadır. Vekilin gördüğü iş ise maddi fiillere ilişkin bir yapma borcunun ifası olabileceği gibi hukuki muamelelere ilişkin bir borcun ifası da olabilir. Maddi fiillere ilişkin vekaletle vekilin iş görme borcunun yapma borcu hukuki niteliğine sahip olduğu hususunda tereddüt yokken hukuki muamelelere (fiillere) ilişkin vekaletle vekilin iş görme borcunun hukuki niteliği tartışılabilir olup geniş anlamda hukuki muamele yapma borçlarında bir verme borcunun söz konusu olduğu savunulmaktadır. Böylece, vekil vekalet sözleşmesi gereğince iş görme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi de söz konusu olabilecektir. Bu husustaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 185 vd.
- 177 Erdem, C.III, 241 ; "Kanunun birbirinden ayırmasına rağmen bu iki mefhum arasında pek fazla bir fark yoktur. Bir işin idaresi aynı zamanda bir hizmet ifası mahiyetini haiz olduğu gibi, bir hizmetin ifası da bir işin idaresi şeklinde tecelli edebilir. Bununla beraber, hizmet ifası tabiri, işin idaresi, tabirine nazaran daha geniş bir mana taşımaktadır Gerçekten bir işin idaresi, hizmet ifasının bir çeşidi olarak kabul edilebilir". Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Bilge, 285.
- 178 Marten, 198.
- 179 Bu hususta bk. Becker, 687 ; Erdem, C. III, 11, 250 ; Erdoğan, 170 vd.; Tandoğan, Borçlar, C.II, 377 ; Bilge, 288 vd.
- 180 Vekaletin taalluk edebileceği fiiller saymakla bitirilemeyecek kadar çoktur. Bu fiiller arasında bir şey imali taahhüdle hizmet iltizamını da dahil görmek istenebilir. Bu takdirde hizmet ve istisna akitleri karışmış olur. Fakat kanun koyucu 394 (BK. 386) hükmü ile aksi fikirde olduğunu göstermiştir. Marten, 198.
- 181 Bilge, 286.

bakımından birbirinden oldukça farklıdır¹⁸². İstisna sözleşmesinin konusunu sonuç taahhüt edilerek belli bir eserin imali, ortaya çıkarılması faaliyeti oluşturduğu halde vekalette bir işin sonucu taahhüt edilmeksizin vekilin belli bir yönde (bir hizmetin görülmesi vaadi yönünde), iyi niyetli, özenle ve sadakatle çalışması faaliyeti oluşturmaktadır¹⁸³. Böylece istisna sözleşmesinde sonuç, vekalet sözleşmesinde ise sonuçtan ziyade hizmet, emek unsuru önem taşır¹⁸⁴. Dolayısıyla, istisna sözleşmesinin konusu daha hususi bir mahiyeti haiz olduğu halde, vekaletin konusu daha umumi bir karaktere haiz olmaktadır¹⁸⁵. Ayrıca, yapılan işin niteliği de vekalet sözleşmesini istisna sözleşmesinden ayırır. şöyle ki, başkası adına hukuki muamele yapmak, dava takip etmek, hasta tedavi etmek, öğrenim faaliyetinde bulunmak doğrudan doğruya vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur¹⁸⁶. Ayıba karşı tekeffül borcunun mevcudiyeti bakımından da her iki sözleşme birbirinden farklıdır. Zira, istisna sözleşmesinde müteahhit bir sonuç (eser) yaratmak zorunda olduğu halde, vekalette vekilin ille de bir sonuç yaratması zorunluluğu yoktur, fakat işin niteliği gereği bir sonuç da yaratabilir¹⁸⁷. Bununla birlikte, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül müteahhidin bir borcu olarak kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen vekalet sözleşmesinde böyle bir borç vekilin borçları arasında düzenlenmiş değildir¹⁸⁸. Ancak her iki sözleşmede de işin ifası safhasında gerekli özeni gösterme yükümlülüğü öngörülmüştür¹⁸⁹. Bu yükümlülük ise ancak işin iyi bir şekilde, BK. 390. maddesinin İsviçre aslındaki gibi 'sadakat ve özen ile (getreue und sorgfaeltige)' ifa edilirse yerine getirilmiş olacaktır¹⁹⁰. Fakat her iki sözleşmede öngörülen özen borcunun kapsamı birbirinden farklıdır. Zira müteahhidin, vekilden farklı olarak özen borcunun yanında ve bazı koşullar altında onu da içine alabilen, sonuç sorumluluğu¹⁹¹ da vardır. Dolayısıyla, vekalet sözleşmesinde vekil, üstlendiği işi sadece özen ve sadakatle yerine getirmemesinden¹⁹² sorumlu olmasına karşılık istisna sözleşmesinde müteahhit, bu yükümlülüklerin yanında sonuçtan da, yani teslim edilen eserin noksan ve bozuk olmasından da sorumlu olmaktadır¹⁹³. Kanun

182 Bu hususta bk. Marten, 198 vd.

183 Vekalet sözleşmesinde vekil yalnız hizmetin ifasını taahhüt etmekte, işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumlu olmaktadır. Yavuz, Borçlar, C. II, 190 ; Marten, 199, 203 ; Akıntürk, 211.

184 Vekalet sözleşmesinde de istisna sözleşmesinde olduğu gibi mevzu muayyen bir istikamette faaliyette bulunmaktadır. Ancak burada ne hizmet sözleşmesindeki ' zaman unsuru ', ne de istisnadaki ' eser verme ' unsuru mevcut değildir. Bilge, 248. Ayrıca bu hususta bk. Önen, 319 vd.

185 Bk. Bilge, 248, 288.

186 Bk. Erdoğan, 170-171; Bilge, 287 ; Tunçomağ, C.II, 1136 ; Zevkililer, 248; Marten, 201 vd. ; Akıntürk, 212.

187 Zevkililer, 251.

188 Vekalet sözleşmesinde vekilin sadakat (BK. m. m.390), vekalet verenin idaresine ve özellikle vekalet verenin talimatına uygun işi görme (BK. BK. 389/I), işi bizzat yapma (BK. 390/III), işi görürken aldığı değerleri ve paraları gecikmeden vekalet verene teslim etme ve hesap verme (BK. 392/II) ve işi görürken gerekli özeni gösterme borcu vardır. Vekilin borçları hususunda ayrıntılı bilgi için bk. Tandoğan, Borçlar, C.II, 406 vd. ; Zevkililer, 254 vd.; Bilge, 292 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.II, 185 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, 395 vd. ; Marten, 203 vd.

189 Bk. YHGK. 4. 2. 1987 T., 1986/13-158 E., 1987/57 K. (Erdem, C.III, 297) ; Marten, 203.

190 Erdem, C.III, 290 ; Bilge, 292.

191 Müteahhidin sonuç veya eserdeki noksan ve bozukluklardan dolayı sorumluluğu BK. m. 359 vd. da düzenlenmiştir. Bu kurallara göre, müteahhit üstlendiği eseri, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde noksan ve bozukluk olmadan yapmak ve teslim etmekle yükümlüdür. Meydana getirilen eser, kararlaştırılan niteliklere haiz olmayıp bozuk ise, müteahhit edim borcunu gereği gibi yerine getirmemiş demektir. Kaplan, 73-74.

192 Vekil müvekkile karşı vekaleti iyi ifa etmemek suretiyle işlediği (akdi kusur) dan sorumludur. Marten, 203. Akdi kusur hk. Ayrıntılı bilgi için bk., Funk, 157.

193 Kaplan, 73. 'Borçlar Kanunu eser sözleşmesinde müteahhidi eserin noksansız teslim edilmesi sonucundan mutlak olarak sorumlu tutmuş ve buna ilişkin hükümler getirmiştir'. Seliçi. İnşaat, 87.

koyucu, işçinin sorumluluğundaki özen ölçüsüne ilişkin kurala¹⁹⁴ atıf yapan, Borçlar Kanununun 390. maddesinin I. fıkrasındaki : "vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir" şeklindeki ifadesiyle vekilin özen borcunun ölçüsünü tespit etmiştir¹⁹⁵. Kanun koyucunun vekalet sözleşmesindeki özen borcu bakımından hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcuna atıf yapması iki anlama gelir. Bir defa vekil, yasa gereği sonuçtan dolayı bir işçi kadar az sorumludur. Hizmet sözleşmesine yönlendirme yapmanın ikinci anlamı ise, özenin derecesi hakkında aynı prensipler uygulanmasıdır. Özen konusunda, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, ilk planda sözleşme esastır. Özenin derecesi üzerine bir anlaşma yoksa, hal ve şartlara uygun düşen özenden sorumluluk yüklenilebilecektir¹⁹⁶. O halde vekil işi gördüğü esnada¹⁹⁷, özen borcunun bir gereği olarak, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat tecrübelerine ve işlerin mutlak cereyanına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmalı, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan ise kaçınması gerekir¹⁹⁸. Aksi durumda vekil vekaletini usulü dairesinde ifa etmemiş sayılır ve bu davranışları sonucunda kasıt, ihmâl veya dikkatsizlikle müvekkile verdiği her türlü zarardan da sorumlu olur¹⁹⁹. Yerine göre de, vekilin sorumluluğu işçinin sorumluluğundan daha sert bir şekilde takdir edilebilecektir²⁰⁰. Dolayısıyla, istisna sözleşmesinde müteahhit, özen borcunu ihlalin yanında ayıba karşı tekeffülde sonucun elde edilmemesinden dolayı da sorumlu olurken, vekalet sözleşmesinde vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumlu olmaktadır²⁰¹. Bu sebeple de talep edilebilecek haklar yönünden her iki sözleşme birbirinden farklıdır. Zira istisna sözleşmesinde müteahhit tarafından, imâl edilerek teslim edilen eserin kusurlu olması onun sorumluluğuna yol açmaktadır. İşte bu durumda iş sahibi, BK. m. 360'ın kendisine tanıdığı, 'şeyi kabulden kaçınarak sözleşmeden dönme²⁰², ücretin indirilmesi, eserin onarılmasını isteme yanında ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini de' isteyebilmektedir. Ancak tazminat dışında diğer talepler açısından kusur aranmamaktadır. Bu sonuç sorumluluğu dolayısıyla sözleşmenin icrası safhasındaki özen borçlarına aykırılık eserdeki bozuklukta somutlaşmışsa, artık bozukluktan dolayı sorumluluk hükümlerine dayanılabilecek, ayrıca bu borçlara aykırılıktan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidilemeyecektir²⁰³. Vekalet sözleşmesinde ise, vekilin özen borcuna ilişkin BK. nun 390. maddesi, hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcunu düzenleyen BK. nun 321. maddesine atıf yapmaktadır. "Anılan bu kanun hükmüne göre de, 'işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.- kasıt, ihmâl ve dikkatsizlik- ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür". Demek ki, vekil, işçi gibi, işi özenle yerine getirme borcu altında olup, tersi

194 Bk. BK. m. 321/I.

195 "Genellikle müteahhidin eser, vekilin de vekalet sözleşmesinde göstereceği özeninin derecesi (BK. m. 356/I, ve BK. m. 390/I) her ikisinin de sözü geçen sözleşmelerin uzman tarafını teşkil etmeleri nedeniyle, işçinin hizmet ilişkisinde göstereceği özenin ölçüsünden farklı olarak (BK. m. 321/III) sadece objektif kıstaslara göre belirlenir". Kaplan, 73.

196 Becker, 702. Ayrıca bu hususta bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 418.

197 Özen yükümlülüğü işin görülmesi ile sona erer buna karşılık sadakat yükümlülüğü devam eder. Tandoğan, Borçlar, C.II, 409.

198 Yavuz, Borçlar, C.II, 190.

199 Vekalet sözleşmesine dair BK. 390. maddesinin atıf yaptığı BK. m. 321' getirdiği düzenleme emredici nitelikte değildir. Taraflar, kanuna, ahlak ve adaba aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmede özen borcunu ve borcun ihlalden doğan tazminat borcunun kapsamını daha ağır ya da daha hafif olarak belirlemeleri mümkündür.

200 Bilge, 292, 293. Ayrıca vekilin sorumluluğu hususunda göz önünde tutulacak objektif ve subjektif kıstaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Erdem, C.III, 292 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.II, 190 vd.

201 Bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 190 ; Önen, 319.

202 Sözleşmeden dönme hakkının kullanımı vekalet sözleşmesinde istisna sözleşmesine göre daha kolay olmaktadır. Zira, vekalette her zeman için sözleşmeden dönme olanağı bulunduğu halde istisna sözleşmesinde bu hakkın kullanımı, sıkı bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Zevkililer, 252.

203 Selçü, İnşaat, 22 ; Gautschi, Art. 364, N. 5 e.

durumda ise, özenle yerine getirmemeden ötürü tazminatla sorumlu tutulmuştur ki, burada, BK. 98 /I. maddesinin uygulanması söz konusu olmaktadır²⁰⁴. Vekilin hiç özen göstermemesi veya eksik özen²⁰⁵ göstermesi yani işi görürken kusurlu olması²⁰⁶ da onu tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokmaktadır²⁰⁷. Bu durum ise müvekkile (hizmet sözleşmesinde ise iş sahibine) sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirmeye yetkini de vermektedir. Sözleşmenin veya durumun haklı kıldığı ve gerektirdiği derecede özen göstermeyen vekil bakımından onun eksik özen gösterdiğinden söz edilir. Bu bakımdan da BK. m. 321, BK. m. 96 vd. hükümlerinin²⁰⁸ bir uygulama alanını oluşturmaktadır²⁰⁹.

E- Hizmet Sözleşmesi Bakımından

Hizmet sözleşmesi BK. nun 313. maddesinde : " hizmet akdi bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere hizmet sözleşmesi, iş (hizmet) ve ücret unsurlarından oluşan, iki tarafa borç yükleyen bir iş görme sözleşmesidir²¹⁰. Zira sözleşme ile işçi, belirlenmiş veya belirlenmemiş bir zaman süreci boyunca, işverene bizzat bir hizmet²¹¹ görmeyi, hizmet sözleşmesinin belirlediği anlamda ve yönde emek sarf etmeyi taahhüt etmektedir. Böylece, hizmet sözleşmesinde 'emek' unsuru daima ön plana çıkmaktadır. Buna karşılık yine bir emek sarfını bir iş görmeyi öngören istisna sözleşmesinde önemli olan, faaliyetin sonunda emekten ziyade müstakil bir bütün meydana getiren emek mahsulü bir işin, bir eserin meydana getirilmesidir. Bu unsur da istisna sözleşmenin belirleyici bir unsurunu oluşturmaktadır²¹². Böylece, istisna sözleşmesinde müteahhit çalışmanın sonuca

204 Y.13. HD. 24.11.1980 T., E.5538, K. 6178 (Dalamanlı/Kazancı, C.III, 730).

205 "Eksik özen, işverenin (vekalette müvekkilin) sözleşme veya hal ve durum gereğince istemeye hakkı bulunduğu özen gösterilmemişse, vardır". Tunçomağ, C.II, 850.

206 Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda örneğin satın sözleşmesinde satıcı, istisna da müteahhit bakımından bazı hallerde kusursuz sorumluluk öngörülürken, özen yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda sorumluluk kusura dayanmaktadır. Özen yükümlülüğünün objektifleştirilmesi dahi sorumluluğu kusura dayalı sorumluluk olmaktan çıkarmamaktadır.

207 Tazminatın belirlenmesinde ise, kusurun büyüklüğü ve borçlunun ifa gücünde göz önünde tutulması gerekecektir. Tunçomağ, C.II, 851.

208 İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun gereği gibi ödenmemiş olması hallerinin bazılarında, temerrüt hükümleri uygulanabilirse de, bir kısım kötü ödeme hallerini, temerrüt veya imkansızlık olarak vasıflandırmak mümkün değildir. Örneğin imal edilen eğerin çürük deriden yapılması nedeniyle, alacaklının ata binerken eğer basamağın kopması yüzünden düşüp yaralanması gibi durumlar borcun gereği gibi yerine getirilmemiş olması veya (kötü ifa) olarak adlandırılırlar. Kötü ifanın, temerrüt, imkansızlık ve ayıplı ifa olarak kabul edilmemesi halinde BK. 96' da ki hükümler uygulanacak ve borçlu borcunu gereği gibi ödemiş olması nedeniyle alacaklının uğradığı zarar ve ziyarı ödemek zorunda kalacaktır. Öcn. 216. Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Serozan, Sözleşme, 301 vd.

209 Tunçomağ, C.II, 851; Yavuz, Borçlar, C.II, 21.

210 Hizmet sözleşmesi 'tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme' lerdendir ; zira gercek işverenin gerekse işçinin edimleri karşılıklı olarak değişilmektedir (mübadele edilmektedir). Akıntürk, 205.

211 Hizmet sözleşmesinin birinci unsuru, hizmet edimidir. Yani belirli bir hizmet, belirli bir iştir. İş ise ekonomik bir faaliyettir; işverenin maddi veya fikri ihtiyacının giderilmesini amaç edinen bir çalışmadır. Ekonomik bir yarar sağlasın veya sağlamasın - maddi ve fikri her türlü çalışma hizmet kavramının içerisine girer. Artukmaç, 146 ; Hizmet sözleşmesinde edim bizzat işçi tarafından ifa edilmelidir. Oysa istisna sözleşmesinde hizmet sözleşmesinden farklı olarak edimin müteahhit tarafından bizzat ifa edilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Klunzinger, 341; Jauernig / Schlechtriem / Stümer / Teichmann / Volkammer, 676.

212 Bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 305 ; Artukmaç, 69 ; Erdoğan, 164 ; Marten, 141 ; "Eser sözleşmesinin belirleyici ögesi 'bir işin görülmesi' değil, 'bir iş sonucunun meydana getirilmesi' olduğu için bu sözleşme, iş-hizmet sözleşmesinden farklı olarak, sürekli sözleşme niteliğinde sayılmamakla birlikte, sürekli edim eylemleri ile eseri yaratacak borçlu açısından bakıldığında, çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü kuralların göz önünde tutulması gerekir". Bk. YHGK. E. 1982/15- 356, K. 1982/817, T. 6.10.1982 (Kural/Kılıçbay/İzmir, 510)

ulaşabilmesi bakımından muhtemel rizikoyu da üstlenmek zorunda olmasına rağmen, hizmet sözleşmesinde böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir²¹³. Ancak, bir sözleşmenin hizmet mi yoksa istisna sözleşmesi mi olduğu yönündeki sınırlamanın oldukça güç olduğu aşıkardır. Bu güçlük, teorik farklılıktan ortaya çıkmamaktadır. Hizmet sözleşmesinde de ifa edilen çalışmalarda da belirli başarılar, sonuçlar elde edildiği için münferit durumda her iki sözleşme tipi arasında karar verilmesi bu yüzden çoğunlukla kolay olmamaktadır. Bununla birlikte şüpheli durumlarda somut olayın bütün durumları göz önünde tutularak bir karar verilmesi gerekir. Bu hususta karar verilirken de tarafların isteklerinin, üzerinde anlaşılan ücretin belirli bir sonuçla bağlantılı olup olmadığı²¹⁴ ya da eğer istenilen başarının elde edilememesi durumunda bir ücretin ödenip ödenmeyeceğinin kapsamlı bir şekilde göz önünde tutulması gerekir²¹⁵.

İstisna sözleşmesinde işi gören (eseri imal eden) müteahhit, işin kusurlu (ayıplı) görülmesinden 'ayıba karşı tekeffül hükümleri' çerçevesinde sorumlu olmaktadır. "Hizmet sözleşmesinde de her borçlu gibi, işçi de taahhüt ettiği işi 'ihtimamla yapmak' zorundadır; yani vaat olunan işin yapılması için gerekli bütün dikkat ve itinayı göstermeye mecburdur. Bu bakımdan da, ika edeceği her nevi zarardan, mesela malzemenin hasara uğramasından veya fena iş tesliminden sorumlu olmaktadır (OR § 321 / BK. m. 321 f. I, II)²¹⁶. Dolayısıyla BK. m. 321 hizmet sözleşmesi için de kusur sorumluluğunun geçerliliğini sağlamlaştırmaktadır. Hizmet sözleşmesinde işçi, belirli bir sonuç için sorumlu değildir. Bunun sonucu olarak ta, işçi belirli bir sonuca ulaşamadığı, başka bir deyişle düşük verim meydana geldiği için, ücretten bir indirmeyi hoş görmek zorunda değildir. Ayrıca sonuçtan sorumlu olmamanın diğer bir sonucu da, fazla verim için de özel bir karşılık ödenmesine gerek olmayışıdır²¹⁷. BK. m. 321' de: "işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur" şeklindeki ifadeyle işçinin özen gösterme borcu²¹⁸ düzenlenmiştir. İne özen borcunun kapsamı içerisinde olmak üzere BK. nun 322. maddesinde de, parça üzerine veya götürü çalışan ve bu şekilde iş sahibinin nezareti altında bulunmayan işçinin malzeme ve yapılan iş bakımından sorumluluğu hakkında istisna (eser) sözleşmesinin bu hususa ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Özen borcunun kapsamı içinde işçi, işverene ait makine, araç, teknik donanım ve tesislerle malzemeyi işin niteliğine uygun bir biçimde kullanmak zorundadır²¹⁹. "Malzemedan sorumluluğun eser sözleşmesindeki benzer olması gerekir. Bundan ötürü m. 365 / BK. 357 uygulanır. Malzemeyi özenle kullanma, hizmet sözleşmesinin bütün hallerinde ödevdir. İşin ifası OR § 364, 365 / III ve 366, BK. 356, 357 / III ve 358' e bağlı kılınır"²²⁰. Hizmet sözleşmesinde kural olarak malzeme iş

213 Hizmet sözleşmesinden farklı olarak istisna sözleşmesinde yalnızca bir ilave çalışma değil bilakis eserin oluşması için rizikonun üstlenilmesiyle birlikte bir çalışma neticesinden sorumluluk söz konusu olmaktadır. Brox, Rdnr 256, 159.

214 Hizmet akdinden istisnayı tefrik eden şey müteahhidin bir iş imali keyfiyetidir; işçi bizzat hizmetinin bedeli olarak bir ücret aldığı halde müteahhit bitirilmesi lazım olan işinin neticesinde mükafatlandırılmaktadır. Hizmet akdinde işçi faaliyetini iş sahibinin emrine hazır bulundurur. Faaliyetin hasil etmesi lazım netice için değil belki bu faaliyet için ücret alır. Marten, 141, 142.

215 Musielak, Rdnr 568, 308.

216 Bilge, 216 ; Hizmet sözleşmesinde işçi bir edanın, bir yapma mükellefiyetinin borçlusudur. Borçların ifa edilmemesinin neticelerine dair umumi kaidelerin onun hakkında da tatbiki kabildir (OR § 97 vd. ; Bk. m. 96). Bundan kast veya ihmali ile iş sahibine iras ettiği zarardan işçinin mesu'ol olacağı neticesi çıkar (OR § 328/2 , BK. m. 321). Marten, 152.

217 Becker, 444.

218 İstisna sözleşmesinde BK. m. 356/I uyarınca müteahhit, üstlendiği işi özenle yerine getirmek zorundadır; göstereceği özenin derecesi, vekilin özen borcunda olduğu gibi (BK. m. 390/I) genellikle hizmet sözleşmesinde işçinin özen sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Müteahhitten beklenen özen derecesi belirlenirken, kural olarak onun eser sözleşmesinin uzman tarafı olduğunu ve işçiden farklı olarak daha bağımsız iş göreceğini göz önünde bulundurmamak gerekir. Kaplan, 72-73.

219 Zevkliler, 213.

220 Becker, 449-450.

357 / III ve 358' e bağılı kılınır"²²⁰. Hizmet sözleşmesinde kural olarak malzeme iş sahibi tarafından verildiğine göre, işçinin, bu malzemeyi özenle kullanmak, bu konuda iş sahibine hesap vermek ve artan malzemeyi de iade etmek yükümlülükleri vardır²²¹. Dolayısıyla hizmet sözleşmesinde, özen borcu kapsamındaki bu yükümlülüklerine aykırı hareket eden işçi BK. m. 321 / II hükmü gereğince işverene tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Öte yandan BK. 321 / II, BK. 96 vd. maddelerinin özel bir uygulama hali olduğu içinde tazminatın belirlenmesinde, kusurun büyüklüğü ve borçlunun ifa gücü de göz önünde tutulması gerekecektir²²². İstisna sözleşmesindeki BK. 359 - 363 gereğince bozuklukları tekeffül hükümlerinin de hizmet sözleşmesinde de örnekseme yoluyla uygulanıp uygulanmayacağı bir sorundur. 1905 tasarısında söz konusu maddelere yollama yapıyordu. Bunun çıkarılması, besbelli hakimin takdirine belirli bir serbesti tanımak amacı ile olmuştur. Kanımca adaletsiz olarak gösteren olağan üstü hal ve şartlar bulunmuyorsa, bozukluklar için tekeffül uygulama yeri bulmalıdır. Evde yapılmak üzere verilen işde, sadece kusur sorumluluğu işverenin hukuki durumunu insafsız surette güçleştirirdi. Bozukluklardan sorumluluğun önemli amacı, önleyici olmasıdır : müteahhit, fiilen bir ispattan kolayca kaçan çeşitli türde ihmal ve özensizlik için, yalnız bozukluğun (ayıbın) objektif unsurlarına dayanarak sorumlu yapılmak suretiyle her yönden özenli tam bir ifaya özendirilmek istenir. Bu gereksinme eser sözleşmesinde olduğu gibi, evde yapılmak üzere verilen işde de vardır. Madde 368 / BK. 360' da ki kabulden kaçınma da, evde yapılmak üzere verilen iş için yerindedir. Çünkü işveren, devamlı denetimin bulunmamasından dolayı, işin kusurlu olması halinde tam zamanında müdahale etme olanağına sahip değildir. Bu nedenle işi evinde yapan işçinin, sorumluluğu tamamen kendi üzerine almak zorunda olması doğrudur²²³. Kanaatimizce, hizmet sözleşmesinde istisna sözleşmesinden farklı olarak sonuç değil, emek unsuru daha ağır basmaktadır. Bu itibarla da, hizmet sözleşmesindeki işçinin sorumluluğu BK. m. 321' de yer alan işçinin 'özen borcu' ve genel bir hukuk prensibi olarak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan 'dürüstlük prensibi' hükmü²²⁴ çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ayrıca, işçi tarafından yapılan kusur akdi bir kusur olup borcun ademi ifası teşkil eder²²⁵. Bu sebeple de BK. 96 vd. madde hükümleri de göz önünde tutulmalıdır.

220 Becker, 449-450.

221 Yavuz, Borçlar, C.II, 24 ve ayrıca bk. 61 vd.

222 Bk. Olgaç, C.II, 857 ; Tunçomağ, C.II, 851; Becker, 445.

223 Becker, 450.

224 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 318 vd.

225 Marten, 152.

IV- SONUÇ

İstisna sözleşmesi Borçlar Kanununun 355. maddesinde, iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği semen karşılığında müteahhidin bir şey (eser) imal etmeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere istisna sözleşmesi, taraflarını müteahhit ve iş sahibinin oluşturduğu, ücret, imal ve anlaşma unsurlarından oluşan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Kanun koyucu, taahhüt edilen semen mukabilinde bedeni veya fikri bir faaliyette bulunmayı ve bu faaliyet sonucunda da kararlaştırılan nitelikte bir eseri ortaya çıkarma edimini yüklenen müteahhidin borçlarını, Borçlar Kanununun 356 - 363 (OR 364 - 371)'üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme arasında özen borcu ile birlikte, müteahhidin eseri teslim borcuyla ilgili olarak 'Ayıba Karşı Tekeffül' borcu da ayrıntılı olarak yer almış bulunmaktadır.

İstisna sözleşmesinin taraflarını teşkil eden müteahhit ve iş sahibi, bu sözleşmenin sinellagmatik bir sözleşme olması hasebiyle birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumundadırlar. Müteahhit, imal ettiği eser dolayısıyla ücret alacaklısı iken , teslim edilen eserde ayıplar olması durumunda ise iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde borçlu konumundadır. Zira müteahhidin imal ederek teslim edeceği eser, müteahhitçe zikredilen (garanti edilen) ve sözleşmede öngörülen, tahsis yönü bakımından gerekli olan nitelikleri taşımak zorundadır. Bu nitelikte bir eseri yani iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde ayıpsız olarak imal ederek teslim etme zorunluluğu müteahhidin asli borcunu oluşturmaktadır. Yine bu zorunluluğa uyma yükümlülüğü aynı zamanda Medeni Kanununun 2. Maddesinde genel bir hukuk kaidesi olarak vazedilen , hakların kullanılması ve borçların ifasını düzenleyen 'dürüstlük kuralı' nın da bir gereğini oluşturmaktadır. Kaldı ki, istisna sözleşmesinde müteahhidin amacı belli bir ücret almak, iş sahibinin amacı da kullanım amacına uygun olan bir esere sahip olmaktır. Sözleşmenin her iki tarafı da sözleşme ile güdülen amaçlarına ulaştıkları takdirde bir sorun yoktur. Ancak iş sahibi istisna sözleşmesi yoluyla elde etmek istediği amacına kendisine izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın ulaşamazsa bu durumda bir ayıplı bir eser imali ve neticesinde ayıplı bir ifa söz konusu olduğu için iş sahibinin sözleşme ile elde etmek istediği amaç, ifa menfaati de gerçekleşmemiş olacaktır. Bu durumun sonucu olarak da kanunda öngörülen muayene ve ihbar şartlarının gerçekleştirilmesi durumunda, müteahhidin eserdeki ayıptan dolayı sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. İş sahibi bu durumda kanun koyucunun satım sözleşmesi hükümlerine benzer olarak düzenlediği kanuni bir borç hüviyetinde olan ve müteahhidin sorumluluğun kaynağını oluşturan ayıba karşı tekeffül borcu hükümleri dairesinde (BK. m. 360 vd.) kanunun kendisine tanımış olduğu hukuki himaye imkanlarını kullanabilecektir. Bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi, eserin tamir ve ıslahını (onarım) isteme, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini talep etme şeklinde kanun koyucu tarafından kendisine tanınan hukuki himaye imkanlarını kullanarak amacına ulaşabilecek ya da uğradığı zararı tazmin ettirebilecektir. Ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen ve iş sahibine eserin ayıplı olması durumunda tanınan bu haklar sistemi aynı zamanda emredici nitelikte hükümler ihtiva etmemektedir. İş sahibi kanunun kendisine tanıdığı haklarını seçimlik olarak kullanabilecektir. BK. 360. Maddesi hükmü tamamlayıcı bir kuralıdır. Bunun bir sonucu olarak da müteahhidin eserdeki ayıplar dolayısıyla sorumluluğu, onun eseri teslim borcundan doğan en önemli bir yan borcu olmakta, bu borç eseri teslim borcunun hem bir sonucu hem de asli edim borcunun bir tamamlayıcısı olmaktadır. Diğer önemli bir sonucu da tarafların BK. m. 99' a aykırı düşmemesi kaydıyla aralarında yapacakları anlaşma ile ayıba karşı tekeffülden doğan haklar sistemini sınırlandırabilmeleri fakat tamamen ortadan kaldıramamalarıdır. Zira böylesi tamamen ortadan kaldırmaya yönelik bir anlaşma iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eder. Ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümlerinin diğer bir özelliği de bu hükümlerin şartları gerçekleştiği takdirde, ilişki halinde bulunduğu Borçlar Kanununda yer alan genel hükümlerle örneğin, Borçlunun temerrüdü (BK. 101-108), Ödemezlik def'i (BK. m. 81), Haksız fiil (BK. m. 41 vd.) hükümleriyle yarışmasının da söz konusu olabilmesidir.

Yukarıda genel hatlarıyla açıkladığımız istisna sözleşmesinde müteahhidin asli edim borcunun tamamlayıcısı olan ayıba karşı tekeffül borcuna dair hükümler, istisna sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olmasına karşılık büyük ölçüde temlik borcu doğuran satım sözleşmesindeki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleri örnek alınarak düzenlenmiş hükümlerdir. Dolayısıyla bu yönü itibariyle ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler birbirleriyle paralellik gösterse dahi, ayıba karşı tekeffül borcu, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcunun tamamlayıcısı iken, temlik borcu doğuran satım sözleşmesinde mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. Bununla birlikte istisna sözleşmesinde satım sözleşmesinde olduğu gibi zikir ve vaad olunan nitelik kavramına ayrıca yer verilmemiştir. Yine istisna sözleşmesinde sorumluluğa esas teşkil eden ayıp, eserin teslimi anında mevcut olan ayıpken, satım sözleşmesinde satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçtiği andaki mevcut olan ayıplardan sorumluluk söz konusu olmaktadır. Ayıbın önemli olup olmaması bakımından da istisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu ile satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu birbirinden farklılık arz eder. Zira satım sözleşmesinde satıcı önemsiz ayıplardan sorumlu tutulmamışken, istisna sözleşmesinde satımdan farklı olarak önemsiz ayıplardan dahi sorumluluk söz konusu olabilmektedir. İstisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri ile satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında en önemli fark ise ayıplı ifa durumunda sözleşmenin karşı tanınan haklarda görülmektedir. Şöyle ki, satım sözleşmesinde satılan malın ayıplı olması durumunda alıcı satılan misli eşyanın ayıpsız ile değiştirilmesini talep etme hakkına sahipken istisna sözleşme iş sahibi böyle bir hakka sahip değildir. Ancak istisna sözleşmesinde de misli eser imali borçlarında ayıplı ifa durumunda, satım sözleşmesindeki BK. m. 203 hükmüne kıyasen iş sahibine eseri ayıpsız misliyle değiştirilmesini talep hakkının tanınması özellikle iş sahibinin ifa menfaatinin bir an önce karşılanması, gereksiz yere zaman kaybedilmemesi bakımından daha uygun bir düzenleme teşkil edecektir. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde ayıplı ifa durumunda iş sahibine onarımı (ayıbın giderilmesini) talep hakkı tanınmışken satım sözleşmesinde alıcıya bu hak tanınmamıştır. Böyle bir düzenleme ise günümüzdeki ticari hayatın bir gereğini oluşturmaktadır. Zira istisna sözleşmesinde müteahhit böyle bir taleple karşılaştığı takdirde onarım talebini yerine getirmesi açısından gerek teknolojik gerekse bilgi ve uzmanlık bakımından gerekli donanımına sahip bir kişidir. Oysa, satıcının böyle bir donanımına sahip olması ticari hayatın bir gereği olarak da beklenemez. Ayıba karşı tekeffül borcu bakımından ele alınan noktalardaki farklılıklar her iki sözleşmenin de farklı mahiyette, farklı amaca hizmet eden sözleşme olmalarından kaynaklanmaktadır. Zira, istisna sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmasına karşılık, satım sözleşmesi bir mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmedir. Bununla birlikte ayıplı ifa durumunda, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte uygulanacak olan hükümler ve ne tür bir borca aykırılık olduğu hususu, yine bir iş görme borcu doğuran Yayın, Vekalet ve Hizmet sözleşmeleri bakımından farklı olarak düzenlenmiştir. Örneğin, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu müteahhidin bir borcu olarak açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, yayın sözleşmesinde böyle bir borç yayınlayanın borçları arasında düzenlenmemiştir. Ancak, yayınlanan tarafından teslim edilen eserin , maddi bakımdan taşınması gerekli nitelikleri taşınmaması durumunda bir ayıplı eser tesliminin söz konusu olduğu hallerde, doktrindeki bir görüşe göre bu durumda yayınlanan satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri dairesinde sorumludur. Diğer bir görüşe göre de bu durumda yayın sözleşmesinin istisna sözleşmesine olan benzerliğinden dolayı istisna sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffülü düzenleyen BK. m. 360. Maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir. Kanaatimizce, yayın sözleşmesinde kanun koyucu özen borcu ile zapta karşı tekeffül borcunu açıkça düzenlemiş olmasına rağmen ayıba karşı tekeffül borcu hususunda açık bir hükme yer vermiş değildir. Keza ayıba karşı tekeffül hükümleri özellikle sonuç sorumluluğu olan hallerde, verme borçlarında, buna karşılık özen borcu ise yapma borçlarında söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, yayın sözleşmesinde yayınlayan için, hizmet sözleşmesindeki hükümler kıyasen uygulanmak suretiyle özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu tutulabilir.

Vekalet sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmasına karşılık gerek icrası üstlenilen faaliyetin konusu bakımından gerekse bu faaliyete uygulanacak

olan hükümler bakımından birbirinden farklı sözleşmelerdir. Zira, istisna sözleşmesinde üstlenilen faaliyetin konusunu sonuç taahhüt edilerek belli bir eserin imali, ortaya çıkarılması faaliyetleri oluşturmasına karşılık, vekalet sözleşmesinin konusunu, bir işin sonucu taahhüt edilmeksizin vekilin belli bir yönde (bir hizmetin görülmesi vaadi yönünde) iyi niyetle, özenli ve sadakatle çalışması faaliyeti oluşturmaktadır. Vekalet sözleşmesinde de yayin sözleşmesinde olduğu ayıba karşı tekeffül borcu açıkça düzenlenmiş bir borç değildir. Buna karşılık istisna sözleşmesinde olduğu gibi işin icrasında gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Dolayısıyla da, istisna sözleşmesinde müteahhit, özen borcunu ihlalin yanında ayıba karşı tekeffülde soncun elde edilememesinden dolayı da sorumlu tutulurken, vekalet sözleşmesinde vekil ise işin icrasında yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı faaliyetin kusura dayalı olarak yalnızca özenle görülmemesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bu durumda ise hiç özen göstermemesi veya eksik özen göstermesi söz konusu olacağından BK. m. 321, BK. m. 96 vd. madde hükümleri hakkında uygulanabilecektir. Hizmet sözleşmesinde de emek unsuru daima ön planda olmasına karşılık istisna sözleşmesinde emekten ziyade emek mahsulü bir eserin ortaya çıkarılması önem taşımaktadır. Dolayısıyla da hizmet sözleşmesinde belirli sonuç için sorumlu olunmamaktadır. İstisna sözleşmesinde işin kusurlu (ayıplı) görülmesinden ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olunmasına karşılık, hizmet sözleşmesinde işin özenle görülmemesinden sorumluluk söz konusu olmaktadır. Doktrinde istisna sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümlerinin örneksime yoluyla hizmet sözleşmesinde de uygulama yeri bulması gerektiği savunulmaktaysa da bizce, kanun koyucu tarafından öngörülen özen borcu belirli bir sonuca ulaşmamaktan dolayı sorumlu tutulmamanın sonucu olarak işin ayıplı görülmesi durumunda doğan ihtiyaçları karşılamaktadır. Kanun koyucu da işçiyi , bu durumdan, özen borcunun yanında ayrıca ayıba karşı tekeffülden de sorumlu tutmanın gereksiz bulunduğu kanaatine vararak, yalnızca BK. m. 321 hükmüne göre sorumlu tutmak istemiştir. Ancak işin ayıplı olarak görülmesinin ve özen borcuna layıkıyla riayet edilip edilmediğinin tespitinde MK. m. 2' de yer alan dürüstlük prensibi de göz önünde tutulmalıdır.

İstisna sözleşmesinden farklı olarak sürekli bir borç ilişkisi doğuran, kullanma ve yararlanma hakkı tanıyan kira sözleşmesinde de ayıba karşı tekeffül borcu düzenlenmiş olup, kiralanan şeyde ayıp teşkil eden durumlar kiralayanın tekeffül borcu içerisinde değerlendirilmiştir. Ancak kira sözleşmesinde kiralayan, kiralananı sözleşme süresince tahsis amacına uygun bulundurmakla yükümlü olduğundan, ayıba karşı tekeffül borcu da kira müddetince devam eden bir borç niteliğindedir. Ayrıca, kira sözleşmesinde önemsiz ayıp teşkil durumlarda onarım işi kiracının yükümlülüğü altındadır. İne istisna sözleşmesinden farklı olarak , kiracının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için muayene ve ihbar gibi külfetleri de yoktur. Diğer bir önemli fark da ayıba karşı tekeffülden doğan haklar bakımından görülmektedir. Zira, istisna sözleşmesinde eserin ayıplı olması durumunda iş sahibine seçimlik haklar arasında müspet zararın tazmini isteme hakkı tanınmamışken, kira sözleşmesinde kiracı uğramış olduğu müspet zararın tazminini talep etme hakkına sahiptir. Ancak istisna sözleşmesinde temerrüde düşen müteahhitten ifadan vazgeçilmek suretiyle müspet zararın tazmininin talep edilebilmesi hakkının günümüzde etkin bir şekilde uygulanan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine ve tüketicinin (istisna sözleşmesinde iş sahibinin) menfaatlerinin en üst seviyede korunmasını amaçlayan anlayışa da uygun olacaktır.

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse, istisna sözleşmesinde eserdeki ayıptan dolayı sorumluluğu düzenleyen hükümler, satım sözleşmesi hükümleri örnek alınarak düzenlenmiş hükümler olmasına rağmen, satım ve kira sözleşmesinde ayıp halinde sorumluluğu düzenleyen hükümlerden tarihi, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere dayalı sebeplerle farklı nitelikte kendine has özelliği ve şartları olan bir sorumluluk düzeni hükümleri olduğu söylenilebilecektir.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Ziya : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).
- AKINTÜRK, Turgut : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1989.
- ARTUKMAÇ, Sadık : İnşaat Hukuku, Ankara 1975.
- AYAN, Mehmet : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 1996.
- BECKER, Herman : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. A. Suat Dura), 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşmellişkileri, Madde: 184-551, Yargıtay Yayını No. 24, Ankara 1993.
- BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BUCHER, Eugen : Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Erweirerte Aufl., Bern 1988.
- BROX, Hans : Besonderes Schuldrecht, 11. Aufl., München 1984.
- DALAMANLI, Lütfü : Borçlar Kanunu şerhi II, İstanbul 1977.
- DALAMANLI / KAZANCI : İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, İstanbul 1990.
- DALAMANLI / KAZANCI : İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. IV, İstanbul 1990.
- DAYINLARLI, Kemal : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 1993, (Dayınlarlı, İstisna).
- DAYINLARLI, Kemal : İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, (Dayınlarlı, Ademi ifa).
- EDİS, Seyfullah : Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, (Edis, Tekeffül).
- EDİS, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri , Ankara 1989, (Edis, Medeni).
- ERDEM, Nafiz : Türk Borçlar Kanunu şerhi ve Davaları, C. II, Ankara 1988, (Erdem, C. II).
- ERDEM, Nafiz : Türk Borçlar Kanunu şerhi ve Davaları, C. III, Adana 1990, (Erdem, C. III).
- ERDOĞAN, İhsan : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD., C. III , Ocak-Haziran 1990.
- ESSER / WEYERS : Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1991.

- FEYZİOĞLU, F. Necmettin : Borçlar Hukuku Hususi Kısım, C. I, İstanbul 1961.
- Federal Mahkeme Kararları,
(Çev. Dayınlarlı) : RO 111 II 173 , JdT 1986, S. 3, 77, 78, İD. C. 12, Ekim 1986, S. 4.
- FİKENTSCHER, Wolfgang : Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin - Newyork 1985.
- FUNK, Fırıtız : Borçlar Kanunu şerhi I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet / Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938.
- FRANKO, Nisim : Türk Borçlar Kanununa göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981.
- GADIENT, A. Lenzlinger : Mangel - und Sicherungsrechte des Bauherrn im werkvertrag, Zürich 1994.
- GUHL / MERZ /
KOLLER : Das Schieizeriche Obligationenrecht, Aucht Aufl., Zürich 1991.
- GAUCH, Peter : Der werkvertrag, 3. Vollständig überarbeitete und erweiterte Aufl., Zürich 1985.
- GAUTSCHI, Georg : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Bd. VI, 2. Abt, 3. Teilband; Derwerkvertrag, Bern 1967.
- GIGER, Hans : Kommentar zum schieizerischen Privatrecht, Band IV, 2. Abt. ; Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 1. Teil b. ; Kauf, Tausch, Schenkung, Lieferung 2 : Art. 189 - 210 OR. Bern 1977.
- HATEMİ / SEROZAN /
ARPACI : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- HONSELL, Heinrich : Schweizerischer Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991.
- JAUERNIG / SCHLECHTRIEM /
STÜRNER / TEİCHMANN /
VOLLKOMMER : Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1987.
- KAPLAN, İbrahim : Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983.
- KELLER / LÖRTSCHER : Kaufrecht, 1. Aufl., Zürich 1980.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.
- KURAL / KILIÇBAY /
İZMİR : İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988.
- KLUNZINGER, Eugen : Einführung in das Bürgerlicherecht, 2. Aufl., München 1989.
- LARENZ, Kari : Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977.

- MARTEN, Alfred : Borçlar Kanunu şerhi, Hukuku Medeniye Akitleri , C.II, Adliye Vekaleti, İstanbul 1931.
- MEDİCUS, Dieter : Kaufvertrag und werkvertrag, Juristische Schulung, April 1992, Heft 4, (Medicus, Kaufvertrag).
- MEDİCUS, Dieter : Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Aufl., München 1987, (Medicus, Schuldrecht).
- MUSIELAK, H. Joachim : Grundkurs BGB 4. Aufl., München 1994.
- OLGAÇ, Senai : Türk Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nevileri, C. II, Ankara 1970.
- ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku, Ankara 1995.
- ÖZ, M. Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- PALANDT : BGB. 49. Aufl. , München 1990.
- PEDRAZZINI, M. Mario : Schweizerisches Privatrecht, VII. Band 1,(werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenvertrag) Basel und Stuttgart 1977.
- SEROZAN, Rana : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, (Serozan, Sözleşme).
- SEROZAN, Rana : Parça Borcu - Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım, S. 5., MHAD 1969, (Serozan, Parça).
- SELIÇİ, Özer : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Seliçi, İnşaat).
- SELIÇİ, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi (Doçentlik Tezi), İstanbul 1972, (Sürekli Borç İlişkileri).-
- SCHMIDT, Rudolf : Bürgerliches Recht, Zweiter Band, Das Schuldrecht, Berlin 1953.
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1989.
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, İstanbul 1989.
- TAŞKENT, Savaş : Satıcının Ayıplı İfasına Karşı Alıcı Yararına Doğan Haklar, İBD. C. 48, S. 11-12, 1974.
- TORUN, Enis : İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları, YD., C. 8, S. 4, Ekim 1982.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- TURANBOY, Asuman : Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD., C. 41, S. 1-4, 1989-1990.

- VELİDEDEOĞLU /
ÖZDEMİR : Türk Borçlar Kanunu şerhi (Genel-Özel),
Yargıtay Yayınları, Ankara 1987.
- YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II,
İstanbul 1993, (Yavuz, Borçlar, C. II) .
- YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I,
İstanbul 1993, (Yavuz, Borçlar, C. I).
- YAVUZ, Cevdet : Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından
Sorumluluğu, İstanbul 1989 , (Yavuz, Satıcı).
- ZEVKLİLER, Aydın : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara
1995 .

TÜRK CEZA ADELET SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİNDEKİ ETKİNLİK KONULU ARAŞTIRMA RAPORU ÜZERİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Burhan Caner HACIOĞLU*

1- GİRİŞ

Ceza adaletinin etkin adil ve makul bir süre içerisinde gerçekleştirmesi dün olduğu gibi bugünde insan toplumlarının başlıca sorunlarından birisini oluşturmaktadır. Bu sorun ülkemiz bakımından olduğu gibi diğer ülkelerinde gündemindedir. Ülkemizde ceza adalet sisteminin etkin bir işleyiş içinde bulunmaması, hak arayışı ve hukuk arasında bir yabancılığa sürecine sebebiyet vererek yasal olmayan çarelerin aranması ve ihkak-ı hak uygulamalarının artmasını yaygınlaştırmış, hukuka, adliyeye ve devlete karşı güvensizlik doğurmuştur.

Ceza adalet sisteminin işleyişi konusunda toplumdaki tüm kişi ve kuruluşların birleştiği bir sonuç; Türk Ceza Adalet Sisteminde bir krizin var olduğudur. Bu sonuç adli reform yapılması gerekliliği konusunda da bir uzlaşmayı beraberinde getirdiği gibi, bu alanda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Konuyla ilgili olarak kalkınma planlarında, hükümet programlarında sistemin işlemediğine ilişkin tesbitler yapılmış, köklü çözümler getirilememiştir. Yasal olanda yapılan çalışmalar ise ceza adalet sisteminin bütün göz önünde bulundurulmadan değişik zamanlarda yapılan yasal değişikliklerle yargılamanın çabuklaştırılmasına yönelik geçici tedbirler olarak kalmışlardır.

Doktrinde ise öncü çalışmalar yapılmış, ne yazıkki bu çalışmaların dikkate alınmaması nedeniyle sorun günümüze kadar sıcaklığını ve güncelliğini koruya gelmiştir.

Özellikle İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü tarafından 1971 yılında "Ceza Adaleti Reformu Sempozyumu" düzenlenerek, bu sempozyumunda ceza adalet sistemindeki krizin teşhisini saptayan ilkeler, ceza adaletinde reform ilkeleri hakkında fikirler ileri sürülmüş tartışmalar yapılmıştır. Yine aynı enstitü tarafından 1973 yılında "Şehirleşmenin Doğurduğu Ceza Adalet Sorunları Sempozyumu" düzenlenmiş, bu genel suçluluğun artmasına yeni suç türlerini ortaya çıkararak, genel suçluluğun artmasına neden olduğu bu ortam içinde gelişmiş ülkelerde doğacak sorunların ülkemizde de doğabileceği, bunun için gerekli önlemlerin alınması gerektiği ileri sürülmüş ve tartışmalar yapılmıştır.

Bu çalışmaların ilk ve sorunun önemini ortaya koymaları bakımından takdire değer çalışmalar olduğundan kuşumuz bulunmamaktadır. Ancak Ceza Adalet Sisteminin içinde bulunduğu krizin yapısal bir kriz görünümünde bulunduğu bu nedenle kriminolojik verilerle değiştirilmesi anlayışı doğrultusunda sistemin yapısal analiz çalışmalarının yapılması ülkemiz için bir zorunlu ihtiyaç olmuştur. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü'nce yürütülen araştırma sonuçlarının sistem analizi yapılmasını sağlaması ve bu alanda dünyada ilk örnek çalışma niteliğinde olması bakımından her türlü takdirin üstündedir. Bu çalışmanın proje sorumlularına, çalışmada emeği geçenlere burada teşekkürü bir borç biliyorum.

Biz bu tebliğimizde araştırmanın sonuçlarını tesbit ederek değerlendirme yapma ve önerilerimizi belirtmeye yönelik bir yöntem izleyerek açıklamalarda bulunacağız.

* Yrd.Doç.Dr., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

II- ARAŞTIRMANIN SONUÇLARI

A-SUÇ HABERİNİN ÖĞRENİLMESİ

Suçun öğrenilmesi görevi önsoruşturmadaki görevlerin en önemlisidir. Önsoruşturmanın başlayabilmesi için, basit suç şüphesinin ortaya çıkması başka bir deyişle suç teşkil etmesi ihtimali olan bir olayın işlenmiş olduğu hakkında ki bir şüphenin mevcut bulunduğuunun koğuşturma makamı olan savcılık veya kolluk tarafından öğrenilmesi gerekir (CMUK.m.151,152,153).

Araştırma raporuna göre suç haberini ilk defa öğrenen makam kolluktur. Diğer devlet makamlarının suçu öğrenme oranı kolluğa oranla daha azdır. Savcılık makamının ilk defa öğrendiği suçlar, Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlardır.

Araştırma raporunda bir açıklık olmamakla birlikte bu suçların Özel Ceza Kanunlarındaki suçları ve özellikle takibi şikayete bağlı suçların kapsadığını düşünmekteyiz. Bunda en önemli sebebin özellikle takibi şikayete bağlı suçların CMUK. muzun 151.maddesinin 3206 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki düzenlemesine göre uygulamaya devam edilmesidir. Kolluk takibi şikayete bağlı suçların Savcılık Makamına yapılması yolundaki geleneğini sürdürmektedir. Suhluk işlerde Belediye Sağlık İşleri Müdürlüğünün, Asliyelik işlerde Maliye ve Gümrük Bakanlığının ilk defa suçu öğrenen makam olmasının getirirken resen öğrenmeleridir. Gıda Maddeleri Tüzüğüne muhalefet suçları, Belediye Sağlık İşlerinin denetim görevlerini yerine getirdikleri sırada öğrenilir. 1918 Sayılı Kanunun muhalefet suçlarının (Kaçakçılık suçlarının) takibinde ve önlenilmesinde görevli özel kolluk, Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na bağlı bir kolluktur. Bu kolluk görevlileri de suçu resen öğrenen makam olmaktadırlar.

B-ARAŞTIRMA İŞLEMLERİNİN VE SORUŞTIRMALARIN YAPILMASI

Önsoruşturmanın önemli görevlerinden biri araştırma görevidir. Soruşturmayı en iyi şekilde hazırlama, bir başka deyişle onun daha iyi, daha çabuk, daha teminatlı yapılmasını sağlamak amacına yönelen önsoruşturmada suçlunun öğrenilmesi ve delillerin elde edilmesi için araştırma yapılması gerekmektedir. Araştırma işlemlerinin yapılması kolluk görevidir. Suç kolluğunun araştırma görevi, ilerde delil olabilecek şeylerin ve delil kaynaklarının araştırılmasıdır. Bu da ipuçlarını aramak, onlar vasıtasıyla suçu işlediğinden hakikaten şüphelenilecek kişiyi bulmak demektir. Bu nedenle özellikle kolluk işidir. (dedektiflik işidir.)

Kanunumuzun kabul ettiği sistem ise önsoruşturmadaki araştırma işlemlerinin savcı tarafından bizzat yapılmasıdır(CMUK.m.154).

a) Araştırmayı Yapan Bizzat Kolluktur:

Araştırma raporuna göre kolluk, araştırma ve soruşturmaları yapan makam olmuştur. Savcılık, kolluğun araştırmaları bitirdikten sonra fezlekeye bağlayarak soruşturma evrakı kendisine tevdi edildiğinde suçun işlendiği ilk defa öğrenmektedir. Araştırma işlemleri kolluğun bilgi, tecrübesi ve gayretine göre bir başka deyişle kolluğun insiyatifine göre yapılmaktadır. Araştırma işlemleri savcı tarafından yürütülmemekte ve yönlendirilmemektedir.

b) Kolluğun Yaptığı Araştırma İşlemleri Çoğunlukla: İfade Alma, Üst Araması, Yakalama, El Koyma, Olay Yerinde İnceleme Yapma, Belli Suçlarda Labaratuvar İncelemesidir :

Kolluğun olay yeri incelemeleri uygulamada " OLAY YERİ GÖRGÜ TESBİT TUTANAĞI" adı verilen tutanağa esas olmak üzere görevli kolluk memurlarınca yapılmaktadır. Bu inceleme genelde bilimsel yöntemler esas alınmak suretiyle yapılmamakta, teknik bulgular elde edilmemekte, sadece görmeye dayalı tesbitlerin yapılmasıyla eleman yetersizliği çağdaş teknolojinin hizmete sunduğu araç ve gereçten yeterince yararlanılmamasıdır.

c) Araştırma İşlemlerinden En Önemli Olan Failin Tesbiti İşlemi Olayların Büyük Çoğunluğunda Gerçekleştirilmiş Olmasıdır:

Ceza Muhakemesinin yapılması ve tanıma hizmet amacının elde edilmesi yönünden önemli olan şüphelinin bilinmesine yönelik işlemlerin kolluk tarafından büyük çoğunlukla (% 92) yerine getirildiği tesbit edilmiştir.

d) Kimlik Tesbiti Evrak Üzerinde Yapılmaktadır :

Şüphelinin kimliğinin evrak üzerinden yapıldığı tesbit edilmiştir. Şüphelinin vücudunun muayenesi, kan alınması, fotoğrafının alınması, parmak izinin alınması gibi işlemlerin yasal olarak düzenlenmemiş olması sebebiyle bu ek araştırma işlemleri yapılmamaktadır.

e) Kolluk Çoğunlukla Şüphelinin İfadesini Almakta İfade İşleminin Süresi İfade Tutanağına Kaydedilmemektedir:

Kolluğun yaptığı araştırma işlemlerinde en fazla ifade alma yoluna başvurmasını; olayın aydınlatılması için gerekli bilgiyi edinmeyi sağlamada pratik bir yöntem olarak görmesi ve bu bilgilerin ışığı altında ipuçlarına ulaşmayı hedef edinmesine bağlamaktayız. Şüphelinin tesbitiyle birlikte, ifadesinin alınması birbirini izleyen işlemler olarak görülmektedir. İfade almanın başlangıcı ve sona ermesine ilişkin sürelerin tutanakla belirtilmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı için ifade süresi tesbit edilememektedir.

f) Kolluk Tarafından İfadesi Alınan Sanık Veya Şüpheli Suçunu İkrar Etmektedir :

Kolluk makamları olaya en sıcak ve yakın makamlardır. Suçüstü yakalanan şüphelilerin ikrarda bulunmaları, kendisini yakalayanların çoğunlukla ifade alma işlemleri sırasında hazır bulunmalarından kaynaklanmaktadır. Memurun hazır bulunması ikrar etmeyi engelleyici bir nedendir. Diğer taraftan ifade almanın sıcak bilgilerle ve ifade alma tekniğini iyi bilen uzman bir görevli tarafından yapıldığına da ikrara etkili olduğunu düşünmekteyiz.

g) Kolluk Tanığın İfadesini Çoğunlukla Almamaktadır :

Kolluğun şüphelinin ifadesinin ikrara dayalı olması halinde araştırmayı tamamladığı kanaatine varmaktadır. Bu kanaati ilerde tanık olabilecek kişilerin gerek tesbitinin yapılmaması, gerekse ifadesinin alınmaması sonucu doğrulamaktadır. Diğer taraftan tanığın ifadesinin alınmamasına ilişkin norm noksanlığının da etkili olduğunu düşünmekteyiz.

h) Olay Yeri İncelemeleri Seyrek Olarak Yapılmaktadır :

Kolluk olay yeri incelemelerini genelde ağır ve önemli suçlarda yapmaktadır. Türk hukukunda suç araştırmalarının nasıl yapılacağına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla beraber polis ve Jandarmanın adli soruştırma usullerini düzenleyen yönetmelikler mevcuttur. Bu yönetmeliklerde CMUK.muzda düzenlenmemiş olan olay yeri görgü tutanağına ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu düzenlemelerin öngördüğü şekilde olay yeri incelemelerinin yapılması uygulamada maddeten mümkün değildir. Kolluğun özel suretle yetiştirilmiş teknik eleman yetersizliği, özel ve teknik araç donanımından yoksun oluşu, teknik bulgu elde etmesini engellemekte bu faaiyete ağırlık verilmesini etkilemektedir. Savcılığın bizzat araştırma işlemlerinin kapsamını tayin etmemesi, bir başka değişle araştırma işlemlerini fiilen yütürmemesi bu tür incelemelerin yapılmamasında etkilidir.

ı) Kolluk Kanunda Düzenlenmemiş Muayene İşlemlerine Çoğunlukla Başvurmaktadır :

CMUK.nun 66/1 maddesinde ancak hakime tanınmış olan yetkinin kolluk tarafından fiilen kullanıldığı yine aynı maddenin sınırlı sayılı olarak tesbit ettiği muayene türleri ve muayenisi yapılacak kişilere rağmen kolluğun kanunda düzenlenmemiş muayene işlemlerine başvurduğu görölmektedir. Bunun sebebi kolluğun bu muayene sonucunda düzenlenen raporların olaya ilişkin maddi delilleri oluşturacağını kabul etmesidir.

Kolluğun yasal boşluk olan bu alanda iyi niyetle ve olayın aydınlatılmasında yararlı olacağı düşüncesiyle hareket ettiğini düşünmekteyiz.

i) Kolluk Tarafından Delillerin Eksiksiz Toplanması İçin Daha Fazla Araştırma Yapılmamaktadır :

Önsoruşturmanın bizzat kolluk tarafından yapılması realitesi delillerin önemi konusunda da kolluğun inisiyatif kullanması sonucunu doğurmuştur. Uygulamada suç kolluğunun bu konumu soruşturmanın kralı olması sonucunda da doğurmuştur. Savcı; oturan ve kolluğun yaptığı araştırmayı hukuksal bir sonuca bağlayan bir adam olmuştur. Özellikle kanunumuzun kolluğu acele işlerde araştırmalarla yetkili kılması, hafif ve orta ağırlıklı suçlarda araştırma ve soruştırma işlemlerinin kolluk önünde başlayıp bitmesi sonucunu doğurmuştur. Diğer tarftan önsoruşturmada " araştırma görevinin" bir başka değişle yapılacak araştırmaların cinsi ve nasıl yapılacağını yeterince düzenlenmemiş olmasına ilişkin yasal boşluklar bu araştırmaların yapılmamasında etkilidir. Belirtimiz bu nedenlerle kolluk çoğunlukla o an için acele yapılması gereken işlemlere ağırlık vermekte, delillerin önemli bir kısmı toplanmamaktadır. Ayrıca suçun araştırmasıyla görevlendirilen kolluk memurlarının araştırmayı sonuçlandırıcaya kadar görevlilerini sürdürememelerinin işin başka bir ekip yada memurlar tarafından sonuçlandırılmasının bu konuda etkili olduğunu düşünmekteyiz.

j) İlerde Tanık Olarak Dinlenebilecekler Yeterince Tesbit Edilmemektedir :

Tanıklık, yapılması gereken toplumsal bir görevdir. Ancak uygulamada tanıklık kurumunun angarya haline getirilmesi sonucunda kimse tanıklık yapmak istememektedir. Tanık saatlerce duruşma için beklemekte, ödenek yoksunluğu nedeniyle tazminata hükmolünmemekte, olursa bile çoğu zaman ödenmemekte, çağırılan tanık dinlendikten sonra defalarca tekrar çağırılmaktadır. Bu tür uygulamalar "işin yoksa şahit yazılı"

özdeyişinin doğmasına yol açarak, kamuoyunda tanıklık yapılmaması konusunda bir anlayış yerleşmesine neden olmuştur. Diğer taraftan tanıklık yapan kişilerin saldırıya uğraması da tanıklık yapılmasını engelleyen önemli bir nedendir. Belirttiğimiz bu nedenlerle kolluk tanık bulmakta zorluk çekmektedir. Bunun sonucunda kolluk yeterli gayret sarfetmemektedir.

k) Sanığın Ele Geçirilmesi Yada Yakalanması İçin Daha Fazla Araştırma Yapılmamaktadır :

Sanığın yakalanması için kolluğun daha fazla araştırma yapamamasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Araştırmanın yürütüldüğü Ankara ve İstanbul illerimizin şehirleşme sürecinin en hızlı işleği yerler olarak nazara alındığında kolluk hizmetlerinin istenilen düzeyde gerçekleşmesi bu yerlerdeki kolluğun kuruluş, persone, araç bakımından ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde donatılmasıyla olduğu orantılıdır. Bu nedenle şehirleşmeye bağlı olarak suçluluğun şekil değiştirilmesi, artması kolluğun elindeki yetersiz mevcut imkanlarla suçlulukla mücadele etmesi, kolluğun etkinliğini azaltmaktadır. Kolluk nüfus ve yerleşim alanlarındaki şehirleşme hareketlerinin sonuçlandığı gelişime paralel olarak suçlulukla mücadelede daha etkin olacak bir şekilde yeniden teşkilatlanma, mücadelede daha etkin olacak bir şekilde yeniden teşkilatlanma personel ve günün teknik gelişmesine uygun bir biçimde araç ve gereçle donatılmalıdır. Elimizde istatiki bilgiler olmamakla birlikte yetkililerin açıklamalarından bu hususların yetersizliği anlaşılmaktadır. Bu belirttiğimiz nedenler sanıkların yakalanmasında gerekli araştırmaların yapılmasını engelleyici öneme sahiptirler. Bunun dışında önemli gördüğümüz bir başka neden de, kolluğun ön soruşturmada yaptığı araştırmaların sonucu ümit ettiği gibi bulamamasıdır. Kollukta, "Biz yakalıyoruz, Adliye serbest bırakıyor" anlayışı ve inancının yerleşmesi bu tür araştırmalar üzerinde etkilidir. Sanığın yakalanması gayretlerini azaltmaktadır.

l) Hakim Tarafından Yapılan İşlemler Azdır :

Araştırma raporuna göre tutuklama dışında hakim tarafından yapılan soruşturma işlemlerinin bulunmadığı tesbit edilmiştir. Bunun en önemli sebebi 1985 yılında CMUK.muzda yapılan değişiklikle ilk soruşturmanın kaldırılmış olmasıdır. İlk soruşturmanın kaldırılmasına bağlı olarak savcının yetkilerinin genişlemesine ve hakim teminatından uzaklaşılmasına dayalı bir ön soruşturma anlayışı doğmuştur. Bu şekilde yapısal bir değişikliğe uğrayan ön soruşturma anlayışı içinde savcıların yetkilerini iş yükü nedeniyle kolluğa devretme geleneği yerleşmiş, çabukluk uğruna sanığa öngörülen teminattan vazgeçme anlayışı egemen olmuş, sonuçta hakimin yapacağı işlemleri daraltan hatta tamamen hakimi devre dışı bırakan bir soruşturma sistemi doğmuş ve yerleşmiştir.

C- CEZA ADALET SİSTEMİNE GİREN SUÇLAR, SUÇ FAİLİ VE SUÇ MAĞDURUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

a) Ceza Adalet Sistemine Giren Suçlar :

Ceza adalet sistemine giren suçların daha çok 765 sayılı Türk Ceza kanununun dışında özel ceza kanunlarında yer alan suçlar olduğu, bunlardan da kaçakçılık suçları ve 3167 sayılı Çek Kanunu ile ilgili suçların uygulama yoğunluğu gösteren suçlar olduğu tesbit edilmiştir. Türk toplumunun hızlı bir sosyo-ekonomik ve kültürel bir değişim içinde bulunmasına bağlı olarak özellikle ekonomik sistem değişikliği sürecine girmesi nedeniyle bu tür suçların yoğunluk kazandığını düşünmekteyiz. Adalet istatistiklerinin verilerine göre Türk Ceza Adalet Sistemine giren suçlar yoğunluk türlerine göre şu suçlardan

oluşmaktadır. : Müessir Fiil Suçları, Mal Aleyhine İşlenen Suçlar (Özellikle hırsızlık suçları), Trafik Suçları, Kaçakçılık suçları, 3167 sayılı Çek Kanunu ile ilgili suçlardır.

b) Suç Failine İlişkin Sonuçlar :

Suç faillerinin daha çok genç ve yetişkinler olduğu erkek suç failinin baskın olduğu, failerin çoğunun evli olduğu, failerin suçtan önce alkol veya uyuşturucu madde kullanma oranlarının az olduğu ağırsuçları işleyen faillerin tekrar suç işledikleri suçların daha çok iştirak halinde işlendiği tesbit edilmiş, ancak faillerin öğrenim durumları mesleği işsizliği gelir durumu gibi önemli olan bigilerin araştırma ve soruşturmalarda tesbit edilmediği saptanmıştır.

Türk toplumunda genel suçluluk içinde genç ve yetişkinlerin ve özellikle erkek faillerin yer almasının sebebi, sosyal hayatta erkeğin kadına oranla daha etkin rol almasına bağlanabilir. Türk infaz sisteminin özellikle infaz sonrası çağdaş patronaj anlayışına dayalı kurum ve kuruluşlardan yoksun bulunması infaz kurumlarının iyileştirme esaslarına dayalı olarak kurumlaşmalarını vb. sebebiyle tahliye olan mahkumların tekrar suç işlemlerini hazırlayıcı bir sistem görünümünde olduğunu düşünmekteyiz.

Suçların özellikle maddi iştirak halinde işlenmesi suç türlerinin teşkilatlanmaya dayalı bir şekil aldığını göstermeye başlamıştır. Organize suçların toplumda işlenmeye başladığı bilinmektedir. Bu tür suç işleme halinin toplumumuzdaki gelişmelerin bir ürünü olduğunu ve özellikle gurup dayanışmasının suçtan elde edilecek yarara ve amaca oranla paylaşımın egemen olması anlayışının failerde yerleşmiş olduğunu düşünmekteyiz.

c) Suç Mağduruna İlişkin Sonuçlar :

Mağdurların da suç faileri gibi genç ve yetişkin gurubuna dahil olduğu mağdurların çoğunluğunun erkeklerin oluşturduğu mağdur ile fail arasında önceden kurulmuş bir ilişkinin var olduğu tüzel kişilerin gerçek kişilere oranla daha az suç mağduru olduğu ancak artan bir oranda suça hedef oldukları tesbit edilmiştir.

Kadınlara oranla erkeklerin daha fazla suç mağduru olmalarına erkeğin sosyal hayatta kadına oranla etkin olmasına ve hayata karışmasına bağlamaktayız. Tüzel kişilerinde toplumumuzun içinde bulunduğu değişim süreci içinde işiğal alanlarına göre gösterdiği etkinliklere bağlı olarak çeşitli suçlara hedef olmaktadır. Özellikle bu kuruluşların malları aleyhine işlenen suçlar yoğunluk kazanmaktadır. Tüzel kişilerin kendilerini koruyucu özel teşkilatlara sahip olmamaları, merkez ve şubeler orasında sürekli iletişim olmaması vb. sebeplerle suça hedef olduklarını düşünmekteyiz.(Soygun, kundaklama, hırsızlık, dolandırıcılık, suçlarına hedef oldukları gözetildiğinde yeterince koruyucu bir özel teşkilatlanmama durumları olduğunu kabul etmek gerekir).

D) KOLLUĞUN OLAYLARI AYDINLATMA ORANINA İLİŞKİN SONUÇ :

Kolluğun olay aydınlatma oranına yüksek olduğu sadece olayların % 2'sinin aydınlatmadığı tesbit edilmiştir. Araştırma verilerinde her ne kadar kolluğun olayı aydınlatma oranı ile savcılık makamına dava açma oranı arasında bir ilişki kurulmasını sağlayacak veri bulunmasa da savcılık makamının uygulamada daha fazla bir araştırma yapma gayreti içinde bulunmaması ve kolluğun kendisine sunduğu araştırmalarla yetinmesi sebebiyle kolluğun kaptığı araştırmalar savcılık makamının sonuç çıkarmasında doğrudan doğruya etkilidir.

E-ÖNSORUŞTURMADA BAŞVURULAN KORUMA TEDBİRLERİ VE KANÜN YOLLARINA İLİŞKİN SONUÇLAR :

Koruma tedbirlerinin uygulamasında en elverişli olan safha önsoruşurma safhasıdır. Koruma tedbirleri özellikle delillerin ele geçirilmesi ve korunması için ve hükmün infaz edilebilirliğinin sağlanması için başvurulanan tedbirlerdir.

a) Tutuklama Koruma Tedbirine Daha Çok Ağır Ceza Mahkemesinin Görev Alanına Giren Suçlarda Bavurulmaktadır-Tutuklama Sebebi olarak suçun Niteliği Esas Alınmaktadır :

Tutuklama koruma tedbiri uygulamasında tutuklamanın mecburiliğinin ve ceza gayesiyle kullanıldığına ilişkin uygulama örnekleri artık bulunmamaktadır. Ancak tutuklama koruma tedbirine başvurmada orantılık ilkesinin gözönünde bulundurulmadığı görülmektedir. CMUK.muzda yapılan son değişiklikleri sanık hakları açısından önemli bulmakla birlikte orantılık ilkesi bakımından öngöröldüğü düzenlemenin eksik bulunduğunu düşünmekteyiz. Tutuklama koruma tedbiri yerine başvurulacak koruma tedbirleri tayin edilmemiştir. Teminatla salıverme kararlarının yoğunlukla verildiği tesbit edilmiştir.

b) Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Sanıklar Doktor Muayenelerinden Geçirilmemektedir :

Yakalama ve onun devamı niteliğinde olan gözaltına alma tedbirlerinin uygulaması sırasında kolluğun çoğunlukla sanıkların doktor muayenelerini yaptırmadığı tesbit edilmiştir. Bu konuda yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte son yıllarda kolluğun bu muayeneleri yaptırdığı görülmektedir. Gözaltına alınan sanığa uygulanacak rejime ilişkin düzenlemeler bulunmadığı için kolluk amiri ve memurunun insiyatifine bırakılmış bir uygulama egemen olmaktadır. Gözaltına alınan sanığın tabi tutulacağı rejimin esaslarının kanunla açıkca düzenlenmesi gereklidir. Bu boşluk nedeniyle sanıkların kolluğun kendilerine kötü muamelede bulduklarına ilişkin iddiaları yoğun olarak artmaktadır. Münferit bazı olaylar esas alınarak bu iddialar tüm kolluğu hedef olmak suretiyle yaygınlaştırılmaktadır. Bu tutum kolluğu zayıflatarak onun sistem içindeki etkinliğini azaltmaya kararlı ve sistemli bir propogandanın suçlu guruplarınca genel kabul görmesinin bir sonucudur.

c) Kolluğun Kendiliğinden Zapt İşlemi Yapmasında Artış Bulunmaktadır :

Kolluğun hakim kararı veya savcı emri olmaksızın kendiliğinden zapt işlemi yaptığı edilmiştir. CMUK.muzun 90.maddesindeki düzenlemenin istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluğun savcının yardımcısı sıfatıyla zapt işlemi yapabileceğine ilişkin öngördüğü yetkiyi her olayda kendine verilmiş bir yetki olarak kabul etmesine dayalı bir anlayış içinde olması bu işlemlerin artmasını doğurmaktadır. Diğer taraftan elkoyma delil elde etme amacıyla yapıldığından delilin kaybolması tehlikesinin ciddiliği karşısında kolluk kendiliğinden bu işlemi yapmaktadır.

Uygulamada kanunumuzun düzenlemesine rağmen kolluk elkoyma işlemini hakime tasdik ettirmeden suç eşyasını adli emanete teslim etmektedir. Savcılık makamı elkoyma işleminin hukuka uygun olarak gerçekleştirildiğine ilişkin hukuksal bir denetim

yapamamaktadır. Kolluk elkoyma işlemini yaptığı sırada elkoyduğu eşya ile ilgisi olanlara bu işleme karşı başvuracağı kanun yollarını ve haklarını öğretmemektedir.

d) Kolluk Çoğunlukla Hakim veya Savcı Emri Olmaksızın Arama Yapmaktadır :

Kolluk CMUK.nun 97. maddesindeki düzenlemeye göre gecikmede tehlike hallerinde bu yetkisini kullanabileceksede bu düzenlemeyi her hal ve şart altında kendisine yetki verdiği yolundaki değerlendirme yaparak bu işlemleri yapmaktadır. Üst araması daha çok yapılmaktadır. Ancak bayanların üst aramasının yapılmasına ilişkin yasal boşluklar bulunmaktadır.

e) Koruma Tedbirlerine Karşı İtiraz Kanun Yoluna Seyrek Olarak Başvurulmaktadır :

Uygulamada koruma tedbirlerine ilişkin kararlar gerekçesiz olarak verilmekte ve ilgililere hakları öğretilmediğinden kanun yollarına başvurma oranı düşük bulunmaktadır. Bu kararlarında hukuksal denetimden yoksun buldukları görülmektedir. İtiraz mercilerince çoğunlukla itirazlar kabul edilmemekte ve bu mercilerin kararlarına karşı yazılı emir yoluna başvurulmamaktadır.

f) Postada Zapt İşlemine Başvurulmamaktadır :

Suçları ortaya çıkarmak ve şüphe altında bulunan kimsenin yakalanması ortaya çıkarılması şüphe altında bulunan ilgisi olan kişilerin tesbiti ve delillerin meydana çıkarılması amacına ulaşmak için önemli tutucu nitelikte bir koruma tedbiri olan postada zapt işlemine başvurulmamasının nedenini kolluğun isteksizliğine bağlamaktayız. Kanunda kaynaklanan engelleyici düzenlemeler bulunmamaktadır. Suçlulukla mücadelede sanıkların kullandığı metodlara karşı metod geliştirmek ve bunları uygulamak zorunlu olmuştur. Özellikle organize suçların işlenmesinde sanıkları haberleşme alanındaki enson teknolojik gelişmelerden yararlandıkları görülmektedir. Kanunumuzun özellikle haberleşmenin denetlenmesi bakımından hiçbir düzenleme öngörmemesi bu alanda önemli bir eksiklikler. Avrupa ülkelerinde ve ABD'de son yıllarda haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbiri kanunlara girmiştir. Bu alandaki yasal boşluğun bir an önce düzenlenmesi düşüncesindeyiz.

F- SAVCILIK MAKAMI TARAFINDAN BİZZAT ARAŞTIRMA YAPILAMADIĞI GİBİ SEYREK OLARAK KOLLUGU EK ARAŞTIRMA YAPMAKLA GÖREVLENDİRMEKTEDİR :

Savcılık makamının önsoruşturmada kolluğun yaptığı araştırmaları hukuksal sonuca bağlayan bir makama dönüşmesi onun soruşturma ve araştırma işlemlerini fiilen yapmamasından kaynaklanmaktadır. Realitedeki bu durum savcının bizzat araştırma ve araştırmaların kapsamını tayin etmesini engellemektedir. Savcıların önemli suçlarda araştırmaları bizzat yaptıkları da görülmektedir. Özellikle adam öldürme suçlarında araştırmayı fiilen yürüttükleri kapsamını tayin ettikleri kolluktan ek araştırma yapma talebinde bulunmadığı görülmektedir.

G- SAVCILIK YAZILI BELGELERİN GETİRİLMESİNE İLİŞKİN İŞLEMLERİ ÇOĞUNLUKLA YAPMAKTADIR :

Savcılık daha çok kimlik nüfus ve sabıka kaydı, sürücü belgesi vb.belgelerin getirilmesi işlemlerini çoğunlukla yapmaktadır.

H- ÖNSORUŞTURMA VE SONSORUŞTURMADA ADLİYE DIŞI DEVLET MAKAMLARIYLA ADLİ MERCİLER ARASINDA İŞBİRLİĞİ İSETENİLEN DÜZEYDE DEĞİLDİR :

Ceza adaletinin etkinliği için sistem girdisinde ilgili birimler arasında işbirliğinin sürekli sağlanması gereklidir. Özellikle bu birimlerin sisteme katılmalarını sağlamada ve sorumluluğu paylaşmada ve faaliyetlerin değerlendirilmesinde koordinasyonun sağlanması gereklidir. İşbirliği için; sistem gidişindeki tüm kuruluşların aynı amaca yönelmeleri yani suçlunun derhal yakalanması, noksansız bir önsoruşturmanın başarılı bir ithamı ceza yargılamasının süratle sonuçlandırılması, cezanın infazı sırasında mahkumun yeniden topluma kazandırılması amacı müşterek bir amaç olmalı amaçlar arasında bir çatışma olmamalıdır. Bilgi akışının hızlandırılması amacına yönelik bilgilerin ortak kullanılması ve paylaşılması gereklidir. İşlemlerde akılcılık ve hızlılık esas olmalıdır. Kurumların yürüttükleri faaliyetlerin değerlendirilmesinde ortak kriterlerin benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Uygulamak istenilen düzeyde organizasyon ve koordinasyon sağlanmamaktadır.

I) ÖNSORUŞTURMADA SAVCILIK MAKAMINCA GÖREV VE YETKİ BAKIMINDAN YETERLİ İNCELEME YAPILMAMAKTADIR :

Savcılık makamınca önsoruşturmada madde ve yer itibariyle yetki bakımından yeterli inceleme yapılmadığından uygulamada uyumsuzlukların çıkması neden olmaktadır. Yer bakımından yetkili mahkemenin iyi tesbit edilmesi ceza muhakemesinde önemlidir. Yargılamanın suçun işlendiği yer mahkemesinde görülmesinin yararları çoktur. Delillerin toplanması, kolay ve hızlı bir biçimde olabilecektir. Soruşturmanın gerektirdiği işlemler yerinde yapılabilecek (Keşif tanık dinleme vb. işlemler) tir. Yetki uyumsuzluğu meselesinin duruşmadan önce halledilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İ-SONSORUŞTURMAYA İLİŞKİN SONUÇLAR :

a) Önsoruşturmadan Sorsoruşturmaya Geçiş Savcının Kamu Davası Açması ile Olmaktadır :

Türk ceza Muhakemesi hukukunda ilk soruşturmanın kaldırılmasından sonra işin sorsoruşturmaya geçmesi bakımından hakim güvencesi tamamen kalkmıştır. Aleni duruşmaların olumsuz etkilerinden sanığın kurtulması ceza davasının mahkeme önüne gelmesi için yeterli kuvvete şüphenin mevcut bulunmasını kontrol etmesi bakından gerekli olduğu inandığımız sorsoruşturmanın hakim kararıyla açılmasının tekrar hukukumuzda düzenlenmesi gerekir.

b) Mahkemelerde Duruşma Hazırlığı Devresi Duruşmanın Kesintisiz Akışını Sağlamaya Yönelik İşlemler Açısından Verimli Bir Şekilde Değerlendirilmemektedir :

Duruşma hazırlığı devresinin amacı, duruşmanın kesintisiz bir şekilde yapılmasını sağlamaktır. Uygulamada bu devre verimli bir şekilde değerlendirilmediğinden duruşmalar uzamaktadır. Duruşmanın kesintisiz akışını sağlayacak işlemler yapılmamakta, özellikle deliller toplanmamaktadır. Bunun önemli bir sebebi uygulamada yerleşmiş olan "Delil toplama işini duruşmada yaparım" anlayışıdır. İş yükünün yoğunluğu nedeniyle dosyalar incelenemediğinden bu devrede delil toplanmamaktadır. Duruşmanın akışı içinde tarafların istemlerine göre bir duruşmanın gelişmesi doğmakta ve delil toplama işi duruşmalarda yapılmaktadır. Önsoruşturmanın iye yapılmamasına duruşma hazırlığının iyi yapılmaması da eklendiğinde son soruşturma uzamaktadır.

Araştırma verilerine göre davaların uzun sürmediği genel değerlendirmede yaklaşık bir sene içinde bir davanın sonuçlandığı tesbit edilmiştir.

Duruşma hazırlığı devresinde yargılamanın hızlandırılması amacına yönelik olarak düşme sebepleri varsa davanın düşmesine, durma sebepleri varsa durmasına red sebepleri varsa davanın reddine görevsizlik veya yetkisizlik derhal beraat kararı verilecek hallerde beraat kararı verilmesinin kanunumuzda düzenlenmesi gerekir.

Diğer taraftan tanıkların adreslerinin özenli bir şekilde tesbitine düzenlemelerin öngörülmesi gereklidir.

Kanaatimizce önsoruşturması iyi hazırlanmış dosyaları duruşma hazırlığı devresi iyi yapıldığı takdirde duruşmanın bir celsede sonuçlanabileceğine inanıyoruz. Ancak uygulayıcıların ve davanın süjelerinin varolan alışkanlıklarını devam ettirdikleri sürece bunun gerçekleşeceğine inanmıyoruz.

c) Duruşmaların Büyük Çoğunluğu Ara Vermeden Tek Celsede Bitmektedir :

Araştırma verilerine göre mahkeme ayrımı yapılmaksızın yapılan değerlendirmede duruşmaların büyük çoğunluğunun ara vermeden tek celsede bittiği anlaşılmaktadır. Araştırma verilerinde tek celsede biten duruşma sonunda verilen karar türleri hakkında açıklama bulunmamakla birlikte görevsizlik yetkisizlik durma, düşme ve beraat kararı verilebilen dava dosyalarının değerlendirme içinde olmasını bu sonucun doğmasında etkili olduğunu düşünmekteyiz. Uygulamada duruşmanın tek celsede bitirilmesinin imkansız olduğunu düşünmekteyiz. Uygulamada duruşmaya ara verme nedenlerinin türleri gözönüne alındığında özellikle duruşmaya tarafların ve diğer süjelerin gelmemesinin en fazla ara verme nedenini oluşturduğu görülmektedir. Uygulamada aynı Adalet Sarayı içinde bir dosyanın incelemek üzere istenmesine rağmen duruşma gününde hazır edilmediği Adli emanetten incelenmek üzere istenilen suç eşyası getirilmediği sürece duruşmanın ara vermeden tek celsede bitmesi mümkün olmayacaktır.

d) Duruşmaya Ara Verme Nedenlerinin Çoğunluğunu Yazılı Belgelerin Hazır Olmaması ve Tanıkların Gelmemesi Oluşturmaktadır :

CMUK.muzun öngördüğü sistem duruşmanın ara verilmeksizin sürmesi ve bir celsede tamamlanmasıdır. (m.219). Araştırma verilerine göre de uygulamada duruşmaya ara vermeye ilkesinin hiç uygulanmadığı bir kez daha ortaya konulmuştur. Uygulamada duruşmaya ara verme nedenleri yoğunluklarına göre şunlardır : Tarafların(süjelerin) gelmemesi, diğer mahkemelerden istinabe cevaplarının gelmemesi nüfus kaydı sabıka

kaydı ve diğer yazı cevaplarının gelmemesi bilirkişi raporlarının gelmemesi keşif yapılmaması tebliğat yapılmaması diğer davaların sonucunun beklenmesi dosyanın incelenmeye alınması taraf değişikliği sanığın bulunamaması ve diğer nedenlerdir.

Duruşmaya ara verme nedenlerini enaza indirmek için alınması gerekli gördüğümüz tedbirler şunlardır : Önsoruşturmayı en iyi şekilde ve noksansız olarak yapmak duruşma hazırlığı devresini duruşmanın kesintisiz akışını sağlamak amacıyla gerekli işlemlerin yapılması suretiyle verimli bir şekilde değerlendirmek tanıkların ve sanıkların özellikle önsoruşturmada daimi ve geçici adreslerini özenle ve ayrıntılı olarak tesbit etmek kanunda yapılacak bir düzenlemeyle adres değişikliği halinde adres değişikliğini bildirmenin mecburi tutulmasını sağlamak Ağır Ceza Muhakemelerinin bunun içinde sanık ve tanıkların duruşmaya mutlaka gelmelerini sağlamak Mahkemelere yazışmalarını doğrudan kendilerinin yapmasını ve tebliğatlarını da kendilerinin çıkarması imkanını sağlamak tebliğat işlerinin daha fazla hızlı yapılmasını sağlayıcı tedbirleri almak Duruşmaya gelmeyen tanık ve bilirkişiye hakkında kanuni müeyyidelerin uygulanmaması anlayışından vazgeçmek resmi kurumlar dahil olmak üzere yazılı delil belgelerinin gönderilmesine ilişkin yazışmalara cevap verilmemesi halinde kanuni müeyyidelerin uygulanmasını sağlamak Bilirkişilik kurumuyla ilgili kanuni düzenlemeleri yeniden günün koşullarına ve ihtiyaçlarına uygun olarak düzenlenmelidir. Özellikle önsoruşturmada yapılan bilirkişi incelemelerinin sonsoruşturmada tekrarını önleyici tedbir olarak savcının bilirkişi tayini hakimden istemisi kabul edilmelidir.

e) Dosyanın Bilirkişiye Gönderilmesi Davayı Uzatan Sebeplerden Biridir :

CMUK.muzun 66/1 maddesindeki düzenlemesine rağmen uygulamada hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi mümkün olan konularda dahi bilirkişiye başvurulması artan bir anlayışı doğurmuş "Bilirkişi Adaleti" deyiminin yerleşmesini sonuçlamıştır. Uygulamada mahkemeler bilirkişi incelemesine karar verdiklerinde incelemenin konusunu tayin etmede ve sorulacak soruları kesin ve açık olarak tesbit etmede özen göstermektedirler. Bu sebeple muhakeme uzayıp gitmektedir. Diğer taraftan bilirkişinin raporunun mahkemeye ibraz etmesine ilişkin süre bakımından kanunumuzda açıklık bulunmasına rağmen uygulamada aylarca rapor vermeyen bilirkişiler bulunmaktadır. Bilirkişi raporları taraflarca kabul edilmediği sürece mahkemeler tarafından yeni bilirkişiler tayin edilmek suretiyle tekrar rapor alınmaktadır. Uygulamada bu yerleşen durum nedeniyle davalar uzamaktadır. Bu nedenlerle bilirkişi kurumuyla ilgili olarak günün koşulları ve ihtiyaçları dikkate alınarak kanunumuzda yeni düzenlemeler öngörülmelidir.

f) Sonsoruşturmada Yargıtama makamı-İddia Makamı ve Zabıt Katipleri Sıkça Değişmektedir :

Sonsoruşturmada bağlılık ve kesiksizlik ilkeleri duruşmanın birbiri ile bağlantılı bir bütün oluşturmasını, duruşmadan doğrudan doğruya edinilen kanaate göre hüküm verilmesini sağlar. Bağlılık ve kesiksizlik ilkeleri sonsoruşturmadaki işlemlerin yer, şahıs ve zaman bakımından zorunlu bir bağ oluşturmasını gerekli kıldığından kural olarak işlemleri yapanlar ile kararı verecek olan makamların değişmezliği esastır. Uygulamada ve araştırma verilerine göre sonsoruşturmada taraflardan yoğunluk sırasına göre hakim savcı ve zabıt katibi değişmektedir. Bunun öneli bir sebebi iş yükü oranına göre mevcut hakim, savcı ve zabıt katibinin dengeli olarak görevlendirilmemesi ve bu görevlerde açık bulunmasıdır.

g) İtiraz Kanun Yoluna Çoğunlukla Başvurulmamaktadır :

Uygulamada kanun yoluna başvuranın az olduğu görülmektedir. Bunun çeşitli sebepleri bulunmakla beraber en önemlisinin itiraz yoluna başvurulacağı konusunda hak öğretilmesinin yapılmamasıdır. Taraflardan savcılık makamının uygulamada daha çok sanık aleyhine itiraz kanun yoluna başvurduğu sanıkların yeterli hukuk bilgileri olmaması ve müdafî yardımından yararlanmadıkları için itiraz kanun yoluna başvurmadıkları görülmektedir. Diğer taraftan uygulamada itiraz üzerine itiraz edilen kararın itiraz mercii tarafından ortadan kaldırılmasına yönelik karar verilmemesini itiraz kanun yoluna başvurmayı engelleyen bir tutum olarak yerleştirmiştir.

h) Sonuçturmada Mahkumiyet Kararı Verme Oranı Düşüktür :

Araştırma verilerine göre davaların % 58'i mahkumiyetle sonuçlanmaktadır. Bu oran mahkemelerin verimliliği ilkesi açısından olumsuz bir sonuçtur. Mahkumiyet kararının az olmasının nedeni önsoruşturmada davaların olgunlaşmadan açılmasıdır. Yukarıdaki değerlendirmelerimizde belirttiğimiz gibi uygulamada savcılık makamı kolluğun yaptığı araştırmalara dayanarak tüm delilleri toplamadan sistematik olarak kamu davası açmaktadır. Savcılık makamı kendi açtığı davada sanığın beraatini talep etmektedir. Bu nedenle yeterli delil olmamasına karşı açılan kamu davaları mahkemeler için yapay bir iş yükü oluşturmakta ve yargılama süreci uzamaktadır.

ı) Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Uygulaması Artmaktadır :

Araştırma verilerine göre çağdaş ceza siyasetindeki anlayışa zıt olarak hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması yoğun bir şekilde uygulanmakta para cezası ve hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif tedbirler emniyet tedbirleri tecil uygulaması seyrek olarak uygulanmaktadır. Çağdaş ceza siyaseti anlayışı doğrultusunda cezaların şahsiliği ilkesinin gerçekleştirilmesi ihtiyacının toplumumuzda ve özellikle uygulayıcılarımızda hissedilmemiş olmasının bu konuda etkili olduğunu düşünmekteyiz.

i) Temyiz Kanun Yoluna Başvurma Oranı Düşük Olmasına Karşılık Bozma Kararı Oranı Yüksekler :

Araştırma raporu verilerine göre değerlendirilen dosyaların % 15'i hakkında temyiz yoluna gidilmiştir. Savcının diğer süjelere oranla daha az temyiz yoluna başvurduğu tesbit edilmiştir. Temyiz yoluna başvuru dosyaların Yargıtay denetiminde çoğunluğunun bozma kararıyla sonuçlandırıldığı tesbit edilmiştir. Bu sonuçlar ülkemizde mahkeme kararlarının yeterince denetlenmediğini göstermektedir. Kanun yolu muhakemesi taraflar için bir teminattır. Mahkeme kararlarında eşetlik sağlanması hukukun uygulanmasında birlik sağlanmasında önemli bir yeri olan kanun yolu muhakemesinin geliştirilmesi ve zenginleştirilmesi gerekir. Yargıtay hukuk denetimi dışında maddi meseleye ilişkin inceleme yapma konusundaki eğilimi ve tutumu giderek yaygınlaşmaktadır. Diğer taraftan mevcut istatistikî bilgilere göre Yargıtayın iş yükü artmaktadır. Bu sebeplerle istinaf kanun yolunun tekrar sistemimize dahil edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

J- MUHAKEME HUKUKU İŞLEMLERİNİN SÜRESİNE İLİŞKİN SONUÇLAR :

a) Suçun Öğrenilmesi :

Suçların çoğu işlendiği gün öğrenilmektedir. Suçun öğrenilmesi ile ilk işlemin yapıldığı tarih aynı gündür. Bu sonuç; suç haberinin yetkili makamlara derhal bildirmek suretiyle koğuşurmaya biran önce başlatılma isteğinin toplumumuzda yaygınlaştığının olumlu bir işaretidir.

b) Araştırma İşlemlerinin Başlaması ve Tamamlanmasına İlişkin Süre :

Suçun öğrenilmesiyle birlikte araştırma işlemleri başlamakta fezlekenin düzenlenmesiyle sona ermektedir. İlk işlem ile fezlekenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre ençok iki gündür. Bu tesbit edilen sonuç kolluğun suçun öğrenilmesiyle birlikte olayı aydınlatmaya yönelik araştırma işlemlerine suratle başladığını araştırmalarını çok hızlı bir şekilde yürüterek sonuçlandırdığını göstermektedir. Kolluğun araştırmaları ortama değer olarak bir gün gibi kısa bir sürede tamamlamasını araştırmaların ayrıntılı bir şekilde ve noksansız olarak yapılmadığını delillerin toplanmadığının bir göstergesi olarak değerlendirmekteyiz.

c) Koruma Tedbirlerinde Süre :

Araştırma verilerine göre yakalama ve tutulama koruma tedbirlerinde genel olarak normdan sapma tesbit edilememiştir. Yakalananların % 80'i aynı gün hakim önüne çıkarılmıştır. Ancak yakalama tarihinden fezlekenin savcılık kalemine kayıt edildiği tarihe kadar geçen sürelerde normdan sapmaların olduğu tesmit edilmiştir.

d) Fezlekenin Savcılık Kalemine Kayıt Edildiği Tarihten İddianemenin Yazıldığı Tarihe Kadar Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre 443 dosyada 6 gün içinde iddianemenin yazıldığı diğerlerinde bu sürenin 1 ila 21 gün arasında değiştiği tesbit edilmiştir. Bu değerler savcılık makamını kolluğun araştırmalarını hukuksal sonuca bağlayan yerinde oturan adam rolünü üstlendiğini göstermektedir. Nitekim araştırma verilerine göre önsoruşturmanın noksan olarak delillerin tümü toplanmadan sonuçlandırıldığından son soruşturmada savcılık makamının kolluktan ek araştırma yapma talebinde bulunduğu tesbit edilmiştir. Bu sonuç uygulamada önsoruşturmanın kolluk makamı önünde başlayıp sona erdiğini savcılığın araştırma ve soruşturmaları fiilen yönlendiremediğini kolluğun yaptığı araştırmalarla yetinerek sistematik bir biçimde kolluk araştırmalarını iddianamesine dayanarak gösterdiğinin bir göstergesidir.

e) İddianemenin Düzenlendiği Tarihten Mahkeme Kalemine Kayıt Tarihinin Kadar Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre ortalama değer 4 gün olarak tesbit edilmiştir. Sistem girdisinde yardımcı personelin işlem akışını hızlandırmada büyük önemi vardır. Savcılık Kalem personeli ile mahkeme kalem personeli arasında iddianemenin 4 gün gibi bir süre sonunda bekletilmesini eksi bir değer olarak kabul ediyoruz. Bu tutum personelin gerekli özeni göstermediğini ortaya koymaktadır. Yapılacak iş yoğun emek sarfını gerektiren bir iş değildir.

f) İddianamenin Mahkeme Kalemine Kayıt Edildiği Tarihten İlk Celsenin Yapıldığı Tarihi Kadar Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre 857 dosyada en az 10 gün ile 80 gün arasında değişen süreler saptanmış ortalama değer olarak 40 gün tesbit edilmiştir. Duruşma hazırlığı devresinin duruşmanın kesiksiz akışını sağlamaya yönelik işlemlerin tamamlanması açısından değerlendirildiğini kabul etmiyoruz. Sürenin tutuklu işler bakımından sınırlandırılması gerektiğine inanıyoruz. Bu sonuç duruşma hazırlığı devresinde dosyanın inceleme süresinin uzadığını hızlı bir incelemenin yapılmadığını göstermektedir.

g) Duruşmanın İlk Celse Tarihi İle Son Celse Tarihi Arasında Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre bu konuda ortalama değer 120 gün olarak tesbit edilmiştir. Yine araştırma verilerine göre bu süre ağır cezalı suçlarda ortalama değer olarak 110 gün, Asliye Cezalı suçlarda ortalama değer olarak 130 gün, Sulh cezalı suçlarda 100 gün, Çocuk Mahkemelerinde de ortalama değer olarak 100 gün tesbit edilmiştir. Bu değerler Avrupa ülkelerindeki değerlere oranla yargılamanın ülkemizde hızlı yapıldığını göstermektedir. Makul sürenin ihlaline yönelik değerlerin saptanamamış olmasını olumlu bir gelişme olarak değerlendirmekteyiz.

h) Duruşmanın Son Celse Tarihi İle Esas Mahkemesinin Hükmü Verildiği Tarih Arasında Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre 693 dosyadan 659 dosyada duruşmanın yapıldığı son celsede esas mahkemesinin hükmünü aynı gün verdiği belirlenmiştir. Esas mahkemelerinin duruşmanın son acesesinde esas hakkında hükmünü vermelerini olumlu bir gelişme olarak değerlendirmekteyiz.

ı- Hüküm Tarihi İle Temyiz Davasının Açıldığı Tarih Arasında Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre ortalama değer olarak 6 gün tesbit edilmiştir. Bu sonucu davanın taraflarında kanunyoğuna başvurma ihtiyacının artık yerleşmiş olduğu yargıtay denetiminin mutlaka yapılması gerekli olduğuna ilişkin bir inanın ifadesi olarak değerlendiriyoruz.

i) Temyiz Davasının Açıldığı Tarih İle Yargıtayın Verdiği Karar Tarihi Arasında Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre bu konuda ortalama değer olarak 180 gün tesbit edilmiştir. Mahkeme aynımına göre yapılan değerlendirmelerin verilerine göre; Ağır Ceza Mahkemelerinin görevine göre suçlarda 130 gün, Asliyelik suçlarda 290 gün, Sulhük suçlarda 210 gün ve Çocuk Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda ise 60 gün içinde Yargıtay karar verdiği saptanmıştır.

Yargıtayın çalışma hızının değerlendirilmesi bakımından tesbit edilen bu değerleri hukuksal denetim yapmakla görevli Yargıtayın olay mahkemelerine oranla daha yavaş çalıştığının göstergesi olarak kabul etmekteyiz. Araştırma verilerine göre; olay mahkemeleri ortalama değer olarak 120 günde davayı sonuçlandırdıkları halde Yargıtay 180 günde denetim muhakemesini yapmaktadır. Bu sonucu yargıtayın denetimi maddi meseleye yönelik olarak yürüttüğüne ilişkin bir tutum içinde olduğunu ve yargıtayın iş yükünü yoğun olmasına bağlamaktayız.

j) Temyiz Davasının Acıldığı Tarih İle Hükümün Kesinleştiği Tarih Arasında Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre ortalama süre 220 gün olarak tesbit edilmiştir. Hükümün kesinleşmesine kadar geçen süreler makul sürede yargılama normuna ilişkin yapılacak değerlendirmeler bakımından önemlidir. Ülkemizde araştırma verilerinin ortaya koyduğu sonuç Yargıtaydaki iş akışındaki geçikmeye bağlı olarak hükümün kesinleşme sürecinin uzadığını göstermektedir.

k) Suçun İşlendiği Tarih İle Hükümün Kesinleştiği Tarih Arasında Geçen Süre :

Araştırma verilerine göre; ortalama değer olarak Ağır ceza Mahkemeleri 350, Asliye Ceza Mahkemeleri 300 günde Sulh Ceza Mahkemeleri 200 günde ve Çocuk Mahkemelerinde 310 günde kesin hükme ulaştığı tesbit edilmiştir. Bu sonuca yukarıda belirttiğimiz gibi Avrupa Ülkelerine oranla ülkemizde makul süde yargılanma hakkı bakımından normlardan sapma olarak değerlendirmemekte ve olumlu bulmaktayız.

III-SONUÇ VE ÖNERİLER

Araştırma verilerinin genel olarak değerlendirilmesinde şu sonuçlara varmış bulunuyoruz :

1) Ülkemizde hızlı bir toplumsal değişim ve gelişim sürecine bağlı olarak suç hareketleri artmış, nitelik değiştirmiş ve özellikle sosyal, ekonomik ve siyasi suçlar artmış, organize suç tipleri doğmuştur. Çağdaş anlamda organik ve fonksiyonel bir yapıya sahip olmayan Türk Ceza Adalet Sistemi bunları soruşturma ve kovuşturmada hızlı, etkin adil ve makul bir süre içinde sonuçlandırmakta başarısızdır.

2) Ceza Adalet Sistemi içinde yer alan kurum ve kuruluşların ve yardımcı personelin arasında organizasyon ve koordinasyon istenilen düzeyde değildir.

3) Türk Ceza Adalet Sistemi, soruşturma ve kovuşturmalarda koordinasyon sevk ve idare alanlarında çağdaş ilim ve teknolojinin imkanlarından yararlanmamakta ve ihtisaslaşmaya yönelmemektedir.

4) Türk Ceza Adalet Sistemi çağdaş suç ve ceza siyaseti ilkelerini gerçekleştirme amacına ulaşmada muhakeme ekonomisi ilkesini uygulamada yetersiz kalmaktadır.

5) Yukarıda belirttiğimiz sonuçlar ve araştırma verileri Türk Ceza Adalet Sisteminin yapısal bir kriz içerisinde bulunduğunu ortaya koymakta ve bu alanda reform yoluna başvurulmasını zorunlu kılmaktadır. Türk Ceza Adalet Sisteminin işleyişine etkinlik kazandırmak için önerilerimiz şunlardır :

a) Maddi Ceza Hukuku Alanında Önerilerimiz :

1) Türk Ceza Kanunu ve Özel Ceza Kanunları toplumun değişen şartları ve ihtiyaçları doğrultusunda gözden geçirilerek, suçların yeniden gruplandırılması ve basitleştirilmesi sağlanmalıdır.

2) Çağdaş ceza ve suç siyasetinin ilkeleri gözönünde bulundurmak suretiyle yeni bir Genel Ceza Kanunu hazırlanmalıdır.

3) İnfaz Hukuku alanında ise, cezaların şahsileştirilmesi ilkesinin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemelerde hükümlünün yeniden düzenlemeler yapılmadığı. Bu düzenlemelerde hükümlünün yeniden eğitilerek topluma kazandırılması ve iyileştirilmesi esas alınmalı ve çağdaş infaz rejiminin esaslarına uygun bir sistem geliştirilmelidir. Bu amaçla ülkemizde infaz Hakimliği Kurumunun patronaj kurumlarının kurulması sağlanmalıdır.

b) Ceza Muhakemesi Hukuku Alanında Önerilerimiz :

1) Ceza Adalet Sisteminde yer alan Kolluk, Savcılık, Mahkemeler, Yargıtay ve infaz kurumlarının çağdaş anlamda bir organik ve fonksiyonel yapıya kavuşturulması zorunludur. Bu kurumların kuruluşunda yeni suç türlerine ilişkin yürütülecek etkili mücadele yöntemlerine uygunluk ve uzmanlaşma esas alınmalıdır. Bu kurumlara yardımcı kurum ve kuruluşların (Adli Tıp, Sosyal Hizmetler, Kriminal Polis Laboratuvarları vb. kurumları) en azından il merkezlerinde kurulmaları, çağdaş teknolojinin sunduğu tüm imkan araç ve gereçlerle donatılması, uzman personelin artırılması sağlanmalıdır. Sisteme giren iş yüküne bağlı olarak sistemde yer alan kurumların kuruluş, kadro, araç ve gereçleri arasında makul bir oranın gözönünde bulundurulması esas alınmalıdır.

2) Önsoruşturma aşamasında suç kolluğu ve savcılık makamının yapacağı araştırmaların cinsi ve bu araştırmaların nasıl yapılacağına görev ve yetkilerinin kesin olarak belirlenmesine yönelik ayrıntılı bir yönetmelik düzenlemelidir.

3) Önsoruşturma aşaması kolluk araştırması ve savcı araştırması olarak iki aşamalı hale getirilmesi suç kolluğunun araştırma konusunda yetkileri genişletilmelidir.

4) Önsoruşturmanın daha iyi eksiksiz bir şekilde yapılmasının sağlanması yolunda önsoruşturma da savcının etkin bir konuma getirilmesi, yetkilerini artırılması gereklidir. Özellikle kolluk araştırmalarının yürütülmesinde mutlak hakimiyeti sağlanmalıdır, sürekli bir iletişim içinde bulunması sağlanmalıdır.

5) Önsoruşturmada delillerin tümünün toplanması, kuvvetli şüphe sebeplerinin yoğunluk kazanması ve tüm araştırma işlemlerinin yapılması bakımından, önsoruşturmanın suçun ağırlığı oranında belirli bir sürede tamamlanması sağlanmalı, bu amaçla yeterli delil olmaksızın açılan kamu davalarının reddine karar verilecek bir düzenleme öngörülmalıdır.

6) Önsoruşturmada savcılık makamına kamu davasını açmama, şartlı olarak erteleme yetkisi tanınmalı, önödeme suçlarının kapsamı genişletilerek, önödemenin sadece belirli miktar paranın ödenmesinin yanında suç ürünü mal veya menfaatlerin iadesi ve suç mağduruna belirli bir tazminatın ödenmesi vb. önerilerle savcılık makamının yetkilendirilmesi ve uygulama alanının genişletilmesi sağlanmalıdır.

7) Cezaların şahsilgi ilkesinin gerçekleştirilmesi için, Önsoruşturma aşamasında şüphelinin veya sanığın şahsiyet araştırmasının yapılması kabul edilmelidir.

8) Suçların yeniden guruplandırılması ve basitleştirilmesiyle bağlantılı olarak ve istinaf kanun yolu benimsenmek şartıyla idare teşkilatlanmaya paralel olarak yeni bir Mahkemeler Teşkilatı Kanunu kabul edilmelidir.

9) Önsoruşturma aşamasından sonsoruşturmaya geçişte sonsoruşturmanın hakim kararıyla açılması kabul edilmelidir.

10) Duruşma hazırlığı devresinde yargılamanın hızlandırılması amacına yönelik olarak, mahkemece dosya üzerinden davanın düşmesi, reddi, muhakemenin durması, görevsizlik veya yetkisizlik kararları ile duruşmaya gerek görülmeksizin derhal beraat kararı verilmesini gerektiren durumlarda beraat kararı verilebilmesi kabul edilmelidir.

11) Duruşmanın "Suçluluğun tesbit edildiği devre" ve "sanığın kişiliğe uygun müeyyidenin belirlendiği devre" olarak ikiye ayrılması düzenlenmelidir.

12) Bilirkişilik kurumu bakımından Hakimin genel ve hukuki bilgisiyle çözümlenmesi mümkün olan hallerde bilirkişiye başvurma yolu kapatılmalıdır.

13) Bilirkişi incelemelerini sonsoruşturmada tekrarını önleme bakımından önsoruşturma aşamasından savcının hakimden bilirkişi tayinini talep etmesi düzenlenmelidir.

14) Önsoruşturma aşamasında müşteki, mağdur, tanık ve sanıkların daimi ve geçici adresleri özenle tesbit edilmeli ve adres değişikliklerinin bildirilmesini mecbur tutacak bir kanuni düzenlemenin yapılması gereklidir.

15) Mağdura ve sanığa soruşturmanın tüm aşamalarında haklarının öğretilmesi kanunla düzenlenmelidir.

16) Ağır Cezalı suçlarda ilk soruşturma mecburi olmalıdır.>

17) İstinaf ve genişletilmiş temyiz kanun yolu kabul edilmelidir.

18) Önsoruşturmada vücudun muayenesi koruma tedbiri ve haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbiri kanunumuzda açık bir şekilde düzenlenmelidir.

19) Tutuklama koruma tedbirine alternatif yeni tedbirler öngörülmalıdır.

20) Delillerin ortaya konması ve toplanması konusunda basit ve ağır suçların soruşturmasıyla orantılı yeni düzenlemeler öngörülmalıdır.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER VE DEĞERLENDİRİLMELERİ SORUNU

Cumhur Şahin*

I.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 135. maddesi, hazırlık soruşturmasında sanığın sorgulanmasında uyulacak esasları ve sanığın sorgu sırasındaki haklarını ayrıntılı sayılabilecek şekilde belirtmiş, 236. madde ise, duruşmada sanığın sorguya çekilmesinde bu maddeye yollama yapmış bulunmaktadır.

Kanunun öngördüğü usul ve kurallara uyulmaması sorgulamanın hukuka aykırılığı sonucunu doğuracaktır. Ancak 135. madde, böyle bir hukuka aykırılık halinde ne şekilde davranılacağı konusunda bizatihi herhangi bir hüküm öngörmüş değildir. Bu noktada iki hüküm gündeme gelmektedir : Yasak sorgu yöntemlerin düzenleyen ve bu yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirilmeyeceğini öngören madde 135a ve soruşturma-koğuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükmeye esas alınmayacağını belirten 254/2. madde.

Sorun, CMUK m.135'deki hakların, özellikle susma, savunma ve müdafien yararlanma haklarının bildirilmemesi halinde ne yönde davranılması gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay kararlarında bu konuda özellikle iki madde; 135 ve 254/2 birlikte anılmakta, dolaylı olarak ta 307, 308, 309 ve 320/1. maddeler gündeme gelmektedir. Konuyla ilgisi bakımından 135a maddesine temas edilmemekte, Yargıtay bu maddeyi hiç gündeme getirmemektedir¹.

II.

Bu çerçevede önce Yargıtay'ın görüşünü-görüşlerini ortaya koymak gerekir.

İki farklı görüşün ortaya çıktığı görülmektedir.

Birincisi, bazı Ceza Dairelerinin görüşüdür. Bunlardan 4. CD'ne göre, 135. madde de zikredilen haklar sanığa bildirilmeden yapılan sorguda :

Sanık ikrar etmiş ve mahkum edilmişse; sorgu kanuna aykırıdır, elde edilen delil hukuka aykırı bir anlatım delilidir ve hükmeye dayanak yapılamaz. Zira, bu durumda artık hukuka aykırı delil (işlem) ile hüküm arasında nedensellik bağı gerçekleşmiştir. Bu

* Yrd.Doç.Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

¹ Ayrıca, bağımsız olarak 135a maddesi konusunda da pek fazla karar verilmiş değildir. Mevcut kararlarda ise, adeta madde metninin tekrarı ile yetinilmiş olduğundan, bu madde hakkında Yüksek Mahkemenin görüşüne ilişkin bir değerlendirilme yapabilmemiz mümkün bulunmamaktadır. Bu konuda tespit edebildiğimiz kararlar şunlardır : Y.CGK., E.1993/6-192, K.1993/217, T.4.10.1993, YKD Mart 1994, C.20, Sa.3, s.450 vd.; Y.CGK., E.1993/6-236, K.1993/255, T.18.10.1993, YKD Mayıs 1994, C.20, Sa.5, s.804 vd.; AS. Y. Daireler Kurulu Kararı, 10.12.1992, 119/140 (Savaş, Vural/Mollamahutoğlu, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, 1? Cilt, Ankara 1995, s.793 vd.). Bu kararlarında Yargıtay, ayrıca, 254/2. maddeyi 135a maddesi ile sınırlandırmak istemektedir. Doktrinde bazı yazarlar da, birbirinden tamamem bağımsız olan bu iki maddeyi birlikte düşünmekte, sanığın iradesini sakatlayan sorgu yöntemleriyle elde edilen delillerin (m.135a) hükmeye esas alınmayacağı (m.254/2) görüşünü ileri sürmektedirler. Örneğin Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Genel Hükümler, 1. Bası, İstanbul 1996, s.188; Yenisey, Feridun, CMUK Eki, 3842 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Zabıtayı İlgilendiren Maddeler, İstanbul 1993, s.47 vd.; Yurcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1993, s.421; Yurtcan, Erdener, CMUK El Kitabı, İstanbul 1994, s.60.

şekilde elde edilen bir sorgu tutanağının hükme esas alınması demek, sanık yararına getirilmiş bir güvence hükmüne uyulmaması demektir².

Sanık ikrar etmemiş ve buna rağmen mahkum edilmişse; burada, bir ikrar ve kabulü içermeyen savunmaya dayanmaksızın, diğer delillere dayanarak hüküm kurulmuştur. Her ne kadar sorgu hukuka aykırı ise de, bu sorgunun kurulan hüküm açısından nedensel değeri ve gücü yoktur (m.320/1)³.

Aynı şekilde, sanık ikrar etmemiş ve hüküm de beraat ise; olayda ne dayanılacak bir ikrar ne de mahkumiyet kararı sözkonusudur. Başka bir deyişle, hukuka aykırılığın nedensel bir gücü yoktur. Sanık yararına getirilmiş bir hükme dayanılarak, adeta hüküm sanık aleyhine sonuç doğuracak biçimde uygulanmak suretiyle, hiç bir yarar getirmeyecek biçimde bozma yapılamaz (m.309). Aksi halde, ceza yargılamasının bir başka dayanağı olan, kamu yararı ile birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük (oranlılık) ilkesi gözetilmemiş, birey yararı toplum zararına kayırılmış olur. Bunun sonunda yargılama kilitlenebilir ve hukuk barışı tehlikeye düşer⁴.

Kısaca 4. CD., 135. maddenin sanık yararına getirilmiş bir düzenleme (güvence hükmü) olduğunu, bu hükmün ceza muhakemesi sistemi içerisinde tek başına, diğer kural ve ilkelerden soyutlanmış bir biçimde ele alınamayacağını ve ancak hukuka aykırı (haklar bildirilmeden yapılan) sorgu ile mahkumiyet hükmü arasında nedensellik kurulabildiği zaman hükmün bozulacağını belirtmektedir. Böylece, anılan Daire, biraz sonra görüşlerini ele alacağımız CGK'ndan farklı olarak, 135. maddenin kamu düzenine ilişkin, emredici bir usul kuralı olmadığı ve 254/2. maddenin de mutlak ve sınırsız bir biçimde değil, 320/1. madde gözetiminde bulundurulmak suretiyle, sınırlandırılarak ele alınması gerekli bir hüküm olduğu yorumuna ulaşmış bulunmaktadır.

Benzer bir yaklaşım 1.CD.kararlarında da görülmektedir. Sözkonusu Daireye göre; sanığın poliste savcılıkta ve sulh cezadaki sorgusunda hakları hatırlatılıp her üç ifadesinin de avukat hazır olduğu halde alınması, böylece haklarını bildiğinin açık bir biçimde anlaşılması son soruşturma aşamasında da avukat bulunan oturumda ifadesi alınmış olması karşısında bu aşamada CMUK m.135 gereğince haklarının yeniden hatırlatılmamasında yasaya aykırı bir yön görülmemektedir⁵.

Aynı Daireye göre, yasaların konuluş amacına göre yorumlanmaları hukukun genel ilkelerindedir ve 135. maddede, sanığa haklarının defalarca hatırlatılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. CMUK'un 308. maddesinde kanuna "mutlaka muhalefet edilmiş sayılacak" haller tek tek sayılmıştır. 135a maddesinde açıklandığı şekilde mutlak yasak kapsamına da girmeyen usule muhalefet halleri, ancak esasa etkili veya usul hukukunun genel ilkelerine aykırı sonuçlar doğuruyorsa bozma nedeni yapılmalıdır. Bu nedenle, haklarını bildiği ve bu haklarını kullanmak istemediği dosya kapsamından açıkça anlaşılın sanığa herhangi bir aşamada haklarının hatırlatılmaması, bozma nedeni sayılamaz⁶.

² Y.4.CD., E.1995/6017, K.1995/6940, T.30.10.1995, YKD Şubat 1996, C.22, Sa.2, s.295 vd.; Y.4. CD., E.1995/931, K.1995/1639 (yayınlanmamıştır); Y.4.CD., E.1994/7676, K.1994/10383 (yayınlanmamıştır); Y.4.CD., E.1995/3231, K.1995/4282 (yayınlanmamıştır).

³ Y.4.CD., E.1994/7351, K.1994/7693, T.4.10.1994, YKD Eylül 1995, c.21, Sa.9, s.1476 vd.; Y.4.CD., E.1994/7352, K.1994/7694 (yayınlanmamıştır).

⁴ Y.4.CD., E.1994/7351, K.1994/7693, T.4.10.1994, YKD Eylül 1995, C.21, Sa.9, s.1478; Y.4. CD., E.1994/7114, K.1994/7264, T.26.9.1994 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.741).

⁵ Y.1.CD., 27.2.1995, 241/484 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.772); 1. CD., 25.1.1995, 4824/95 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.774 vd.)

⁶ Y. 1.CD., 21.2.1995, 157/438 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.773).

III.

Ceza Genel Kurulunun görüşü : 1. ve 4. Ceza Daireleri dışındaki Daireler de konuya ilişkin kararlar vermiş bulunmaktadır. Fakat sözkonusu kararlarda, ayrıntıya girilmeksizin; "135. madde ile tanınıp savunmaya ilişkin bulunan hakları sanığa hatırlatılmadan ve hatırlatılmış ise bu husus tutanağa geçirilmeden karar verilmesi, savunma hakkının kısıtlanması sayılarak bozmayı gerektirir⁷ biçiminde ifadelerle, aslında CGK'nun görüşü fakat gerekçesiz olarak yer almaktadır. Bu nedenle burada doğrudan doğruya CGK'nun yaklaşımı ele alınacaktır.

CGK'na göre, her şeyden önce, sorgu, sadece sanık lehine konulmuş bir usul kurumu değildir. Maddi gerçeği bulmak için konulmuş, kamusal niteliği de oldukça ağır basan 135. madde, kamu düzenine ilişkin ve emredici bir usul kuralıdır. Bu nedenle, beraat halinde dahi, temyiz aşamasında, öncelikle, emredici usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığı incelenmeli uygulanmışsa dosyanın esasına girilmelidir. Buna karşılık, 135. maddedeki emredici usul kuralına uyulmaması halinde, başka hususlar incelenmeksizin kararın bozulması gerekmektedir. Usulüne uygun ve maddede belirtildiği şekilde yapılacak sorgu sırasında, sanığın hangi haklarını kullanacağı ve hangi delilleri sunacağı, savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceğinden, esasa girilmeksizin, hükmün öncelikle ve sair yönleri incelenmeksizin usuli bir nedenle bozulmasına karar verilmelidir. Belki de sanık, 135. maddenin getirdiği güvencelerden yoksun olduğu için, ikrarda bulunacakken, bulunmamaktadır.

Emredici usul kuralları bir tarafa bırakılarak, önce işin esasının incelenmesi, kararda sanığın ikrarı dışındaki delillere dayanıldığıнын belirlenmesi halinde onama kararı verilmesi, mahkumiyet kararının sanığın ikrarına dayalı olması halinde ise bu usul eksikliği nedeniyle kararın bozulması, ikili uygulamaya ve yanlış anlamalara neden olur. Bu aşamadan sonra 135. madde hükmünün uygulanmasının mantıki ve hukuki bir anlamı da kalmayacaktır. Zira, Yargıtay'ın görüşü belli olmuş olacaktır. Ayrıca, bu durum, oy'un açıklanması niteliğinde olduğu gibi, böyle bir bozma sadece kanun hükmünün şeklen yerine getirilmesine yönelik, hiç bir yararı bulunmayan, anlamsız bir bozma olacak ve savunma hakkı ile bağlantılı olan maddenin amacı ile de bağdaşmayacaktır⁸.

Yerel mahkemenin kararı beraat olsa dahi, bu karar, sanığa hakları hatırlatılmaksızın verilmişse, yine, diğer yönleri incelenmeksizin, öncelikle bu usuli sebepten dolayı bozulmalıdır⁹.

Hakları hatırlatılmayan sanık bu aşamada ikrar etmemiş ise, bunun, 135.maddenin getirdiği güvencelerden yoksun olmasından kaynaklanması da mümkündür¹⁰.

Sanığa hakları, adli tatilde yapılan duruşmada hatırlatılmışsa ve dava adli tatilde görülmesi gereken acele işlerden değilse, 135. madde hükmüne aykırı davranışın sonuç üzerinde etkili olup olmadığı aranmaksızın, bu hükmün uygulanması zorunludur. Aksine düşünce, bu maddenin yasaya konuluşu ile güdülen amacına aykırı düşer, keyfi davranışlara yolaçar ve maddenin işlemez hale gelmesi sonucunu doğurur¹¹.

⁷ Bkz. Y.2.CD., E.1993/9926, K.1993/10797, T.12.10.1993, YKD Aralık 1993, C.19, Sa.12, s.1876 vd.; Y.2.CD., 21.9.1993, 8637/9721 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.778); Y.3.CD., E.1995/12024, K.1995/13491, T.29.11.1995, YKD Şubat 1996, C.22, Sa.2, s.293 vd.; Y.5. CD., E.1994/1706, K.1994/2153, T.23.6.1994, YKD Aralık 1995, C.21, Sa.12, s.1905 vd.; Y.9.CD., E.1994/3142, K.1994/3975, T.1.7.1994, YKD Ocak 1995, C.21, Sa.1, s.138 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.779); Y.10. CD., Sa.7, s.1194 vd. ; Y.CD., 1.12.1993, 11667/13375 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.778); Y.10. CD., 15.7.1993, 6634/8458 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.778).

⁸ Y.CGK., E.1994/6-322, K.1994/343, T.19.12.1994, YKD Temmuz 1995, C.21, Sa.6,s.1119 vd.;Y.CGK.,e.1995/6-238,K.1995/305,T.24.10.1995, YKD Aralık 1995, C.21,Sa.12,s.1884 vd.; Y.CGK.,E.1995/7-165,K.1995/302,T.24.10.1995, YKD Ocak 1996, c.22,Sa.1,s.103 vd.

⁹ Y.CGK.,E.1995/6-238,K.1995/305,T.24.10.1995,YKD Aralık 1995, c.21,Sa.12,s.1888

¹⁰ Y.CGK.,E.1994/6-322,K.1994/343,T.19.12.1994,YKD Temmuz 1995,C.21,Sa.6,s.1123

¹¹ Y.CGK.,13.3.1995,6-31/57(Savaş/Mollamahmutoğlu, s.749vd)

Böylece Yargıtay'ın aradığı, 135. maddedeki hakların bildirilmesi veya öğretilmesi değil, hatırlatılmasıdır. Bu nedenle Yargıtay'a göre, sanık poliste, savcılıkta ve sulh ceza mahkemesinde sorgulanmış olsa ve duruşmada da ve müdafii hazır bulunsa bile, haklarının yeniden hatırlatılması gerekmektedir.

Ayrıca, 135. maddede yer alan güvencelerin sanığa hatırlatılmaması halinde, sanığın ikrarının ve bu beyanı ile elde edilecek diğer delillerin de hukuka aykırı sayılacağını belirtmekle, CGK, hukuka aykırı delilleri dolaylı (uzak) etkisini kabul etmiş bulunmaktadır.

Maddede kabul edilen hakların sanığa hatırlatılmaması mutlak bozma nedenlerindedir. Yargıtay'a göre bu durum savunma hakkının kısıtlanmasıdır (m.308/8)¹².

Hatta bir kararında CGK, 236. maddenin 135. maddeye atfı¹³ dolayısıyla, bu hükme uyulmadığı, yani 135. maddeye göre sanık sorguya çekilmediği takdirde duruşmanın açılmış sayılmayacağını belirtmektedir. Duruşmanın açılmaması halinde ise delil toplanamaz, mevcut deliller değerlendirilemez ve hüküm kurulamaz. Öte yandan, fiilin suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin tayin ve takdiri gereken durumlarda sanığın sorgusu yapıp savunması saptanmadan beraat kararı verilemez¹⁴.

IV.

Sorun kısmen, 135. maddenin niteliği ile ilgilidir. CGK, anılan maddenin kamu düzenine ilişkin ve emredici bir hüküm olduğu noktasından hareket etmektedir. Bunun sonucu olarak ta, beraat halinde veya sanığın ikrarının bulunmaması halinde dahi, sanığın aleyhine olarak, sırf bu hükme aykırılıktan dolayı kararın bozulması gerektiği sonucuna varmaktadır. Böylece, bir yandan, sanık lehine bir hüküm olan 309. madde, 135. maddenin ihlali halinde uygulanamaz hale getirilmekte, diğer yandan da, sanık yararına¹⁵ bir hüküm olan 135. (ve 236) madde sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumlanmaktadır.

Kaynak kanunun bizdeki 135. maddeye karşılık gelen 136. maddesinin niteliği Almanya'da da tartışmalı olmakla birlikte, başta Alman Yüksek Mahkemesi ve birçok yazar, anılan hükmün kamu düzenine ilişkin bulunmadığını, düzenleyici bir hüküm olduğunu ve bu tür hükümlere aykırı olarak yapılan işlemlerin mutlaka geçersiz ve

¹² Y.CGK.,6.6.1994,6-148/167(Savaş/Mollamahmutoğlu, s.756vd.); Y.CGK.,11.4.1994,6-69/93 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.761 vd.)

¹³ Her ne kadar 236. madde, sanığın duruşmadaki sorgusunun 135. maddeye göre yapılması gerektiğini belirtmekte ise de, bu 135. maddede yer alan bütün hususların aynen son soruşturmada de yerine getirileceği anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, duruşma sırasındaki sorgu için ayrıca bir sorgu tutanağı düzenlemek gerekmediği gibi, 264 vd. maddelerde düzenlenen duruşma tutanağında, 135. maddedeki bütün ayrıntıların yer alması da gerekmez (aynı yönde, Yurtcan, CMUK El Kitabı, s.14). Nitekim bu husus bir Yargıtay kararından da şu şekilde ifade edilmiştir: "CYUY'nun 135. maddesinin 7/d-e bentlerinde yazılı, tutanak içeriğinin sorguya çekilen ile hazır olan müdafii tarafından okunup, imzalarının alınması, imzadan kaçınma halinde bunun nedenlerini tutunakta yeralmasının gerekip gerekmediği hususu da tartışılmış ve son soruşturma sırasında düzenlenen ve sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belge niteliğinde bulunan duruşma tutanağının CYUY'nun 264. maddesi uyarınca toplu mahkemelerde başkan ve zabıt katibi, tek hakimli mahkemelerde ise hakim ve zabıt katibi tarafından imzalanacağını hüküm altına alınması karşısında, sorgusu yapılan sanık ve müdafinin ayrıca imzalarının alınmasına gerek bulunmadığı benimsenmiştir... Sulh hakimi tarafından sanığın sorguya çekilmesi nedeniyle düzenlenen tutanaklarda da bu ilke geçerlidir ve sanık ile müdafinin imzalarının ayrıca alınmasına gerek bulunmamaktadır (Y.CGK.,11.4.1994, 6-69/93,Savaş/Mollamahmutoğlu, s.762vd.).

¹⁴ Y.CGK.,E.1994/6-322,K.1994/343, T.19.12.1994,YKD Temmuz 1995,C.21, Sa.6,s.1119vd.

¹⁵ Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Bası, İstanbul 1989, s.1064, dn.150

değerlendirilemez sayılamayacağını, ayrıca temyize konuolamayacağını ifade etmektedirler¹⁶. Diğer bir görüş ise, maddenin amaca uygun olarak yorumlanmasından ve hakların öğretilmesinin öneminden hareketle, en azından susma hakkı bakımından mutlak bir değerlendirme yasağından yanadır¹⁷. Bu son görüşün etkisiyle Alman Yargıtayı, bazı kararlarında, polis tarafından ilk defa sorgulanması sırasında sanığın hakları konusunda aydınlatılmamasını önemli bir temel hak ihlali sayıp, böyle bir ifadenin hüküm verilirken kullanılmayacağını kabul ettiği gibi¹⁸, “duruşmadaki” sorguda bu kurala uyulmaması halinde de, prensip olarak, temyiz sebebi sayılabilecek bir yargılıma hatası olduğunu, ancak bu hukuka aykırılığın sadece bir nisbi temyiz sebebi sayılabileceğini ve sanığa haklarının anlatılmaması ile hüküm arasında bir nedensellik bağlantısı kurulamaması halinde bozmayı gerektiren bir kanuna aykırılıktan sözedilemeyeceğini belirtmektedir¹⁹.

Aynı görüş Alman doktrini tarafından da ifade edilmekte ve hakların bildirilmemesi şeklinde ortaya çıkan aykırılığın nisbi temyiz sebebi olabilmesi için hükmün bu aykırılıktan etkilenmesi şartını aramaktadır²⁰. Bu nedenle, ihlal edilen normun amacından hareketle²¹ sorun çözümlenmekte ve sanığın ifadesi hükümde hiç değerlendirilmemişse, hakları bildirilmediğinde de sanığın haklarından haberdar olduğu tespit edilebiliyorsa, ikrar etmemişse yada sorgulanması sırasında müdafii yanında ise, hükmün bu hukuka aykırılığa dayanmadığı, dolayısıyla temyiz sebebi sayılamayacağı belirtilmektedir²².

V.

Kanımızca, 135. maddenin niteliğinin tartışılması sorunun çözümüne doğrudan bir katkı sağlamamaktadır. Asıl olan ve ele alınması gereken, sözkonusu maddenin muhakeme hukuku açısından macı ve önemidir²³. Amaç sanığın haklarını öğrenebilmesi, bunlardan haberdar edilmiş olmasıdır. Böylece sanık savunma yapma imkanına, başka bir deyişle, (tamamen veya kısmen) ifade vermek ve (tamamen veya kısmen) susmak

¹⁶ Bkz.BGHST Bd.22, s.173 vd.; Bd.31, s.395; BGH26.6.1979 5 StR 221/79 (Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 2. Auflage, München 1987, § 136, Rn.27); Rejewski, Erwin, Unterbliebener Hinweis auf die "Aussagefreiheit" das Beschuldigten als Revisionsgrund, NJW 1967, s.2000; Schorn, Hubert, Belehrungen und belehrende Hinweise im Strafprozess, JR 1967, s.205; Kramer, Bernhard, Grundbegriffe des Strafverfahrens, Ermittlung und Verfahren, Stuttgart us. 1984, Rn.31; Bialek, Hans-Dieter, Die Aussagefreiheit der Tatverdächtigen bei der Polizei, Die Polizei 1983, s.343 vd. Geniş bilgi için ayrıca bkz. Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s.223 vd. ve dn.291

¹⁷ Bkz. Kunert, Karl Heinz, Wie weit schützt die Strafprozessordnung die Grundrechte des Beschuldigten?, MDR1967, s.542; Maase, Ulrich, Die Verletzung der Belehrungspflicht nach §§ 163a Abs.4, 136 Abs.1 StPO gelegentlich der Blutentnahme und deren rechtliche Folgen, DAR 1966, s.45; Kroth, Wolfgang, Die Belehrung des Beschuldigten über sein Recht, die Aussage zu verweigern, München 1976, s.342 vd.; Dingeldey, Thomas, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozess, JA 1984, s.414; Sieg, Hans-O., Verwertungsverbot für Aussagen eines Beschuldigten im Ermittlungsverfahren ohne Belehrung nach § 136 I 2 StPO, MDR 1984, s.725

¹⁸ BGH Beschluss v. 27.2.1992-5 StR190/91; JZ 1992, s.918 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s.740)

¹⁹ BGHSt 25, b.325 (Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 22. Auflage, München 1991, § 24 D III 2e)

²⁰ Baumann, Raimund/Brenner, Harald, Die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote, Stuttgart ua. 1991, s.73; Kleinknecht/Meyer, Strafprozessordnung, Kurzkommentar, 40. Auflage, München 1991, § 136, Rn.20,21; Karlsruher Kommentar, §136, Rn.28,29; Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 24. Auflage, §136, Rn.55; Gössel Karl Heinz, Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre, NJW 1981, s.2220; Rogall, Klaus, Geganwaertiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafrechtlichen Beweisverboten, ZStW91(1979), s.36; Schünemann, Bernd, Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n.F. StPO und der BGH, MDR 1969, zb101

²¹ Baumann/Brenner, s.72

²² BGHSt 25, 332; Kleinknecht/Meyer, § 136, Rn.21; Karlsruher Kommentar, § 136, Rn.30; Roxin, § 24 III D 2 e

²³ Aynı yönde Baumann/Brenner, s.72

arasında, serbestçe seçim yapabilme imkanına kavuşmuş olacaktır²⁴. Eğer sanık, hukuk düzenince bazı haklarla donatılmış ve bu suretle muhakemeye aktif olarak katılması mümkün kılınmış bir suje ise, haklarının ne olduğunun kendisine mutlaka bildirilmesi gerekmektedir. Varlığından haberdar olunmayan hak hiç bir değer ifade etmez ve haklarını bilmeyen sanığın muhakemeye aktif olarak katılabilmesi de mümkün olmaz²⁵. Bu nedenle sanığa, kendisi ile “ilk” temasa geçen yetkili tarafından (kolluk, savcı, sulh ceza hakimi) bazı haklarının bulunduğu “bildirilmemesi suretiyle konuşmasının” sağlanması ve kendisini zor duruma sokmasına sebep olunması, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesine aykırıdır. CMUK’a göre ise, sanığın hakları “ilk” olarak sorgunun başlangıcında öğretilmelidir (m.135) . Örneğin sanığa susma, savunma veya bir müdafiden faydalanma hakkının “bildirilmemesi neticesinde” sanığın olayla ilgili “beyanda bulunması” ve ilerde tamiri mümkün olmayan hukuki hatalar yapması ve belki de bu hatalar yüzünden “mahkum olması” hukuk devleti anlayışı ile de bağdaşmaz²⁶. Sanığa, özellikle hazırlık soruşturması safhasında, yetkililer tarafından, bazı haklarının bulunduğu bildirilmemesi “suretiyle” konuşması temin edilmiş ve bu yolla bir ikrar elde edilmişse, sözkonusu ikrarın muhakamede kullanılması mümkün değildir. Çünkü insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesine doğrudan doğruya yönelen ihlaller daima bir delil yasağına vücut verirler²⁷.

Buna karşılık, son soruşturmaya gelinceye kadar defalarca sorgulanan sanık, haklarından haberdar olduğuna veya en azından böyle olduğu varsayılabilmesine göre, duruşmada hakların bildirilmemesi, kural olarak, insan haysiyeti ihlaline yolaçmaz. Başka bir deyişle, hakların bildirilmemesi mutlak bir delil yasağı sayılmaz ve bu anlamda 135. madde hükmü, sanığın haklarını öğrenebilmesinin bir vasıtasıdır. Bu nedenle, haklarını bilen-öğrenmiş olan sanık sözkonusu olduğu sürece, sırf bir şekli hukuka aykırılıktan dolayı hükmen bozulmaması gerekir²⁸.

Bu noktada, 135 a maddesinden yararlanmak mümkün olabilir. Gerçekten, insan haysiyeti “hür irade” sayıldığına, irade hürriyeti 135 a maddesinde asıl olarak düzenlendiğine ve “haklarını bilmeyen” sanığa bunların öğretilmemesi de insan haysiyetinin dokunulmazlığına aykırılık oluşturduğuna göre, sanığa haklarının bildirilmemesi m. 254 / 2’ye değil, belki 135 a maddesine aykırılık teşkil edebilir.

135 a maddesi, sanığın beyanının onun hür iradesine dayanması gerektiğini genel olarak öngördükten sonra, hür iradeyi “engelleme nitelikte” aldatmayı yasaklamaktadır. Aldatma olaya ilişkin olabileceği gibi hukuki konulara ilişkin de olabilir. Bu nedenle, örneğin sanığın konuşmak ve doğrusöylemek zorunda olduğu, susmasının suçluluğu gösterebileceği yönünde icrai-ihmalî bir davranış sergilemesi ve sanığın bundan etkilenerek konuşması bir aldatmadır²⁹. Aynı şekilde, haklarının sanığa bildirilmemesi olması da aldatma kavramı ile ilişkilidir³⁰.

Yukarıda yapılan açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde, sanığa haklarının bildirilmemesinin m. 135 a çerçevesinde bir aldatmaya yol açıp açmadığı araştırılabilecektir. Böylece, örneğin, daha önce kolluk, savcı, sulh ceza hakimi

²⁴ Altman Yargıtayına göre, böyle bir seçme imkanı, hiç kimsenin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağını öngören ve bir hukuk devleti ilkesi olan dürüst yargılama prensibinden kaynaklanmaktadır (BGSt 25; s.325)

²⁵ Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.70

²⁶ Öztürk, Koşuşturma Mecburiyeti, s.69

²⁷ Öztürk, Koşuşturma Mecburiyeti, s.70

²⁸ “Sorgu, sanığın beyanda bulunmayabileceğinden de anlaşıldığı üzere, sanık beyanı elde etmek için kabul edilmiş olmayıp, sadece bir müdafaa vasıtasıdır, yani sadece sanık lehine konulmuştur. Bu nedenle sanık sorguya çekilmedi diye son karar aleyhinde bozulmamalıdır” (Kunter, s.1064, dn.150)

²⁹ Wessel, Johannes, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, Jus 1966, s.171; Kleinknecht/Meyer, § 136 a, Rn.14

³⁰ Kleinknecht/Meyer, § 136 a, Rn.16; Kühne, Hans-Heiner, Strafprozesslehre, 4.Auflage, Heidelberg 1993, s.329

tarafından sorgulandığında hakları bildirilmiş olan sanığın duruşmadaki ifadesi, sırf burada hakları tekrar hatırlatılmadığı için geçersiz sayılmayacaktır, çünkü bu durumda sanığın, irade hürriyeti engellenecek nitelikte aldatıldığı söylenemeyecektir³¹

Her türlü aldatma girişimi değil, sadece, sanığın ifade verip vermeme, verecekse bunun şekli, kısaca ifade (irade) hürriyetini, ifadesini kendi istediği şekilde ortaya koyma imkanını etkileyecek yoğunlukta aldatma hukuka aykırı olacak, bu yoğunlukta olmayan aldatma, örneğin haklarını önceden bilen sanığa duruşmada bunların tekrar hatırlatılmaması meşru (geçerli) bir sorgu yöntemi olarak nitelenecektir³². Bu konuda sorgulananın kasıtlı olarak aldatılması ya da dikkatsizlik sonucu haklarının hatırlatılmasının unutulmuş olması arasında da bir ayırım yapılamaz³³. Burada önemli ve belirleyici olan, sorgulayanın nasıl ve hangi düşünceyle hareket ettiği değil, sorgulananın iradesinin, ortaya çıkan bu durum sonucunda etkilenip etkilenmediğidir. Sorgulayanın, sanığı, ifadesinin değerini idrak edemeyecek duruma getirmeye, ifadesinin arkasında tamamiyle sanığın kişiliğinin bulunmasını engellemeye uygun her davranışı yasak sorgu yöntemi anlamında bir aldatmaya vücut verecektir. Sanığın irade hürriyetinin (sorguda) korunabilmesi için, aldatmanın geniş anlaşılması, sanığın iradi davranma ve iradi karar vermesini tehlikeye sokabilecek her türlü davranışın aldatma olarak kabul edilmesi zorunludur. Kısaca aldatma; sorgulayanın, gerçeği tahrif ederek veya gizleyerek ya da gerçek olmayan hususları gerçekmiş gibi takdim ederek sanığı hataya sevkeden, sanığın bulunduğu beyanın gerçek sonuçlarını kavrayamayacak bir durumu ortaya çıkararak, onun konuşma konusundaki kararının arkasında kendi iradi davranma hürriyetinin bulunmaması sonucunu doğuran kasıtlı veya kasıtlı olmayan her türlü (icrai-ihmalî) davranıştır³⁴.

Konuyla ilgili üç temel hükümden 254/2 değerlendirme yasağı, 135 a ise hem delil elde etme hem de değerlendirmeye yasağı öngörmesine rağmen, 135. madde herhangi bir müeyyide getirmemektedir. 135. madde de öngörülen hakların bildirilmemesi halinde bunun müeyyidesi olarak 254/2. madde genel olarak düşünülmektedir. Oysa madde 135 a bu bakımdan daha uygulanabilir durumdadır ve kanunumuzun sistemi de buna uygundur. Zira kanundan, aydınlatma yükümlülüğü sorgu ile başlatılmaktadır ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi bağımsız bir delil yasağı kabul edilmemekte, sorgu sırasında sözkonusu olan delil yasakları arasına sokulmuş bulunmaktadır³⁵.

Sanığa haklarının bildirilmemesi aldatma (m. 135 a) çerçevesinde değerlendirildiği takdirde, hakların bildirilmemesi veya hatırlatılmaması her durumda mutlak bir delil yasağı ve mutlak temyiz sebebi değil, ancak haklarını bilmeyen ve bu yüzden kendisini konuşmak zorunda hisseden konuşan, müdafî yardımından bu yüzden yararlanamayan sanık açısından değerlendirme yasağı sözkonusu olacak ve bu yasağa uyulmaması hükmün bozulması sonucunu doğuracaktır. Zira ancak o zaman, sanığın hür iradesini “engelleyici nitelikte” bir aldatma, başka bir deyişle, hakların bildirilmemesi ile hükmün o şekilde kurulması arasında bir nedensellik mevcut olabilecektir (320/1). Artık bu durumda hukuka aykırı delili doğrudan veya dolaylı olması arasında da bir fark olmayacaktır. Haklarını bilen sanık için ise değerlendirme yasağını ve dolayısı ile bozmayı gerektirecek bir hukuka aykırılık olmayacak, aynı şekilde, savunmasını susmak

³¹ Aynı yönde BGHSt 22, s.170; Kramer, Rn.31

³² Karlsruher Kommentar, § 136 a, Rn.19; Roxin, § 25 IV 2 e; Puppe, Ingeborg, List im Verhör des Beschuldigten, GA1978, s.296 vd.; Kramer, Rn.32

³³ Gbi. bkz. Şahin, s.207. Buna karşılık Alman Yüksek Mahkemesi bu konuda ayırım yapmakta ve 135. maddenin (StPO 136) sadece yanlışlıkla hakların bildirilmesinin ihmalini nazara aldığı, oysa yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen m. 135 a'nın (StPO 136 a) icrai davranış sonucu ortaya çıkan çok daha ağır ihlallere ilişkin olduğunu, bu nedenle, ancak kasten hakların öğretilmemesi halinde aynı zamanda yasak sorgu yöntemi anlamında bir aldatmanın da bulunabileceğini ve değerlendirme yasağı sonucu doğuracağını belirtmektedir (BGHSt 22, s.170)

³⁴ Aldatma hakkında gbi. bkz. Şahin, s.200 vd.

³⁵ Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3.Bası, Ankara 1994, s.386 vd.

suretiyle yapan veya beraat eden sanık için de, hükmün bozulması sonucunu doğurmayacaktır (m.309)³⁶. Avrupa İnsan Hakları Divanı da, her ne kadar sanığa hakları bildirilmemişse de, sanık bizzat haklardan yararlanmışsa (susmuş, avukatı yanında vs.) haklarını kullanması engellenmediği sürece, dürüst yargılamayı ihlal eden bir durum olmadığı sonucuna varmıştır³⁷.

Böylece m.254/2 ancak sorgu dışındaki haller için uygulanabilecek, sorgu sözkonusu olduğunda ise, ayrıca müeyyide öngörmüş olan ve bu bakımdan özel hüküm sayılabilecek olan 135a maddesi gündeme gelecektir.

254/2. maddenin çok genel ve mutlak olan düzenleniş biçimi karşısında³⁸, ceza muhakemesinin kısmen de olsa yapılabilir kılınması, sırf şekli ve sonuca hiç bir etkisi olmayacak aykırılıklardan dolayı kararların bozularak yargılamaların uzamasının önüne geçilebilmesi için, en azından sorgu kurumunu ve bununla ilgili ihlalleri bu maddenin dışında düşünmek ve böylece 254/2. maddenin alanını kısmen daraltmak gerekmektedir.

254/2. maddedeki "hükme esas alınamaz" ibaresinin aslında maddenin uygulama alanının daralttığı söylenebilirse de, bu, sadece, esas hakkında konuşmayan ve sonuçta da beraat eden sanık açısından doğru olabilir. Çünkü susma halinde hükme esas alınacak bir ifade mevcut değildir, dolayısıyla hüküm bozulmayabilir. Buna karşılık, hakları "duruşmada" hatırlanmamış olan sanığın mahkum olması halinde yukarıdaki ibare bir çözüm getirmemektedir. Bu durumda sanığın duruşmada konuşmuş veya susmuş olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Konuşmuş ise; susma hakkı hatırlatılsaydı belki konuşmayacaktı ve belki mahkum olmayacaktı, bu nedenle, sanık aydınlatılmadığı için hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan beyanı hükme esas alınmıştır denebilir. Aynı şekilde, sanık bir müdafiden yararlanacak ve beraat edecek veya o şekilde mahkum olmayacaktı, dolayısıyla, mevcut mahkumiyet hükmü ile sanığın hakları konusunda aydınlatılmaması arasında nedensellik bulunduğu ileri sürülebilir. Bundan daha ötesinin, nedensellik bulunduğu ileri sürülebilir. Bundan daha ötesinin, yani gerçekten sanığın haklarını daha önceden bilip bilmediğinin somut olayda araştırılmasına ise 254/2. maddenin gayet açık olan lafzı elvermemektedir. Buradar belki, savunma hakkının "hüküm için mühim olan noktalarda" kısıtlanmasından sözeden 308/8. madde yardımcı olabilir, fakat CGK böyle bir yaklaşımı benimsememekte ve bizatihi hakların hatırlanmamış olmasının, hüküm için önemli noktalarda savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğunu kabul etmektedir. Oysa mahkum olan sanık bakımından m.135a uygulandığında, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin sanığın iradesi üzerindeki etkisi her somut olayda ayrı ayrı araştırılacak ve eğer sanığın haklarını bildiği veya önceden bu konuda aydınlatıldığı belirlenecek olur ya da müdafii duruşmada yanında bulunursa, aslında hukuka aykırı olan aydınlatmanın hükme etki etmediği sonucuna varılacak ve hüküm, sırf bu sebepten bozulmayacaktır.

Genel olarak, yani sorgu dışındaki hukuka aykırılıklarda 254/2. maddenin uygulanması sorununa gelince : Benzeri hükümler konusunda gerek anglo-amerikan gerekse kıta avrupalı usul hukuklarında son yıllarda geriye dönüş gözlenmektedir. Özellikle organize suçluluk alanında, devletin suçlulukla mücadele yetkileri artırılmaya çalışılmakta ve daha otoriter bir anlayış ortaya çıkmaktadır. Sözkonusu ülkelerin bu alandaki tecrübelerinden de yararlanmak suretiyle, yapılabilecek olan, bu maddeyi, temel (anayasal) hakların ihlali halinde uygulanacak biçimde değiştirmektir. Olması gereken açısından eleştirilebilirse de, CGK'nun 254/2. maddenin mevcut haline ilişkin yorumu

³⁶ Hatta aynı sonuca, haklarının bildirilmemesinin m.308/8 anlamında mutlak temyiz sebebi sayılması halinde dahi ulaşmak mümkün olabilir. Çünkü 308/8 . madde, "hüküm için mühim olan noktalarda" savunma hakkının kısıtlanmış olmasını aramaktadır ve daha önce haklarını öğrenmiş olan sanığa yeniden haklarını hatırlanmış olmaması hükmü etkilecek bir hukuka aykırılık sayılmamalıdır. Aynı yönde, İçel, Kayıhan, 28.4.1995 günü Yargıtay'da yapılan sempozyumda sunduğu "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları" konulu tebliğ (Savaş/Mollamuhmutoğlu, s.741)

³⁷ Gölcüklü, Feyyaz, 2 Haziran 1995'de İzmir'de Hukuka Aykırı Deliller konulu toplantıda sunulan tebliğ

³⁸ Aynı yönde Öztürk, Uygulamalı, s.391 vd.

tamamiyle hukukidir. Madde bu genel ve mutlak haliyle kaldığı, sadece sanık bu şekilde korunduğu sürece, çok basit hukuka aykırılıklar yüzünden son derece önemli deliller dikkate alınmadığı için mahkumiyet yerine beraat kararları verilecek, mağdurlar adaleti başka yollardan gerçekleştirmeye kalkabilecek ve hukuk devletinde bulunması gereken adalet ve güvenlik sağlanamaz hale gelecektir³⁹.

254/2. madde ile ilgili bir diğer öneri de şu olabilir : Yukarıda da belirtildiği üzere, Yargıtay, 135. maddedeki savunmaya ilişkin hakların sadece öğretilmemesini değil, tekrar hatırlatılmamasını dahi, bazen, hüküm için önemli noktalarda olup olmadığını da tartışmaksızın, “savunma hakkının kısıtlanması” sayarak 308/8. maddeye göre mutlak temyiz sebebi kabul etmektedir. Şayet sorgudaki aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık 135a maddesi ile karşılanacak olursa, genellikle savunma hakkı dışında kalacak olan ve çoğunlukla bir mahkeme kararına da dayanması gerekmeyen (308/8) diğer hukuka aykırılıklar nisbi temyiz sebebi kabul edilebilirler. Bu durumda da, 254/2. madde gereği sözkonusu olan hukuka aykırılığın hükme etki edip etmediği araştırılabilir ve ancak hükme etki eden hukuka aykırılıklardan dolayı hüküm bozulabilir.

³⁹ Öztürk, Uygulamalı, s.389.

TERÖR SUÇLARINDA GÖREV SORUNU*

Ertan URUNGA*

I. GİRİŞ

12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı TMK.(Terörle Mücadele Kanunu) ile ilk kez Türk ceza mevzuatına dahil edilen ve “Terör Suçu” olarak tanımlanan suçlardan sanık asker kişiler hakkında yargılama görevinin hangi mahkemelere ait bulunduğu doğru bir şekilde saptanması hen zaman kolaylıkla mümkün olmadığı için, yargı yerleri arasında kimi zaman olumlu (icabi) ya da olumsuz (selbi) uyuşmazlıkların ve hatta çelişik (müntenzakız) kararların ortaya çıkması da doğal sayılmalıdır.

Ancak, yargılama yöntemine ilişkin yasalarda yer alan görev kurallarının açıklığı ve yerel mahkemelerin kendi aralarında sağladıkları uzlaşma sonucu, bu suçlarda görev konusunun büyük ölçüde çözüme kavuştuğu bir sırada, yüksek uyuşmazlık mahkemesinin - bugüne değin tam bir isabetle verdiği kararlarının aksine-yakın bir zaman önce Resmi Gazete’de yayımlanan ve bizim de katılmadığımız kimi kararları ile, adeta sönmeye yüz tutmuş bir ateşi yeniden alevlendirip küllenen sorunun büyümesine yol açması, bu konu üzerine eğilmemizin başlıca nedeni olmuştur.

Gerçekten, bir asker kişinin askeri mahal’de işlediği Terör suçundan Adli ve Askeri yargı yerleri arasında ortaya çıkan olumsuz Görev uyuşmazlığı üzerine, Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesince verilen ve 16.11.1994 tarihli Resmi Gazete ile Askeri Adalet Dergisi’nin 92 nci (1995 OCAK) sayısında da yayımlanan 30.09.1994 tarih ve 1994/35 E-33 K.(Ceza Bölümü) sayılı kararı ile, TCK.(Türk Ceza Kanunu)’nun 168/2 nci maddesinde yazılı ve bir asker kişinin askeri mahal’de işlediği Yüksek Mahkemece de kabul edilmekle Askeri Yargı alanına giren Terör suçundan yargılama görevinin yasaya ve yerleşik uygulamaya aykırı olarak Adli Yargı yerine (Devlet Güvenlik Mahkemesine) ait olduğu sonucuna varılmıştır.

Ne var ki, sıra dışı kalacağını umduğumuz bu karardaki yanlışlığın kısa sürede farkedilip düzeltilmesi beklenirken, bu kez 07.07.1995 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 09.06.1995 tarih ve 1994/40 E.-1995/8 K.(Ceza Bölümü) sayılı kararında da, yine bir asker kişinin ‘askeri mahal’ de işlediği kabul edilen ve 3713 sayılı TMK.nun 8/1 nci maddesinde yazılı Bölücülük Propagandası suçundan yargılama görevinin Adli Yargı yerine ait olduğu sonucuna varılması karşısında ortaya çıkan Görev sorununu burada ele alıp irdeleyerek yanlışlığın ıvencenlikle giderilmesine çalışmaktan başka bir umar (çare) kalmamıştır.

II. GENEL OLARAK GÖREV VE ÖNEMİ

Tüm çağdaş demokratik ülkelerin anayasalarında olduğu gibi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın ‘Mahkemelerin Kuruluşu’ başlığını taşıyan 142 nci maddesinin de “Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” hükmünü amir bulunması, Görev ve Yetki konusuna anayasa bağlamında verilen önemi açıkça ortaya koymaktadır.

Yine bilindiği üzere, Türk ceza yargılaması hukukunda Görev ve Yetki kavramlarının sözlük anlamlarından farklı olarak, suçun işlendiği yer (=Yer İtibariyle Yetki) ile suçu işleyen kişinin sıfatı (=Kişi İtibariyle Yetki)’nin dar ve teknik açıdan o mahkemenin YETKİSİNİ; uygulaması gereken yasa maddesi (=Madde İtibariyle

* Bu yazı Askeri Adalet Dergisi’nin 96 ncı sayısı ile Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin 1995/4 ncü sayısında yayımlanmıştır.

* Hakim Kd.Alb. 3. Ordu Komutanlığı Adli Müşaviri

Yetki)'nin ise o mahkemenin GÖREVİNİ ifade ettiği öğretide olduğu gibi uygulamada da benimsemiş bulunmaktadır.

Ancak genelde yargılama hukukunun konusunu teşkil eden bu kavramlardan Görev'in, Yetki'den ayrı olarak hukukun evrensel nitelikteki 'doğal yargıç' ilkesi ile maddi ceza hukuku içinde yer alan kavram ve kurumlarla yakın ilgisi nedeniyle kamu düzenine ilişkin sayılarak yargılamanın her evresinde Mahkemelerce doğrudan (re'sen) gözetilmesi gerektiği kabul edilmiş; ayrıca Türk hukuk düzeni içinde yer alan adli, idari ve askeri yargı organları arasında ortaya çıkan Görev ve hüküm uyumsuzluklarının kesin olarak çözümü için, 16.06.1979 tarih ve 2247 sayılı yasa ile Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesi de kurulmuştur.

Öte yandan, iç hukukumuzda ceza yargılaması yönteminin genel yasası olan 1412 sayılı CMUK. (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu)'nun 1 nci maddesinde, mahkemelerin görevlerinin yasada gösterileceği vurgulandıktan sonra, 7 nci maddesinde Görev konusunun mahkemelerce doğrudan ele alınıp yargılamanın her evresinde karar verilebileceğinin; 263 ncü maddesinde sanığa yüklenen suçun duruşma sırasında Mahkemenin görevini aştığı ya da görevi dışında kaldığı anlaşılırsa, işin verilecek bir kararla görevli Mahkemeye gönderileceğinin; 308 nci maddesinde Mahkemenin yasaya aykırı olarak kendisini görevli görmesinin temyiz aşamasında ortaya çıkmasının mutlak bozma nedeni sayılacağına belirtilmiş olması, ayrıca yargılama yöntemine ilişkin diğer yasalarda buna koşut (paralel) hükümlere ayrı ayrı yer verilmesi de gösteriyor ki, yargılamanın selameti açısından büyük bir önem arzeden Görev konusunun öncelikle ele alınıp özenle değerlendirilmesi tüm yargı organları için zorunlu bulunmaktadır.

III. ASKERİ MAHKEMELERİN GÖREVLERİ

1. Askeri yargı alanında girilen iyileştirme çabaları sonucu kabul edilen ve halen yürürlükte bulunan 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı As.MKYUK.(Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu)'nun 9 ncu maddesinde aynen, "Askeri Mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler" hükmüne yer verilmekte, Askeri Mahkemelerin genel görevleri belirtilmiştir. Anılan maddeden ve aynı hükmü içeren TC.Anayasası'nın 145/1 nci maddesinden de açıkça anlaşıldığı üzere Askeri Mahkemeler;

- a) Asker kişilerin işledikleri unsur ya da cezaları Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan suçlar,
- b) Asker kişilerin asker kişiler aleyhine işledikleri suçlar,
- c) Asker kişilerin askeri mahallerde işledikleri suçlar,
- d) Asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar,
- e) Anılan madde dışında, yine Askeri mahkemelerde yargılanacakları yasada öngörülen asker olmayan (sivil) kişilerin işledikleri kimi suçlar nedeniyle açılan davalara bakmakla görevli bulunmaktadır.

2. Yine aynı maddede yazılı 'Askeri Suç' kavramının ise;

- a) Tüm unsurları ve cezaları Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan ve bu yasa dışında hiçbir ceza yasası ile cezalandırılmayan sırf askeri suçları,
- b) Unsurları kısmen Askeri Ceza Kanunu'nda kısmen diğer ceza yasalarında yer alan ve benzer (şibih) askeri suç olarak anılan suçları,
- c) Unsurları ve cezaları tamamen Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ancak yollama (atıf) suretiye Askeri Ceza Kanun'un bünyesine dahil edilen ve 'yollanan askeri suç' olarak tanımladığımız suçları kapsadığı bilinmektedir.

Ancak burada önemle belirtelim ki, asker kişilerin işlediği tüm 'Askeri Suçlar' gibi, askeri olmayan bir suçun asker kişiler tarafından asker kişilere aleyhine yada askeri mahallerde yahut askeri görev ve hizmetleri ile ilgili olarak işlenmesi durumunda da yargılama görevinin Askeri Yargı yerine ait olduğu öteden beri süre gelen uygulamalar ve yerleşik bir nitelik kazanmış yargısal kararlarla benimsenmiş bulunduğu için, aksine bir uygulamanın hukuken kabul edilmeyeceğine kuşku yoktur.

IV. DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİNİN GÖREVLERİ

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 143 ncu maddesine dayanılarak 16.06.1983 tarih ve 2845 sayılı Yasa ile kurulan Devlet Güvenlik Mahkeme'lerinin görevleri, anılan yasanın 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı yasa ile değişik 9/1 nci maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilmiş, ayrıca bu suçları işleyenler ile bunların suçlarına iştirak edenlerin sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu mahkemelerde yargılanacakları da vurgulanmıştır.

Ne var ki, yine aynı maddenin son fıkrasında "Ancak, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hali dahil Askeri Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır" şeklinde ayrı bir hükme de açıkça yer verildiğine göre, artık görevli mahkemenin 353 sayılı As.MKYUK.'nun hükümleri doğrultusunda belirlenmesi gerektiğini, başka bir deyişle asker kişilerin asker kişilere karşı ya da askeri mahallerde işledikleri suçları, 2845 sayılı Yasa'nın 9/1 nci maddesinde yazılı suçlardan olsa bile, yargılama görevi yine Askeri Mahkemelere ait bulunduğu yadsınmaz.

2. Öte yandan, 12.04.1991 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmakla yürürlüğe giren 3713 sayılı TMK.(Terörle Mücadele Kanunu)'nun 3 ve 4 ncu maddeleri ile daha önce ceza yasalarımızda mevcut olmayan ve 'Terör Suçu' olarak tanımlanan yeni suçlar ihdas edilip, bu suçlarla ilgili davaların da Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görüleceği belirtildikten sonra, yine aynı yasanın 9 ncu maddesinde aynen "...bu suçları işleyenler ile bunların suçlarına iştirak edenler hakkında bu kanun ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun hükümleri uygulanır" denilmek suretiyle, anılan Yasa'nın yargılama yöntemine ve göreve ilişkin hükümlerine genel bir yollama yapılmakla yetinilip, başkaca ayrı bir hükme yer verilmemiştir.

Bu hükümler karşısında, 2845 sayılı Yasa'nın 9 ncu maddesinin son fıkrasında yer alan ayrı hükümün, yapılan yollama nedeniyle 3713 sayılı TMK.nda yazılı suçlardan açılan davalar içinde geçerli olup Görev'in tayininde gözetilmesi gerektiğine göre, her iki yasanın kapsamına giren Terör suçlarını işleyenler ile bunların suçlarına iştirak edenlerin sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun yargılama Görevinin -Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hali dahil Askeri Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklı kalmak üzere -Devlet Güvenlik Mahkemelerine, 353 sayılı As.MKYUK.'nun göreve ilişkin hükümleri ile Askeri Yargı'ya tabi oldukları anlaşılmanın ise askeri mahkemelere ait bulunduğu açık seçik ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, Terör suçlarından sanık asker kişilerin hakkında Askeri Mahkemeler nezdinde açılan davalar üzerine verilen kararlarda, bu yönde yapılan uygulamaların Yüksek Askeri Yargıtay'ın aşağıda değindiğimiz kararları ile benimsenmiş bulunduğu ve bugüne değin Görev konusuna ilişkin kararları arasında tam bir uyum ve istikrarın da mevcut olduğu anlaşılmaktadır.

V. YARGISAL KARARLAR

1. Askeri Yargıtay 1 nci Dairesi'nin 16.02.1994 tarih ve 1994/98 E.-95 K.sayılı kararı ile, bir asker kişinin askeri mahalde işlediği TCK.'nun 125 nci maddesinde yazılı terör suçundan Askeri Mahkemece verilen Görevsizlik kararının ternyizi üzerine yargılama Görevinin 2845 sayılı Yasa'nın 9/1 nci ve 353 sayılı Yasa'nın 9 ncu maddeleri gereğince

Askeri Mahkemelere ait bulunduğu sonucuna varılmakla, hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

2. Askeri Yargıtay 5 nci Dairesi'nin 01.06.1994 tarih ve 1994/251 E.103 K. sayılı kararı ile, bir asker kişinin 'Askeri Mahal'de işlediği 3713 sayılı Yasa'nın 8/1 nci maddesinde yazılı Bölücülük Propagandası suçundan Askeri Mahkemece verilen Mahkumiyet hükmünün, Görev konusuna değinilmeden yöntem ve yasaya uygun bulunması nedeniyle Onanmasına karar verilmiştir.

3. Askeri Yargıtay 5 nci Dairesi'nin 01.02.1995 tarih ve 1995/104 E.103 K. sayılı kararı ile, 3713 sayılı Yasa'nın terör amacıyla işlediği takdirde "Terör Suçu" saydığı TCK.'nun 153 ve 154 ncü maddelerinde yazılı suçlardan sanık asker kişi hakkında Askeri Mahkemece Verilen Görevsizlik kararının temyizi üzerine, yüklenen suçlardan As.C.K.'nun 58 nci maddesi ile yapılan yollama nedeniyle askeri bir suç olması ve yargılama görevinin 353 sayılı Yasa'nın 9 ncu maddesi uyarınca Askeri Mahkemelere ait bulunması, öte yandan Askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümlerin 2845 sayılı Yasa'nın 9/son. maddesi ile saklı tutulması karşısında, yöntem ve yasaya aykırı düşen hüküm öncelikle Görev yönünden Bozulmasına karar verilmiştir.

4. Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 15.09.1994 tarih ve 1994/85 E.84 K.sayılı Kararı ile, asker olmayan kişilerin işlediği TCK.'nun 155 nci maddesinde yazılı Halkı Askerlikten Soğutmak suçundan Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesince verilen Mahkumiyet kararının temyizi üzerine, bu Mahkemenin Görevini benimseyerek yasaya aykırı gördüğü hükmü esas yönünden bozan Askeri Yargıtay 3 ncü Dairenin kararına karşı Başsavcılıkla yapılan itiraz -Görev konusuna değinilmeden- Reddine karar verilmiştir.

Bu kararlardan da anlaşıldığı üzere, bir asker kişinin 'askeri mahal'de işlediği Terör Suçlarından yargılama Görevinin, yasal hükümler doğrultusunda Askeri Mahkemelere ait bulunduğu kabul edilmektedir. Esasen ayrı yargı düzenleri mevcut olan bir ülkede kişiler tarafından askeri mahaller'de işlenen suçlardan yargılama görevinin Askeri Yargı dışında başka bir Mahkemeye ait bulunduğu kabulü, herşeyden önce işin doğasına aykırı düşeceği için yerinde ve doğru olmayacağına kuşku yoktur.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kısaca açıklamaya çalıştığımız bu durum karşısında, Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yazımızın "Giriş" bölümünde anılan kararları ile, asker kişilerin 'askeri mahal'de işledikleri kabul edilen Terör suçlarından yargılama Görevinin Devlet Güvenlik Mahkemelerine ait olduğu sonucuna varılması, 2845 sayılı Yasa'nın 9/son. maddesinde yer alan ayrı hükmün açık sözüne (lafzına) ve yargı düzenlerini oluşturan Görev kurallarının özüne (ruhuna) olduğu kadar, Askeri Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kimi kararları ile yerleşik bir nitelik kazanmış uygulamaya da aykırı düşmüştür.

Bu sonuca varılmasının makul ve mantıklı bir açıklamasını yapabilmemiş olmamakla birlikte, bir an için 3713 sayılı Yasa'nın 2845 sayılı Yasa'ya göre daha özel bir yasa olduğu ve sonradan yürürlüğe girdiği için genel yasanın buna aykırı düşen hükümlerini de ilga etmiş (yürürlükten kaldırmış) olacağı ileri sürülebilir ise de, genel nitelikteki 2845 sayılı Yasa'nın hükümlerine yollama yapan özel yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı Yasa ile genel yasada yer alan kimi hükümlerinin değiştirilmesi sırasında ayrı hükmü içeren 9 ncu maddenin son fıkrasının değıştırilmeden aynen bırakılmış olması karşısında, artık genel Yasa'da yer alan ayrı hükmün sonradan çıkarılan özel yasa ile yürürlükten kaldırılmış olduğu da söylenemez.

Ne var ki, Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 30.09.1994 tarihli ilk kararına konu olan olayda, sanığın işlediği iddia edilen TCK.nun 168/2 nci maddesinde yazılı suçun süregelen (mütemadi) nitelikte bulunması nedeniyle belirli bir mahal'de işlediğinin kabulü mümkün olamayacağı için, bir asker kişinin 'askeri mahal'de işlediği suçtan da söz edilemeyeceği haklı olarak ileri sürülse bile, bu konunun Kararda açıklanıp tartışılmaması

ve yüksek Mahkemenin kabulünün de bu yönde bulunmaması karşısında, böyle bir düşüncenin Karara esas teşkil etmediği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, yüksek Mahkemenin yine ilk Kararında ilgili yasaların kimi hükümlerinin ele alınıp değerlendirilmiş olmasına karşın, 2845 sayılı Yasa'nın 9/son. maddesinde yer alan ayrık hükme hiç değinilmeyip tartışılmadan geçilmesi de, bu hükmün karara varılırken gözetilmediği konusunda ciddi kuşkuların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Her ne kadar, yüksek Mahkemenin daha sonra verilmiş olduğu 09.06.1995 tarihli ikinci Kararında ayrık hükmün de aynen yer aldığı anlaşılmakta, tutarlı ve inandırıcı olmak özelliğini yitiren bu kararlara diğer yargı organlarınca itibar edilip emsal alınacağını -doğrusu bu ya- hiç sanmıyoruz.

Bununla birlikte, yüksek Mahkemenin Terör suçlarında Askeri Yargı'nın görev alanını yasaya aykırı bir biçimde daraltan ve bir Görev sorununun ortaya çıkmasına neden olan bu Kararların benzer olaylarda emsal alınması durumunda, yargı düzenleri arasında bir karmaşanın ortaya çıkmasına meydan vermemek için, yine yargı düzeneği (mekanizması) içinde alınacak bir ilke kararı ile düzeltilerek, bir yanlıgı sonucu ortaya çıktığına inandığımız çelişmenin giderileceğini umuyor ve bekliyoruz.

ÇEVRE HAKKI VE 1982 ANAYASASI

Hasan TUNÇ*

Yusuf GÖVEN**

GİRİŞ

Tarih boyunca insanlar, doğayla içiçe yaşamak durumunda kalmışlar ve hayatını idame ettirebilmek için ondan yararlanmışlardır. Ancak bu yararlanma, bilim ve teknolojideki gelişmeler sonucu, insanoğlunun doğaya tahakküm etme sevdasına dönüşmüş ve hatta "sömürme" noktasına varmıştır¹. İşte bu noktada, doğanın hor kullanımı sonucu ortaya çıkan olumsuz ve istenmeyen durumlar veya tehlikeler, yeni yeni farkedilmeye başlanmış, bir "çevre sorunu" gereceği ile yüzyüze olunduğunun bilincine ulaşmaya başlanmıştır. Bilim, Dünya'nın 80 katrilyon metreküp hacminde olduğunu ve daha 10 milyar yıl ömrünün kaldığını söyleyedursun, Dünya'daki var olan kaynaklar hızla tüketilmeye devam edilmektedir ve esasen tahmin mahiyetinde bile olsa rakamlarla ifade edilebilen bir şey varsa, onun "tükenebilirliğini" de kabul etmek gerekir². Acaba tükenebilir olan bu dünyamızı, sadece bizim mi tüketmeye hakkımız vardır? Elbette hayır. Bir kızılderili atasözünün de ifade ettiği gibi "çevre bize atalarımızın mirası değil, torunlarımızın emanetidir". O halde, çevrenin herhalde korunması gerektiği bilincine ulaşmamız gerekiyor.

İnsanoğlu bu bilince ulaşmakta ne yazık ki geç kalmıştır. Kendini doğanın sahibi olarak görmekteyken; günün birinde ona boyun eğmenin veya onunla barışmanın kaçınılmaz olduğunu, neslinin devamının garanti altına alınabilmesi için bunu yapmaya mecbur olduğunu anlamakta isteksiz davranmıştır³. Fakat, umursanmayan ve aşağılanan muhatabın (doğanın) birdenbire, insanoğluna, kendisinin haricinde "hiçbiryerde olunamayacağı" ihtarını göndermeye başlamasıyla⁴, bu konuda isteksiz davranmasının faturasını ağır bir şekilde ödemek zorunda kalabileceğini kabullenmeye başlamıştır. Bu ihtar sonucudur ki, 20. yüzyılın ikinci yarısına doğru insan haklarına büyük bir değer atfedilmesine rağmen, insan dışı varlıkların haklarının gözardı edilmesinin yanlışlığı gündeme gelmişti.⁵ Diğer bir ifadeyle, İnsan Hakları Bildirgesinin "Her İnsan" diyerek başlaması övünülecek bir durum olduğu ancak "Yalnızca İnsanlar" ya da "Sırf insanlar" diye düşünülmesinin de bir zayıflık olarak telakki edilmesi gerektiği savunulmaya başlanmıştır.⁶

Gerçekten de insanlara tanınan temel hak ve hürriyetlerin bir değer ifade edebilmesi için, o hak ve hürriyetleri kullanabileceği bir alanın, yani "çevre"nin veya "doğa"nın bulunması gerekir ve doğanın da bir bütün olarak değerlendirilmesinde

* Yrd.Doç.Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

** Arş.Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1 YAVUZ Fehmi/KELEŞ Ruşen/GERAY Cevat, Şehircilik, Sorunlar, Uygulama ve Politika, Ankara 1973, s.74-75.

2 SERRES Michel, Doğayla Sözleşme, Çev.Turhan Ilgaz, İstanbul 1994, s.8.

3 KELEŞ Ruşen / HAMAMCI Can, Çevrebilim, Ankara 1993, s.14

4 SERRES, s.7

5 KUZU Burhan, "Sağlık ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci", MHAD, Yeni Seri No.20, Y.1996, s.143

6 SERRES, s.51

zorunluluk vardır.⁷ Bulunması gerekli bu "çevre"nin muhafazası veya asgari düzeyde kendisinden yararlanılabilmesi, ona hukuken bir değer atfedilmesini gerekli kılar. Bunun diğer bir ifadesi şudur; temel hak ve hürriyet sahiplerine, yani insanlara "çevre hakkı" tanımak gerekir ki, tanınmış olan diğer hak ve hürriyetler de pratik bir değer kazanabilsin.

Bu düşünceleri belirtirken hemen aklımıza şu soru geliyor; acaba varolması veya tanınması gereken "çevre hakkı"nın neresindeyiz? Diğer bir ifadeyle çevre hakkı konusunda gerek fikri planda gerekse pozitif hukuk alanında varılmış olunan son nokta nedir? İşte bu çalışmamızın gayesi, akla gelen soruların bir yansının, yani pozitif hukuk açısından olan kısmının cevabını bulmak ve özellikle de Türk pozitif hukuk kaynaklarından Anayasada konunun düzenlenişini özet mahiyetinde de olsa irdeleyebilmektir. Bunu yaparken önce "çevre" ve "çevre hakkı" kavramları üzerinde kısaca durmaya, sonra bu hakkın 1982 Anayasası'ndaki düzenlenişi ve diğer haklar arasındaki konumunun ne olduğunu ve Anayasa tarafından düzenlenen bu hakkın yargı kararlarına ne ölçüde yansıdığını tesbite çalışacağız.

I- GENEL ANLAMDA ÇEVRE SORUNU VE ÇEVRE HAKKI

A- ÇEVRE VE ÇEVRE SORUNU

1-Çevre Kavramı

Günümüzde çevreye olan ilginin artması ve çevreyi sahiplenenerin sayısının artması, "çevre" kavramının boyutlarının tartışılmasına neden olmuştur. Bu tartışma içinde "çevre" kavramını kullanan kimse, çevreyi nasıl görmek istiyorsa, kavramı o anlama büründürmeye çalışmıştır⁸. Böyle olunca çevre; bir bilim dalı, yeni bir hak, moda bir düşünce, doğa sevgisi, zengin ülkeler için lüks bir uğraş, büyümeyle çelişkili bir ütopya, gelişmekte olan ülkeler için bir tuzak, doğal kaynakların tüketildiğinin duyurulması gibi çok çeşitli anlamlar yüklenen bir kavram olmuştur.⁹ Bir diğer ifadeyle, çevre kavramını tanımlamaya çalıştıkça, bir karmaşıklığın içine saplanmaktan kurtulmak imkansızlaşmaktadır.

Bu kavrama verilen anlamların farklı olması karşında, daha fazla detaya inmeden kavramın genel bir tarifini vermekle yetinmek herhalde çalışmamızın hacmi açısından isabetli olacaktır. Genel bir tanımla çevre; belirli bir zaman dilimi içinde, insanların (ve diğer varlıkların) maddi ve manevi gelişimini doğrudan veya dolaylı olarak belirleyen ve etkileyen fiziksel, kimyasal, biyolojik ve toplumsal etkenlerin tümünü ifade eder¹⁰. Bu tanımdan hareketle çevre, insanla birlikte tüm canlı varlıkları kapsadığı gibi, cansız varlıkları da kapsamaktadır. Kısaca söylemek gerekirse, çevrenin boyutları sınırsızdır ve insan üzerinde etkili olan, insana ulaşan tüm etkenleri kapsamı içine almaktadır.¹¹

2- Çevre Sorunu

Doğada var olan kaynakların aşırı kullanımı sonucu, doğanın kendini yenileme imkanının yavaş yavaş ortadan kalkmaya başlaması¹², insan ve çevre arasındaki dengenin bozulması sonucunu doğurmuştur. Bozulan bu dengenin nasıl tekrar eski hale getirilebileceği veya en azından mevcut seviyenin nasıl muhafaza edilebileceği sorunu bir

7 SALWEDEL Jürgen, "Umweltschutz", Handbuch des Staatsrechts, Herausgegeben von Josef Isenhardt und Paul Kirchhof, Band III, Heidelberg 1989, s.1207

8 KELEŞ / HAMAMCI, age, s.19-21

9 KELEŞ / HAMAMCI, age, s.18-19

10 KELEŞ / HAMAMCI, age, s.21. HAMAMCI, agm, s.172

11 GÜLER Çağatay, "Çevre Hekimliği", Standart (Dergisi), Y.38 (Şubat 1997), S.422, s.35

12 GÜRPINAR Ergun, "Çevre Sorunlarına Yaklaşım" İHİD, Y.5, S.1-3, Aralık 1984, s.87

"çevre sorunu" olarak gündeme gelmiştir. Ve bu sorun içine , insanla insan, insanla doğa arasındaki ekolojik ilişkilerin tümü girmektedir¹³.

Şu bir gerçektir ki, kirlenmenin ve çevreye verilen zararın en büyük kaynağı insandır. İnsan nüfusunun daha az olduğu ve sanayileşmenin henüz gerçekleşmediği dönemlerde, bir "çevre sorunundan" bahsetmek mümkün değildi¹⁴. Nüfusun artması ve sonuçları iyi düşünülmeden yapılan faaliyetler¹⁵, hem ülkelerin sahip olduğu sınırlı kaynakları tüketmekte(bu da ekonomik üretimi azaltmakta ve pahalılaştırmaktadır) hem de çevrenin hızla kirlenmesine neden olmaktadır¹⁶. Kapitalist ekonomik sistemin mimarlarından A.Smith, her ne kadar ekonomi bilimi açısından refah göstergesi olarak mal ve hizmet üretimini yeterli saymışsa da, günümüzdeki gelişmeler, sadece mal ve hizmet üretiminin refah seviyesinin yükselmesi için yeterli olmadığını, çok kıt ve hassas dengeler üzerinde duran çevrenin de şuurulu ve dengeli kullanılması gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁷. Bu bağlamda, insanın çevresini kendi çıkarlarına uygun hale dönüştürme çabasından kaynaklanan çevre sorununun¹⁸ insan hayatı ve insan hakları çevrevesinde ele alınması zamanının geldiğini ve hatta geçmekte olduğunu kabule mecburuz. Bu sebeple, çevre sorunu, ister gelişmişlik yönüyle isterse politik yönüyle değerlendirilsin, tüm dünyanın ortak sorunu olarak kabul edilmek durumundadır¹⁹. Hemen belirtmek gerekir ki, bu sorunun çözümü çok da kolay değildir. çünkü çevreye zarar verenler de, çevreyi koruyacak olanlar da ve bozulmuş çevreden zarar görecektir olan da insandır²⁰. Fakat sorunun tartışılması bile, çözüm için önemli bir adımdır.

3-Çevre Sorunu ve İnsan Hayatı

Çevre sorununun vehametini görmek için, insan hayatı ve çevre arasındaki dengeye bakmak gerekir. Yeryüzünde bulunan bütün varlıkların kendi aralarında bir denge vardır ve denge içinde bunlar sürekli olarak birbirlerini etkilerler²¹. İnsan sağlığı, çevre ile insanın genetik yapısı arasındaki etkileşimin bir ürünüdür. Kişi daha dölleme anından itibaren çevresi ile olan irtibatı başlamakta ve hayatının her döneminde değişik boyutlarda devam etmektedir.²² Çevresel bozulma, mesela stratosferdeki ozon eksilmesi, asit yağmurları, hava kirlenmesi, toprak erzyonu, ormanların yok olması, okyanusların verimsizleşmesi, insan sağlığı ve hayatı açısından büyük bir tehlike arzeder. Bunun yanında aynı tehlikenin, tüm canlı türlerinin sağlığı açısından da geçerli olduğu bir gerçektir.²³

Sağlık ve çevre arasındaki bu etkileşim, sağlık ve insan hayatı arasındaki etkileşimle bir arada değerlendirildiğinde, çevre ve insan hayatı arasındaki önemsenemez denge ve etkileşim de kendiliğinden su yüzüne çıkacaktır. Hal böyle olunca insanın çevre üzerinde, çevrenin de insan üzerinde önemli ölçüde bir değişime uğratma veya bozma etkisininin bulunduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Bir diğer ifadeyle insan, bir

13 PAZARCI Hüseyin, "Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk", Fehmi YAVUZ'a Armağan, AÜSBF Yayını, 1983, s.201

14 YAVUZ Fehmi, Çevre Sorunları, Ankara 1975, s.1

15 GÜRPINAR, agm, s.87

16 KOZLU Cem, Vizyon Arayışları ve Asya Modelleri, Ankara 1995, s.299

17 DİKİCİ Hasan, "Çevre ve İnsan", Yeni Türkiye, Y.1,S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.130

18 KELEŞ / HAMAMCI, age, s.14

19 TOPRAK KARAMAN Zerrin, "Çevre Korumacı İdolojiye Politik Bir Yaklaşım ve Katılım Faktörü", Demokrasi Gündemi, Y.1995/II, S.22, s.29. Ayrıca aynı yazar;"Çevre Kirliliğinin Giderilmesinde Uzlaşmacı Politika", AİD, C.25,S.4, Aralık 1992, s.117.

20 KELEŞ Ruşen, "Kent ve Çevre Haklarının Korunması Üzerine Gözlemler", AÜSBFD, C.49, S.3-4, Y.1994, s.279

21 SÜRÜCÜ Gülerman, "Çevre üzerine", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.168

22 GÜLER, agm, s.35

23 GÜLER, agm, s.35

yandan çevreyi bozar, kirletir, diğer yandan da bozulan ve kirlenen çevreden olumsuz yönde etkilenir²⁴. Peki çevre sorununun çözümü nedir? Sorunun cevabı, çevre hakkına verilecek önemle ters orantılıdır. Yani çevre hakkına verilen önem arttığı oranda, çevre sorunu azalma trendine girecektir.

B-ÇEVRE HAKKI VE MAHİYETİ

Çevrenin, insan sağlığı ve insan hayatı üzerindeki etkisinin öneminin gittikçe daha iyi anlaşılması karşısında, şu soruların cevabının düşünülmesi gerekir; acaba "çevre hakkı" diye bir şey var mıdır? Veya çevre hakkı bir "insan hakkı" mıdır? Soruların cevabını, gündemden düşmeyen insan hakları kavramı içinde aramak gerekir.

Hür ve demokratik toplumlarda fertlere tanınan hak ve hürriyetler çok değişik kavramlarla ifade edilmeye çalışılmaktadır, "İnsan Hakları", "Kişi Hürriyetleri", "Temel Haklar", "Kamu Hürriyetleri" vb. "İnsan Hakları" kavramı, bunlar arasında en geniş olanıdır. İnsan hakları düşünce ve uygulamasının gelişim sürecinde, bütün insanlara tanınması gereken "ideal" haklar listesini oluşturur. Bir diğer ifadeyle, ulaşılabilecek hedefleri belirleyen ve olması gerekeni ifade eden bir kavramdır. "Kamu Hürriyetleri" ise bu ideal olan haklar listesinin gerçekleşmiş kısmını ifade eder. Bir diğer ifadeyle kamu hürriyetleri, ideal haklar listesinin devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuk kurallarıyla güvence altına alınmış kısmıdır²⁵.

İnsan hakları kavramının bir diğer yönü de, insanca hayat sürdürme şartlarının gerçekleştirilmesidir. İnsanla çevresinin bir bütün oluşturduğu gerçeği kabul edildiğine göre, insan kişiliğine ilişkin kavramlar geliştirilirken, insanın içinde yaşamak durumunda olduğu "çevrenin" dışlanmaması gerekir. Bu sebeple, insan hakları listesinin açık tutularak, yeri ve zamanı geldiğinde yenilerinin eklenmesi listenin genişletilmesine²⁶, herhalde kimsenin itirazı olmasa gerektir. İnsan haklarının gelişme seyrine bakıldığında da, hakların yere ve zamana göre ortaya çıktığı veya değer kazandığı görülecektir. Mesela mülkiyet hakkı bir zamanlar "dokunulmaz" bir hak olarak kabul edilirken, bu gün mülkiyet hakkının bir takım gerekçelerle(mesela çevre hakkı bunlardan birisidir) sınırlandırılabilceği kabul edilmeye başlanmıştır.

İnsan hakları konusundaki bu gelişmeler ve insan hakları kataloğunun açık bırakılması gerektiği düşüncesi sonucu, yirminci asrın ikinci yarısından itibaren "Dayanışma Hakları" veya "Üçüncü Kuşak Haklar" olarak da isimlendirilen yeni insan hakları gündeme gelmiştir. Uluslararası barış hakkı, ulusal barışı hakkı, farklı olma hakkı, gelişme hakkı, insanların ortak malvarlığı hakkı ve en önemlisi de çevre hakkı olarak gündeme gelen bu üçüncü kuşak haklar ya da dayanışma hakları; devletin, kamu-özel sektör kuruluşlarının, bireylerin ve toplumdaki diğer grupların tümünün ortak çabasıyla, yani dayanışma felsefesinin egemen olmasıyla gerçekleştirilecek nitelikte haklardır²⁷. Yalnız bu dayanışma hakları, konularının, sahiplerinin ve muhataplarının belirsiz olması sebebiyle "formüle" edilmeleri güç olmakta ve bunun sonucu olarak da "varlıkları" tartışılmaktadır²⁸. Hatta tartışmanın boyutu o noktaya varmıştır ki, "Dayanışma Hakları"nın insan hakkı olarak kabul edilmesi halinde, pozitif hukuka geçmiş

24 SÜRÜCÜ, agm, s.168

25 KAPANI Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981, s.13-14. KUZU Burhan, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları, 3.Kitap, İstanbul 1993, s.208 vd.(Türkiye'de İnsan Hakları)

26 HAMAMCI Can, "Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler", İHY, C.5-6, Y.1983-1984, s.171-172

27 GÜRSELER Güneş, "İnsan Hakları mı? Sanığın Hakları mı?", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.150

28 SUR Melda, "İnsan Hakları Kavramındaki Gelişmeler", İzmir BD, Y.58, S.3, Temmuz 1993, s.43. KUZU, agm, s.149. KABOĞLU İbrahim Ö., Çevre Hakkı, Ankara 1993, .20

insan haklarının koruyuculuk özelliğini kaybettireceği bile ileriye sürülebilmektedir.²⁹ Esasen hak ve hürriyetler özünde tektir ve bunların kuşaklara ayrılması sadece kronolojik açıdan bir anlam ifade etmekten ileriye gitmez³⁰. Bu sebeple biz burada, üçüncü kuşak hakların mahiyeti konusundaki tartışmalara çok fazla girmek istemiyoruz³¹.

İnsan haklarını "kişinin tek kişilerle ve iktidarla ilişkileri içinde kendi malı olarak elinde bulundurduğu, kurallarla yönetilen ayrıcalıklar"³² olarak tanımlayacak olursak, çevre hakkı, hak sahibine, üçüncü kişilerin tehlikeli faaliyetlerden kaçınmasını ve kaliteli bir çevrede yaşamak üzere ilgililerden veya yükümlülerden, gerekli ve zorunlu şartları sağlamasını isteme yetkisi veren bir haktır³³. Buna göre çevre hakkına sahip her birey, çevrelerindeki olumsuz etkilerden korunma, olumlu etkileri de isteme imkanına sahiptir³⁴. Bazı yazarlar bu noktada çevre hakkının, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını ve insanca yaşama koşullarını tehdit eden her türlü çevre sorununa ve çevre sorununun kaynağına karşı "dirinme hakkı"nı içerdiğini savunmaktadırlar³⁵. Bu haliyle çevre hakkı, "diğer bütün hak ve hürriyetlerin varlık ve geçerlik şartıdır"³⁶ denilebilecek kadar önemli bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca eskiden olduğu gibi "sağlık hakkı"nın bir unsuru olarak değil, bağımsız bir hak olarak kabul edilmektedir³⁷. Bunun yanında, çevre hakkının sadece bir "insan hakkı" olmayıp, aynı zamanda başta hayvan türleri olmak üzere, bütün canlı varlıkların da hakkı olduğu kabul edilmektedir³⁸.

Çevre hakkı, kendisine verilen önem karşısında, bazı önemli haklarla çatışma içiresine giren ve hatta onları kamu yararına sınırlayan bir karaktere bürünmüştür. Serbest piyasa ekonomisinde devletin müdahalesi azalırken, çevre hakkının müdahalesi artmaktadır³⁹. Bu şekilde çevre hakkının sınırladığı hak sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Mesela, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardan birisini oluşturmaktadır. Bu açıklamalardan sonra çevre hakkının temel sahasının ne olduğu sorusu akla gelebilir. Daha sonra konuya tekrar dönecek olmamıza rağmen, çok kısa olarak belirtmek gerekirse; havanın temiz tutulması, gürültünün önlenmesi, suların korunması, toprağın korunması, zararlı ışıklardan korunma, üretim yönetimini yönlendirici çevre politikalarının oluşturulması gibi hususlar, çevre hakkının sahası içinde yer almaktadırlar⁴⁰.

29 KABOĞLU İbrahim Ö., "Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talaplar mı, İnsan Hakları mı ?)", İHY, C.13, s.37-38.

30 KUZU, agm, s.149

31 Üçüncü kuşak haklar ya da dayanışma haklarının mahiyetine itirazlar ve bu itirazlara verilen cevaplar konusunda bkz.KABOĞLU, agm, s.37 vd. ÖZDEK Yasemin E., İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara 1993, s.91 vd.

32 MOURGEON Jacques, İnsan Hakları, Çev. Aysen Ekmekçi-Alev Türker (Yeni Yüzyıl Gazetesinin 23.05.1995 tarihinde vermiş olduğu bir kitap olup, baskı yeri ve tarihi yoktur), s.9. İnsan Haklarının evenselliğini vurgulayan geniş bir tanımlama için bkz. ERDOĞAN Mustafa, "İnsan Hakları Öğretisine Giriş", HÜİİBFD, C.11/1993, s.34

33 ÖZDEK, agm, s.99

34 SANDAL Ahmet, "Çevre ve Hukuk", THED, Y.1, S.8 Temmuz 1996, s.17

35 GÜRSELER, agm, s.150-151

36 KUZU, agm, s.149

37 GEMALMAZ Mehmet Semih, "Çevre Koruma Sorunu Çevre Hakkı, Çevre Yasası ve Düşündürdükleri", İBD, C.61, S.1-2-3, Y.1987, s.65 vd.

38 KABOĞLU, age, s.55

39 GÜRSELER, agm, s.151

40 SALZWEDEL, agm, s.1217-1233

C-ÇEVRE HUKUKU

Hukuksuz "hak" olamaz ve ayrıcalık olmayan bir hak da yoktur.⁴¹ Bu bağlamda, çevre hakkından söz edebilmek için, bir hukuk kuralının temiz ve yaşanabilir bir çevrede yaşama konusundaki menfaatleri koruması, kişilere bu yönde bir ayrıcalıklı alan öngörmesi gerekir. Çevrenin herkesin malı olduğunu ve bütün insanlara ait olduğunu⁴² kabul ettiğimizde, karşımıza bir başka sorun çıkar; sahibi çok olan bir şeyin kullanımının da zor olması. Bu zorluğu bir darbi mesel şöyle anlatır; "herkesin malı, hiç kimsenin malı değildir". Bunun anlamı şudur; herkesin müşterek malı olan şeylere, hiç kimsenin ihtimam göstermeyeceği⁴³, o malları hem başkasının hem de kendisinin malı görme ikilemi içinde onu hor kullanacağı gerçeğidir. İşte, bu anlayış içinde çevre sorunlarının gündeme geldiğini daha önce belirtmiştik. Herkesin malı olan şeylerden, herkesin eşit oranda yararlanabilmesi ve herkesin bunlara saygı göstermesini temin için birtakım kuralların bulunması gerekir⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, belirli bir "çevre standardının" oluşturulabilmesi için, bir takım kuralların öngörülmesi zorunlu olmaktadır⁴⁵. İşte olması gereken bu kurallar topluluğu, bağımsız bir hukuk dalı olarak da ele alınmaya başlanan "Çevre Hukuku" nu oluşturmaktadır⁴⁶. Bir diğer ifadeyle, devlet tarafından kişilerin temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşamalarını sağlamak için koymuş olduğu kuralların ve almış olduğu tedbirlerin tamamı, çevre hukukunun konusunu oluşturmaktadır.⁴⁷

Toplumdaki gelişmelere paralel olarak yeni hukuk dallarının ortaya çıkması zorunludur⁴⁸. Bu zorunluluğun ürünü olan çevre hukuku, yeni gelişen bir hukuk dalıdır.⁴⁹ Kaynağı, uygulaması ve neticeleri açısından neredeyse beynelmilel etki sahasına sahip hukuk dalı olarak karşımıza çıkar⁵⁰. Çevre hukukuna bu özelliği veren sebep ise gayesinde yatmaktadır. Hukuku yaratan kaynak "gayedir" ve o gaye de "toplumların hayat şartlarını teminat altına almaktır"⁵¹. Günümüzde, çevre kirlenmesi veya çevreyi kirlenmeye faal yeterler, bir ülke sınırları içinde kalmayıp diğer ülke veya ülkelere etki edebilmektedir⁵². Bu sebeple, tüm insanlığın malı olan çevrenin bir hukuk dalına konu olması, elbette onu beynelmilel bir özelliğe kavuşturabilecektir⁵³. Şunu da hemen belirtmek gerekir ki, Türk hukuk tarihi açısından çevre hakkına ilişkin birtakım yasal

41 MOURGEON, age, s.8

42 TOKUÇOĞLU M.Bülent, "Çevre Hakkı ve Çevre Koruma Sounu", İzmir BD, Y.55, Ekim 1990, S.4, s.63 (Çevre Sorunu)

43 DALES J.H, Çevre Sorunlarının Hukuki ve Ekonomik Temelleri, Çev.İ.Orhan Türköz, (Mobil'in armağanı olup baskı yeri ve tarihi yoktur), s.63-64

44 HAMAMCI Can, "Çevre ve Hukuku", Fehmi Yavuz'a Armağan, AÜSBF Yayını, Y.1983, s.241 vd.

45 SALZWEDEL, agm, s.1212

46 Çevre Hukukunun gelişim seyri hakkında geniş bilgi için bkz. URAL Engin, "Çevre Hukukunun Gelişmesi", ABD, Y.1980,S.3, s.359 vd. HAMAMCI, "Çevre ve Hukuk", s.245 vd.

47 KANTAR Elvent H., "Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı", İBD, C.58, S.1-2-3, Y.1984, s.20

48 URAL Engin, "Türkiye'de Çevre Hukuku ve Uygulaması", BBD, Y.35, S.35, Şubat 1989, s.13 (Uygulaması)

49 SANDAL, agm, s.1212

50 AYDOĞDU Cengiz, "Günaha Son Çağrı", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.85

51 LEIBHOLZ Gerhard, "Hukukun Gayesi", Çev. Yavuz Abadan, İÜHFD, C.9-12, S.1-4, Y.1937, s.515

52 AKİPEK Şebnem, "Çevreyi Kirlenmenin Hukuki Sorumluluğu",MBD, Y.13, S.51, Ekim 1994, s.4

53 Çevre sorunlarının Uluslararası Hukuk bakımından değerlendirilmesi için bkz. PAZARCI, agm, s.201 vd.

düzenlemelerin bulunmasına rağmen, Çevre Hukuku, bir hukuk dalı olarak diğer ülkelerden daha sonra kabul görmeye başlamıştır⁵⁴.

Klasik hukuk dallarının çevre hakkının korunmasında yeterli olmaması sebebiyle ortaya çıkan çevre hukuku, niteliği gereği diğer hukuk dallarıyla irtibatını kesmiş değildir. Bunların en belirgin olanları Medeni Hukuk, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Yargılama Hukukudur⁵⁵. Bu hukuk dallarıyla olan irtibatının yanında, çevre mühendisliği, şehir ve bölge plancılığı, mimarlık, tıp, hidrobiyoloji, ekonomi, istatistik, sosyoloji gibi bilim dallarıyla da çok yakından irtibat ve işbirliği içindedir ve olmak zorundadır⁵⁶.

II- ÇEVRE HAKKININ ANAYASAL DÜZEYDE TANINMASI

A- 1982 ANAYASASINA KADAR OLAN DÖNEMDE ÇEVRE HAKKI

1-Genel Olarak

Çevre hakkının en önemli kaynağı kuşkusuz anayasalardır. Anayasalardaki çevre hakkına ilişkin bu düzenlemeler, bu hakkın tanınmasındaki aşamaya bağlı olarak farklılıklar arz etmektedir. Çevre hakkının bağımsız bir kimliğe kavuşmadığı ve sağlık hakkının bir uzantısı olarak görüldüğü dönemlerde, çevre hakkına ilişkin düzenlemeler sadece dolaylı yollardan gündeme gelebilmiştir⁵⁷. Türk pozitif hukuku açısından da durum bu merkezdedir. 1961 Anayasasının "Sağlık Hakkı" başlığını taşıyan 49. maddesi, çevre hakkını dolaylı yoldan ilgilendirmekte veya tanımaktaydı. Buna karşın, çevre hakkının kimliğinin tanınmaya başlanmasından sonra, anayasaların "sosyal, ekonomik ve kültürel haklar"a ilişkin bölümlerinde doğrudan "çevre hakkı" başlığını taşıyan hükümler sevk edilmeye başlanmış ve bu uygulama 1970'li yıllardan sonra ivme kazanmış⁵⁸, 1990'lı yıllara gelindiğinde ise çevre hakkını doğrudan doğruya düzenleyen devlet anayasası altmışı geçmiştir⁵⁹. Biraz sonra daha teferruatlı olarak inceleyecek olduğumuz 1982 T.C Anayasası da, çevre hakkını doğrudan düzenleyen anayasalar arasında yerini almıştır.

Çevre korumacı politikaların önde gelen aracı yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerle getirilen cezai müeyyidelerdir⁶⁰. Bu sebeple, anayasalarda hüküm bulunsun yada bulunmasın, birçok devlet, değişik yasal düzenlemelerle çevre hakkının varlığını ve kullanım şeklini belirleme yoluna gitmişlerdir. Mesela, Polonya Çevre Koruma Kodu (1979), çevre Milli Politikası Üzerine Amerikan Federal Kanunu(1969), Almanya'da "Çevre Alanında Sorumluluk Üzerine Kanun"(1991) bu düzenlemelere örnekler⁶¹.

54 TOKUÇOĞLU M.Bülent, "Çevre Hakkı ve Çevre Hukuku Açısından Kirletenin Sorumluluğu", İzmir BD, Y.54, Temmuz 1989, S.3, s.47. (Sorumluluğu)

55 KUZU, agm, s.150-151

56 URAL, "Gelişmesi.." s.359

57 HAMAMCI, agm, s.176

58 HAMAMCI, agm, s.176

59 KABOĞLU, age, s.35-36. Bu devlet anayasaları hakkında ayrıntılı bilgi için aynı sayfalara bakınız. Ayrıca bkz. ÖZDEK, age, s.81-83. Benzer bilgiler için bkz. URAL Engin, Muhtelif Anayasalarda Çevre Hükümleri, Ankara 1980, s.11-13

60 TOPRAK Karaman, "Çevre Korumacı İdeoloji...", s.11

61 Başka örnekler için bkz.KABOĞLU, age, .36

2- Çevreyle İlgili Düzenlemeler

Konuya Türk hukuk tarihi ve pozitif hukuku açısından bakıldığında, çevre hakkına ilişkin olarak, 1961 Anayasasındaki dolaylı düzenleme⁶² ve 1982 Anayasasındaki doğrudan düzenlemeye kadar, değişik mevzuatla bu hakkın tanındığı ve korunduğu, çevre sorununa Batı medeniyetinden çok daha önce çözüm bulunmaya çalışıldığı görülecektir. Bu düzenleme ve çalışmalardan anlıyoruz ki; her ne kadar Osmanlı'da, Batı'nın özgürlük anlayışının 18. ve 19.Yüzyılda gelişmeye başladığı söyleniyorsa da⁶³, çevre hakkı konusunda Osmanlı, Batı'dan çok daha önde hareket edebilmiştir.

Her şeyden önce Osmanlı hukuk sisteminde, hukukun en önemli kaynaklarından birisi olarak kabul edilen sünnette; temizliğe dikkat edilmesi ve başkalarına zarar verici davranışlardan sakınılması gerektiği yönündeki hadis ve uygulama örneklerinin mevcut olması, çevre hakkının himaye görmesine neden olmuştur. Bu hakkın tanınması ve korunmasına ilişkin olarak Kanuni Sultan Süleyman tarafından 1539 tarihinde çıkartılan "Nişan-ı Humayun'un"⁶⁴(çevre Temizliği Nizamnamesi) çok iyi bir örnektir. Osmanlı'nın çevre anlayışını yansıtan bu düzenlemeye, önemine binaen kısaca değinmek istiyoruz.

Edirne Subaşısına(çöplük Subaşı da denilmektedir)⁶⁵ gönderilen bu 12 maddelik⁶⁶ "Nişan-ı Humayun"un ilginç birkaç hükmü şöyledir;

-Bundan böyle hiç bir kimse evinin çevresini ve dükkanlarını pis tutmayıp herhangi bir pis madde görürlerse temizleyeceklerdir(md.19),

-Subaşı Ömer, çarşı ve mahallelerde dökülen pislikler kimin evine ve avlusuna yakın ise onun döktüğüne kanaat getirerek temizlettir(sın).Eğer pislği başkaları dökmüş ise dökenler cezalandırılıns(md.2),

-Çevreyi her türlü pislik ve leşlerden temizlettirsin(md.11 ilk cümle),

-Hiç kimse inatlaşıp yasaklanma karşı gelmesin(md.12 ilk cümle).

Türk hukuk tarihi açısından çevreyle ilgili daha bir çok hüküm ve düzenleme bulmak mümkündür. Ancak bu mevzuat dağınık bir vaziyette olduğu için bir konu bütünlüğü sağlanabilmiş değildir. Ayrıca, Türkiye çevreyle ilgili bir çok uluslararası anlaşmaya da imza koymaktan çekinmemiştir⁶⁷. Ancak çalışmamızın sınırını zorlamamak için, 1982 Anayasasına kadar olan dönemde çıkartılan ve halen yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine birkaç örnek vermekle yetinmek istiyoruz;

13.3.1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanunu⁶⁸ (md.78/2,4,5,13;80/11), 442 sayılı ve 18.3.1340 tarihli Köy Kanunu⁶⁹ (md.6,8,13,14,36,68, Ek Madde, 11,12,13,14,15),

62 1961 Anayasasının "Sağlık Hakkı" başlığını taşıyan 49. maddesi şöyledir;
"Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.
"Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirler alır".

63 ZABUNOĞLU Yahya K., "Türkiye'de İnsan Hakları ve Hak Arama Özgürlüğü", KBD, 1991/1, s.9.
64 belgenin orijinali ve Türkçesi için bkz. Çevre Bibliyografyası, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü yayını, Ankara 1995, s.VII-XI. Başka örnekler için aynı eserin mütakip sayfalarına bakılabilir. Ayrıca bkz. BİNARK İsmet, "Başbakanlık Osmanlı Arşivindeki Belgeler Işığında Türkler'de Çevreçilik Anlayışı", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995,s.11 vd.

65 Konuyla ilgili başka haberler için bkz. Dünya Gazetesi, 24.06.1995, Siyah-Beyaz Gazete, s.16.08.1995, Türkiye Gazetesi, 16.08.1995, Zaman Gazetesi(2), 22.01.1997.

66 Madde sayısının 13 olduğu yönünde bkz. BİNARK, agm, s.13-14

67 Türkiye'nin taraf olduğu çevreyle ilgili uluslararası anlaşmalarla ilgili toplu bilgi için bkz. CANTÜRK Behiç, Çevre Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1996, s.281 vd.

68 Takvimi Vakayi, 15.03.1329 tarih, S.1414

69 Resmi Ceride, 07.04.1340 tarih, S.68

1580 sayılı ve 3.4.1930 tarihli Belediye Kanunu⁷⁰ (md.1,15,19,159), 1593 sayılı ve 24.4.1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁷¹ (yaklaşık 37 maddesi çevreyle ilgilidir), 6831 sayılı ve 31.8.1956 tarihli Orman Kanunu⁷², 775 sayılı ve 20.7.1966 tarihli Gecekondu Kanunu⁷³.

B-1982 ANAYASASINDA ÇEVRE HAKKININ DÜZENLENİŞİ

1-Genel Olarak

Türk Hukuk sisteminde temel hak ve hürriyetler, esas itibariyle Anayasalarda düzenlenmektedir. Ancak bu uygulama, Anayasaların haricinde temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemenin yapılamayacağı manasına gelmemelidir. Önemli olan husus, böyle bir düzenlemenin Anayasa dışındaki bir mevzuatta düzenlenmesi halinde, bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmamasıdır. Bir diğer ifadeyle, düzenlemeler Anayasaya aykırı olmadıkları sürece, düzenledikleri temel hak ve hürriyetlerin değerinde bir düşme olmaz. Yani bu düzenlemelerden yararlanmaya veya ona dayanarak bir talepte bulunmaya engel bir durum yoktur⁷⁴. Nitekim, 1982 Anayasası ile düzenleme yapılmadan önce, çevre hakkı, her ne kadar ismen belirtilmese de nitelik itibariyle, birçok mevzuatta düzenleme yoluna gidilmiştir⁷⁵.

2- Temel Norm; Anayasanın 56 ncı Maddesi

1982 Anayasasının 56 ncı maddesi, çevre hakkını doğrudan düzenleyen bir hükümdür. Konuyu düzenleyen 1. ve 2. fıkralara göre;

"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşın ödevidir."

a-Haklarla İlgili Sınıflandırmadaki Konumu

Bilindiği gibi 1982 Anayasasının "İkinci Kısım", "Temel Haklar ve Ödevler" başlığını taşımakta ve dört bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölüm'de "Genel Hükümler", İkinci Bölüm'de "Kişinin Hakları ve ödevleri", Üçüncü Bölüm'de ise "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve ödevler" yer almaktadır. İşte çevre hakkı, teorik planda "üçüncü kuşak haklar" yada "dayanışma hakları" gurubunda yer almasına veya bu şekilde nitelendirilmesine rağmen, bu haliyle tam olarak bağımsız bir kimliğe kavuşamadığı için, genellikle anayasalarda, "sosyal ve ekonomik haklar" arasında düzenleme yoluna gidildiğinden⁷⁶, 1982 TC Anayasası da farklı bir tutum sergilememiştir. Çevre hakkını, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan Üçüncü Bölümünde düzenlemiştir. Çevre Hakkı, sağlık hakkıyla aynı maddede düzenlendiği için, madde üst başlık olarak "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bizim kısaca "Çevre Hakkı" dediğimiz bu hakkı, Anayasa sanki bir tarif yapar gibi⁷⁷ "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı" olarak isimlendirmektedir.

70 RG, 4 Nisan 1930 tarih, S.1471

71 RG, 6 Mayıs 1930 tarih, S.1489

72 RG, 8 Eylül 1956 tarih, S.9402

73 RG, 30 Temmuz 1966 tarih, S.12362

74 ARMAĞAN Servet, "Türk Hukuk Sisteminde İnsan Hakları", DÜHFD, Y.1993, S.6, s.5,11.

75 KUZU, agm, .148

76 HAMAMCI, agm, s.174

77 KABOĞLU, age, s.43

Her şeyden önce bir hususu tesbitte yarar vardır; temel hak ve hürriyetlerin değişik açılardan sınıflandırılması yada gruplara ayrılması, daha çok onların anlatımlarını ve onlarla ilgili açıklamaları kolaylaştırmak için yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle, bir temel hak ve hürriyetin şu yada bu grupta yer alması, o temel hak ve hürriyetin özü ve değerine bir etki etmez. Çünkü temel hak ve hürriyetler bir bütünü oluşturur ve bölünmesi söz konusu olmaz. Bu şekildeki bir sınıflandırma veya guruplara ayrılma, yalnızca, yapı itibariyle birbirine benzeyen hak ve hürriyetlerin biraraya getirilmesinden ibarettir⁷⁸. Mesela, 1961 Anayasasında "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan bölümde düzenlenen "Mülkiyet Hakkı"(m.36), 1982 Anayasasında "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığını taşıyan(klasik hak ve hürriyetleri oluşturur) bölümde(m.35) düzenlenmiştir. Doyasıyla bu şekildeki bir düzenleme, mülkiyet hakkının niteliğinde bir değişiklik yapmamıştır. Olsa olsa, pozitif hukuk açısından bazı pratik neticeleri gündeme gelebilir.

Çevre hakkının 1982 Anayasasında "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde düzenlendiğini belirtmiştik. Çevre hakkının bu bölümde düzenlenmesinin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Sosyal ve ekonomik hakların genel bir değerlendirmesinin yapılması ve bunun çevre hakkıyla mukayese edilmesi halinde, sorunun cevabı ortaya çıkacaktır.

Bu grupta yer alan haklar ve ödevler, özellikle 19. Yüzyıldan sonra sosyalist fikirlerin etkisiyle tanınmaya başlanmıştır ve bu bölümde sadece "haklar" değil, aynı zamanda "ödevler" de söz konusudur. Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. madesi, "kişinin temel hak ve hürriyetlerini...engelleri kaldırmaya" ve "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya" çalışmanın devletin amaç ve görevi olduğunu belirtmektedir⁷⁹. Bu temel ilke çerçevesinde, devletin hak ve özgürlükler alanındaki konumu, her temel hak ve hürriyetin niteliğine göre değişebilmekte; klasik haklar konusunda daha çok "hak ve özgürlükleri zedelememe" ile yükümlü olduğu halde, sosyal ve ekonomik haklar konusunda "somutlaştırma" göreviyle karşı karşıyadır⁸⁰. Sosyal ve ekonomik haklar arasında da birtakım farklılıklar göze çarpmaktadır. Bir kısmı, klasik hak ve hürriyetlere benzediği halde, bir kısmı da hakların gerçekleştirilmesi konusunda, devletin daha çok sorumluluk üstlenmesini gerektirmektedir. İkinci grubun başında da çevre hakkı gelmektedir.

Anayasada sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere ilişkin olarak öngörülen "program hükümler", "sosyal devlet" ilkesiyle beraber değerlendirildiğinde, bu haklar konusunda devletin faal olması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Bu faal olma gereğinin somutlaşması ise, zamana ve özellikle siyasal iktidarın tutumuna bırakılmıştır. Bu sebeple, hak sahipleri, Devlete ve bir bakıma Yasama organına, Devletin sorumluluk üstlenerek faal olması konusunda bir baskı yapamaz ve bir talepte bulunamaz⁸¹. Nitekim, 65. maddenin gerekçesinde, "Madde, hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirilmesini isteme hakkını vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirtmektedir" denilerek, sosyal ve ekonomik hakların ancak "Devletin lütfettiği" sınırlar içinde kullanılabilceği belirtilmek

⁷⁸ ARMAĞAN, agm, s.10. KUZU, agm, s.149

⁷⁹ Anayasanın bu hükmünün, temel hak ve hürriyetler konusunda, devletin amaç ve görevleri arasında insan haklarını "korumayı" almadığını, "gerçekleştirmeyi" ise çok yumuşak bir şekilde ifade ettiğini, bunun sonucu olarak da, 1982 Anayasasının, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi konusunda devlete net amaçlar göstermekten uzak olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. SANCAR Mithat, "İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası", AİD, C.25, S.2, Haziran 1992, s.8. AKILIOĞLU Tekin, "1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları", İHY, C.5-6, Y.1983-1984, s.52 vd.

⁸⁰ SABUNCU, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", İHY, C.7-8, Y.1985-1986, s.15-16.

⁸¹ SABUNCU, agm, s.20

istenmiştir⁸². Ancak bu devletin lütfuna muhtaçlık, yine de bu hakların "hak" olma özelliğini yitirmelerine sebebiyet vermez⁸³.

Bir üçüncü kuşak hakkı, yada dayanışma hakkı olarak isimlendirilen çevre hakkı, daha önce tanınmış ve kabul edilmiş olan iki kuşak haktan farklıdır. Fakat her ikisinin de bazı özelliklerini taşımaktadır ve kendine has yapısı olan bir haktır. Bu sebeple, çevre hakkının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve ödevler" bölümünde düzenlenmesi pek hoş görünmemektedir. Çünkü, daha sonra değineceğimiz gibi, çevre hakkının bu bölümde yer alması, 65 inci madde gibi bir takım hükümlerin olumsuz etkisiyle karşılaşmaktadır. Ancak, 56 ncı maddenin kaleme alınış şekli, bu bölümde düzenlenmiş olmasına rağmen, biraz da olsa üçüncü kuşak hak niteliğini yansıtır gibidir⁸⁴. 56 ncı madde gerekçesine bakıldığında da, diğer sosyal ve ekonomik haklardan farklı kılınmak istendiği anlaşılabılır. Gerekçede, "çevre korunması, ferde Devlete karşı dengeli ve sağlıklı çevrede yaşama yolunda bir sosyal hak tanınmasını zorunlu kılmaktadır"⁸⁵ denilerek, bu farklılık ima edilmeye çalışılmaktadır. Bu yorumlama çalışmasına rağmen, gerekçede çevre hakkından "sosyal hak" olarak bahsedilmesi, gerçekten anayasa koyucunun bu hakkı "sosyal hak" olarak gördüğü şeklinde de yorumlanabilmektedir⁸⁶. Ancak, bu şekildeki yorum pek isabetli olmasa gerekir. Biraz önce de belirttiğimiz gibi, 56 ncı maddenin düzenlemesi diğerlerinden farklıdır. Çevre hakkı konusunda, herkes hem hak sahibi hem de borçludur. Oysa, sosyal haklar, herkesin hem hak sahibi hem de borçlu olabilmesine müsait değildir. Bu sebeple, yine de çevre hakkının, niteliğine uygun olarak, üçüncü kuşak hakların ruhuna uygun olarak düzenlendiği söylenebilir⁸⁷.

Konunun başka bir yönü ise, yeni liberal politikaların etkisiyle sosyal haklardaki gerileme eğilimidir. 1980'li yıllardan itibaren devletin küçültülmesi, özelleştirme ve serbest piyasa ekonomisinin geliştirilmesi, ekonominin yeniden yapılandırılması gibi ülkemiz gündemine de giren önlemler ve politikalar, sosyal haklarda bir gerilemeye sebebiyet vermiştir⁸⁸. Sosyal haklardaki bu gerilemenin, çevre hakkına da etki edeceği akla gelebilir. Bir başka ifadeyle, çevre hakkının sosyal ve ekonomik haklar içinde düzenlenmesi ve bu haklarda da gerileme olması, çevre hakkı açısından bir risk olarak değerlendirilebilir. Ancak, çevre hakkının niteliği ve kendisine verilen önem karşısında fazla endişeye gerek yoktur. Özellikle Türk hukuku açısından, Anayasanın mevcut düzenlemesi de bu endişenin giderilmesine yardımcı olacaktır.

Diğer yönüyle, 1982 Anayasasında çevre hakkının sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler içinde yer alması belki bir avantaj olarak da kabul edilebilir. Çünkü henüz maddi bir müeyyideye kavuşamamış, hatta niteliği bile tartışılan 3. kuşak haklar⁸⁹ yada dayanışma hakları içinde zikredilmesi, ona bir belirsizlik kazandırabilirdi. Oysa, çevre hakkının mahiyeti gereği, böyle bir belirsizlik içinde tartışılmaya tahammülü ve hatta zamanı yoktur. Onun, hangi şartlar altında olursa olsun bir an önce hayata geçirilmeye ihtiyacı vardır.

82 GEMALMAZ, agm, s.73

83 SABUNCU, agm, s.20

84 KUZU, agm, s.150. HAMAMCI, agm, s.177

85 GEMALMAZ, agm, s.73

86 ÖZDEK, age, s.125

87 ÖZDEK, age, s.125

88 ÖZDEK Yasemin E., "1990'larda İnsan Hakları, Sorunlar ve Yönelimler", İHY, C.15, Y.1995,s.6 vd.

89 SUR, agm, s.43.

b-Hukuki Mahiyeti

Daha önce de belirttiğimiz gibi, çevre hakkının hukuki temelini Anayasanın 56 ncı maddesi oluşturmaktadır. Ancak, Anayasanın bu hükmünün hukuki mahiyeti konusunda doktrinde fikir ayrılığı mevcuttur ve bu fikir ayrılığı Anayasa hükmünün "program hüküm" olup olmadığı noktasında kendini göstermektedir. Anayasa hükmünü, "program hüküm" kabul edip etmemenin sonucu ise, çevre hakkı konusunda bu Anayasa hükmüne dayanarak bir talepte bulunup bulunulamayacağını belirleyecektir.

Bir görüşe göre, Anayasanın 56 ncı maddesi "program hüküm"dür; somut olarak uygulanması gereken bir hüküm değildir ve hedef saptama konumundan ileriye gidememiştir⁹⁰. Şayet bu görüş kabul edilecek olursa, Anayasanın bu hükmü, sadece yasama organına veya siyasi iktidara direktif veren, yol gösteren bir hüküm olarak değerlendirilecek, doğrudan uygulamaya geçirilemeyecek yada buna dayanarak bir talepte bulunulamayacaktır⁹¹. Bir diğer ifadeyle, bu görüş kabul edilecek olursa, Devlete yada diğer vatandaşlara yüklenmiş bir "yükümlülükten" veya "talep hakkından" bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Bu görüşün aksini savunanlara göre ise, Anayasanın bu hükmü "normatif" nitelik taşıyan, kişiyi devlet karşısında ele alarak "dikey ilişkiler" kuran, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı bir "insan hakkı" olarak kabul eden bir hükümdür⁹². Eğer, Anayasanın hükmünün hukuki niteliği konusunda ileri sürülen bu son görüş benimsenecek olursa, 56 ncı madde hükmü, fertlere ve devlete somut yükümlülükler yükleyen, çevrenin korunması konusunda menfaati olan herkese, bu menfaatinin hukuki prosedür içinde tanınmasını isteme yetkisi veren bir hüküm olarak değerlendirilecektir⁹³.

Anayasanın çevre hakkını düzenleyen hükmünün hukuki mahiyeti konusunda ileri sürülen bu görüşlerden, ikincisi daha isabetli gözükmektedir. Belki ilk bakışta, çevre hakkına ilişkin bu hükmün "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde düzenlenmiş olması, onun sosyal ve ekonomik hakların bütün özelliklerini taşıyan bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Daha önce belirttiğimiz gibi sosyal haklar, daha çok devletin "olumlu müdahalesini" gerektiren ve vatandaşın "talep hakkı" tanımayan bir grubu oluşturmaktaydı. Dolayısıyla bu tür hakları düzenleyen Anayasa hükümleri "program hüküm" niteliğini taşıyordu. Oysa çevre hakkını düzenleyen 56 ncı maddenin düzenlenişi farklıdır. Bu hükmü, tam manasıyla sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirmek, onun bir çok yönünü ihmal etmek olur ve bu da kabul edilemez.

Bir kere, "program hüküm" lerde genellikle hak sahibinden ve hakkın konusundan, muhatabından bahsedilmez. Mesela Anayasanın 57 ncı maddesine göre Devlet, konut ihtiyacını karşılayacak "tedbirleri alır" ve "girişimleri destekler". Burada hak sahibi yada hakkın konusu belli değildir. Sadece yasama organına veya siyasi iktidara bir tavsiye veyahutta yol gösterici rol oynar. Oysa, 56 ncı maddenin düzenlenişine baktığımızda durum hayli farklıdır. Her şeyden önce, Anayasa maddesi, çevre hakkının "dayanışma hakkı" olma niteliğine azda olsa uygun düzenlenmesine rağmen, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde zikredilmesi tercih edilmiştir. Esasen birçok Anayasada da böyle bir hak kategorisi(dayanışma hakları) öngörülmemiştir. En önemlisi de 56 ncı maddenin düzenlenmesinde, hakkın "sahibi", "konusu" ve "yükümlüsü" açıkça belirtilmiştir⁹⁴. Biraz sonra tekrar değineceğimiz gibi, hakkın sahibi "herkes", yükümlüsü "Devlet ve vatandaş", konusu "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak", yükümlülüğün konusu ise "geliştirme, koruma ve kirlenmeyi önleme"dir. Bu haliyle, çevre hakkını diğer sosyal ve ekonomik haklarla eşit tutmak, bunun sonucu olarak da 56

⁹⁰ HAMAMCI, agm, s.177. GEMALMAZ, agm, s.73-74. ÖZDEK, age, s.126.

⁹¹ ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1988, s.112

⁹² GEMALMAZ, agm, s.73. KABOĞLU, age, s.44. ÖZDEK, age, s.126.

⁹³ ÖZDEK, age, s.126.

⁹⁴ ÖZDEK, age, s.126-127

ncı maddeyi "program hüküm" olarak kabul etmek hatalı bir düşünce olsa gerektir. Hatta yargı içtihatlarında bu Anayasa hükmüne dayanılması, onun "uygulanabilir" bir hüküm olduğunu ve dolayısıyla "program hüküm" vasıflandırmasının isabetli olmadığını teyit eder niteliktedir.

Bunun yanında, birinci görüş sahiplerinin, yani, mezkur Anayasa hükmünün "program hüküm" olduğunu iddia edenlerin yüzde yüz hatalı olduklarını söylemek de, biraz haksızlık olsa gerek diye düşünüyoruz. Bizi düşüncemizde tavize zorlayan durum ise, 56 ncı maddenin sınırlı ve eksik bir düzenlemeyi yansıtmadır. Her şeyden önce, çevre hakkıyla ilgili olarak Devletin yükümlülükleri konusunda bir "somutlaştırma" yoluna gidilmemiştir. Bir diğer yön ise, hakkı gerçekleştirme araçlarının yeterli olmaması ve özellikle muhatapların sorumluluğu ve müeyyide konusuna değinmeyerek, bunu bir nevi kanunlara bırakmasıdır⁹⁵. Bu eksikliklerin varlığını kabul ediyoruz. Ancak, bu durum, 56 ncı maddenin tamamen bir program hüküm olarak nitelendirilmesine yeterli olmamalıdır.

c- Çevre Hakkını Bağımsız Bir Hak Olarak Görmesi

Anayasanın 56 ncı maddesinin düzenleniş biçiminden, yani madde başlığının "sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" şeklinde kaleme alınmasından, sağlık hakkı ve çevre hakkının bağımsız haklar olarak değil, bir bütün olarak öngörüldüğü yada tanındığı sonucu çıkarılabilir⁹⁶. Elbette çevre hakkının sağlık hakkıyla bir ilgisi vardır ve esasen bütün hak ve hürriyetler de birleriyle ilgilidir ve birbirlerini tamamlar mahiyettedir. Ancak, sırf her iki hak aynı Anayasa maddesinde düzenlendi diye, çevre hakkının bağımsız bir hak olduğunu kabul etmemek mümkün değildir. Madde hükmü çok yakından incelendiğinde, çevre hakkının bağımsız bir hak olarak kabul edildiği anlaşılacaktır.

d-Çevre Hakkının Sahibi, Konusu ve Muhatabı

Çevre hakkının veya Anayasanın tabiriyle "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının" sahibi "herkes"dir. Yani başta vatandaşlar olmak üzere, ülke üzerinde yaşayan tüm kişiler bu hakkın "sahibi" konumundadırlar ve bütün bu kişiler, çevre hakkına saygı gösterilmesini isteyebilir. Hak sahiplerinin bu kadar geniş tutulması, çevrenin "herkesin malı" olarak kabul edildiğini ve bu hakkın "dayanışma hakkı" olma özelliğinin dikkate alındığını gösterir. Hatta daha da ileri gidilerek, çevrenin aynı zamanda "gelecek kuşakların malı" olarak da kabul edilip, gelecek kuşakların da hak sahibi olarak görüldüklerini söylemek mümkündür⁹⁷.

Hakkın konusu ise "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak"tır. Burada "çevre" kavramına herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, çevrenin çok geniş olarak ele alındığını da kabul etmek gerekir. Dolayısıyla insan hayatını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen her türlü doğal ve beşeri çevre, "içinde yaşanacak çevreyi" oluşturmaktadır⁹⁸.

Hakkın yükümlülerine gelince; burada Anayasanın ilginç bir düzenlemesi göze çarpmaktadır. Anayasa, çevre hakkının yükümlüsü olarak "Devlet ve vatandaş" göstermektedir. Burada Devletin çevre hakkıyla ilgili en önemli "yükümlü" olarak kabul edilmesinde bir anormallik yoktur. Normal olmayan durum, Devlet haricindeki yükümlülerin sadece "vatandaş" olarak sınırlandırılmasıdır. Herkesin, mesela ülke üzerindeki yabancıların, hak sahibi olarak kabul edilmesine rağmen, yükümlünün sadece "vatandaş" olarak belirlenmesi veya sınırlanmasını anlamak güçtür. Bu hükmü lafzi bir

⁹⁵ KABOĞLU, age, s.44.

⁹⁶ GEMALMAZ, agm, s.72.

⁹⁷ TOKUÇOĞLU, "Çevre Sorunu", s.62-63

⁹⁸ Çevre kavramı hakkında daha geniş bilgi için bkz. yuk. s.

yorumu tabi tutduğunuzda, ülkede bulunan yabancılar yükümlü olmadıkları için, çevreyi kirletebilecekler, vatandaş ise "yükümlü" olduğu için çevreyi kirletmekten kaçınacaktır. Böyle bir çözümün kabulü ise mümkün değildir. Çevre hakkına ilişkin temel felsefe olarak "hak-ödev diyalektiği" kurulmaya çalışıldığına göre⁹⁹, yükümlü olarak gösterilen "vatandaş" tabirini, gai bir yorum ve hakkın mahiyetine de uygun olarak "herkes" şeklinde anlamak isabetli olacaktır. Yine aynı şekilde, Anayasa hükmünde değinilmemesi karşısında, toplulukların da hakkın yükümlüsü olamayacağını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla, topluluklar da dahil olmak üzere "herkes" hakkın yükümlüsüdür. Diğer bir ifadeyle, çevre hakkının "sahipleri" kimse, hakkın "yükümlüsü" de onlar olmalıdır¹⁰⁰.

Bu açıklamalardan sonra, hak sahibinin talep edebileceği, yükümlülerin ise yerine getirmek zorunda olduğu "yükümlülüğün" muhtevasının ne olduğu sorusu akla gelebilir. Yükümlüler, çevre hakkının gerçekleşmesi için, yani, "çevrenin geliştirilmesi", "çevre sağlığının korunması" ve "çevre kirliliğinin önlenmesi" konusunda, "yapma" yada "yapmama" konusunda bir "edim" borcu altındadırlar¹⁰¹. Özellikle Devletin, yükümlülüğü daha çok "yapma" biçimindeki olumlu edimi gerektirmektedir.

3- Anayasanın 56 ncı Maddesini İlgilendiren Diğer Hükümler

Anayasanın 56 ncı maddesinin hukuki mahiyetini incelerken, uygulanması gereken bir norm olduğunu, bunun yanında, "program hüküm" diyenleri de azda olsa haklı çıkaracak eksik düzenlemelerinin olduğunu belirtmiştik. Anayasanın bu hükmü her ne kadar, çevre hakkına ilişkin temel normu oluştursa da, Anayasanın bütünlüğü içinde ele alınması ve ona göre değerlendirilmesi gereklidir. Çünkü Anayasanın bütün hükümlerinin dengeli bir uygulama içinde olması zorunluluğu karşısında, 56 ncı maddede düzenlenen çevre hakkının da, Anayasada tanınan diğer hak ve hürriyetlerle olan ilgisini belirlemede yarar vardır. Bu irtibatı iki kısımda ele almak mümkündür; çevre hakkını sınırlayan hükümler ve çevre hakkını muhtevasını genişletmeye yarayan hükümler.

a- Çevre Hakkını Sınırlayan Hükümler

Nitelikleri Anayasanın 12 ncı maddesinde belirtilmeye çalışılan temel hak ve hürriyetlerin, bir takım genel ve özel sınırlama sebepleriyle "Kanunla" sınırlanabileceği yine Anayasanın 13 üncü maddesinin hükmüdür. Çevre hakkı, burada hem "sınırlayan" hemde kendisi "sınırlanan" konumundadır.

Anayasanın 13 üncü maddesinde, "çevre" nin bir sınırlama sebebi olduğu açıkça belirtilmemiştir. Ancak, bağımsız birer hak olarak kabul edilseler bile, çevre ve sağlık arasındaki yakın ilişki inkar edilemez. Genel sınırlama sebepleri arasında "genel sağlık" da yer aldığından ve de her iki konu, yani sağlık ve çevre, aynı maddede düzenlendiğinden, "çevre" nin de bir "genel sınırlama sebebi" olduğunu, en azından 1982 Anayasası açısından söylemek mümkün olabilir.

Çevre hakkı da diğer hak ve hürriyetler gibi, Anayasanın 13 üncü maddesi hükmüne istinaden, niteliğine uygun düştüğü oranda genel ve özel sınırlama sebepleriyle sınırlanabilir. Bu sınırlamalardan ilki, çevre hakkının düzenlendiği bölüm itibariyle gelmektedir. Anayasanın 65 inci maddesine göre, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirtilen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir". Çevre hakkı, mahiyet olarak tam bir "sosyal ve ekonomik hak" olmasa da, Anayasa tarafından düzenlendiği yer itibariyle,

⁹⁹ KABOĞLU, age, s.44.

¹⁰⁰ TOKUÇOĞLU, "Çevre Sorunu", s.63. ÖZDEK, age, s.127.

¹⁰¹ KABOĞLU, age, s.44.

Anayasanın bu 65 inci maddesinin sınırlarına tabi olmak durumundadır¹⁰². Bu maddedeki sınırlama, kişilerine bir etki etmez ve devletin yükümlülüklerini de tamamen ortadan kaldırmaz. Sadece devlet, kendisine yüklenen ödevlerini, "ekonomik istikrarı" ve "mali kaynaklarının yetersizliğini" gerekçe göstererek, yerine getirmekten kaçınabilir¹⁰³. Bazı yazarlar, 65 inci maddedeki sınırlamanın, çevre hakkına ilişkin "geliştirme", "koruma" ve "önleme" yükümlülükleri açısından geçerli olamayacağını, sınırlamanın ancak "eski hale getirme" ye yönelik büyük yatırımlar açısından geçerli olacağını ileri sürmektedirler¹⁰⁴. Bu fikir kısmen doğrudur. Ancak, sınırlamayı sadece eski hale getirmeye yönelik büyük yatırımlar için kabul etmek biraz fazla iyimserlik olur. Öncelikle Anayasa hükmü, gerek İdareye ve gerekse Yasama Organına, bir nevi "takdir hakkı" tanımıştır. Bu bağlamda, hükümetlerin kalkınma politikalarının mahiyetine göre, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin yükümlülüklerini yerine getirecek veya getirmekten kaçınacaktır. Çevre hakkı da sosyal ve ekonomik haklar içinde düzenlendiğine göre, Hükümetler, 65 inci maddeye dayanarak, çevre hakkına yönelik sınırlama getirebilecek veya çevreyi gözden çıkarılabilecektir. Ayrıca sistem gereği hükümetin politikalarına uygun hareket eden Yasama Organı da aynı tutumu sergileyebilecektir. Nitekim bir dönem, Gökova ve Aliğa'ya termik santral yapımı konusundaki girişimler buna iyi bir örnektir¹⁰⁵. Ancak burada devreye, Anayasanın 56 ncı maddesini "Normatif Hüküm" olarak kabul etme eğiliminde olan yargı kararları girmekte ve 56 ncı maddenin düzenleniş biçimi itibariyle, diğer sosyal ve ekonomik haklardan ayrılması gerektiği görüşüyle karşılaşmaktadır. Bu bağlamda, 65 inci maddenin sınırlayıcı özelliği, aynı bölümdeki diğer hükümlerle kısımlandığında, 56 ncı madde açısından oldukça azaldığını görüyoruz. Bu arada, Anayasanın 65 inci maddesinin, 1961 Anayasasının 53 üncü maddesine nazaran daha geniş tutulması karşısında, başlı başına bir tartışma konusu olduğunu da¹⁰⁶ belirtmekte yarar vardır.

Çevre hakkının düzenlendiği yer itibariyle sınırlanmasına veya teminat eksikliğine tabi tutulmasına neden olan bir başka hüküm de Anayasanın 91 inci maddesidir. Bu hükme göre, "... Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararname ile düzenlenemez". Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, üçüncü bölümde yer alan "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler", KHK ile düzenlenebilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasanın 13 üncü maddesinde öngörülen "kanunla düzenleme" teminatı, bu hak ve ödevler için geçerli olmayacak, veya en azından bu teminat yumuşatılmış olacaktır. Gerçi, 91 inci madde "düzenleme" tabirini kullandığından, fazla bir mahzurun doğmayacağı da söylenebilir. Çünkü her düzenleme, bir "sınırlama" oluşturmaz. Bu sebeple, "sınırlama" seviyesine ulaşmayan "düzenleme" lerin, KHK ile yapılması, bu bölümdeki haklar ve dolayısıyla çevre hakkı açısından çok az tehlikeli olabilir¹⁰⁷. Ayrıca, bu tür sosyal ve ekonomik hakların daha çok "olumlu" bir müdahaleyi gerektirmesi, 13 üncü maddedeki teminatın 91 inci madde ile yumuşatılmasının mahzurunu azaltabilir.

b-Muhtevasını Genişleten Hükümler

Bu hükümlerden ilki, aslında muhtevasını genişletmeye yarayan bir hükümden ziyade, korunmasına yönelik bir hüküm olan Anayasanın 40 inci maddesidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, 56 ncı madde, çevre hakkına ilişkin olarak, sorumluluk, müracaat ve müeyyide konularına değinmemiş, konuyu bir bakıma Kanunlara bırakmıştır. Ancak, hakkın korunması konusunda özel bir düzenleme yapılmamasına rağmen, bütün temel

102 ÖZDEK, age, s.128.

103 ÖZDEK, age, s.128.

104 KABOĞLU, age, s.45.

105 Konuyla ilgili Danıştay kararlarına daha sonraki kısımlarda değinilmiştir.

106 GEMALMAZ, agm, s.73.

107 KABOĞLU, age, s.45-46.

hak ve hürriyetler için öngörülmüş olan 40. maddenin, 56 ncı maddede düzenlenen çevre hakkı içinde geçerli olduğunu kabul etmemek için hiç bir sebep yoktur.

Anayasanın 40 ıncı maddesi(f.1), "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvuru imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." hükmünü sevk etmiştir. Bu hükme göre, Anayasada tanınan hak ve hürriyetlerin sahibine tanınan korumayla ilgili yetki, "yetkili makama başvurma imkanının sağlanmasını isteyebilmek" tir. Buradaki "yetkili makam", idari makamları, yargı makamlarını ve hatta Anayasanın 74 üncü maddesinde düzenlenen "dilekçe hakkı" yardımıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni ifade etmektedir¹⁰⁸. Elbette bu müracaatların esaslarını belirleme görevi Kanunlara bırakılmıştır.

Çevre hakkı açısından da geçerli olacak bu düzenleme karşısında, çevre hakkının ihlalden kaynaklanan başvurular için Kanuni düzenlemelerin hangi konumda olduğu sorusu akla gelebilir. Çevre Kanununun 30 uncu maddesi, İdari makamlara başvuruyu düzenlemesine rağmen, özellikle hakkın yargısal yollarla korunmasını düzenlemekten kaçınmıştır. Ancak böyle bir eksiklik, yargısal başvuru yolunun olmadığı manasına gelmez. Yine Anayasanın diğer hükümleri ve özellikle de hak arama hürriyetine ilişkin 36 ncı maddesi delaletiyle, ayrıca diğer Kanunlar yardımıyla, mesela İYUK'un 10 ve 11 inci maddeleri çerçevesinde, yargısal başvurunun mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da, yukardaki hükmün haricinde, çevre hakkının muhtevasını genişleten veya onu açıklamaya yarayan birçok hüküm mevcuttur. Her ne kadar "Anayasanın Birliği" ilkesi gereğince, her kuralın yorumunun diğer kurallarla yapılması zorunlu ise de¹⁰⁹, biz burada çevre hakkını çok yakından ilgilendirdiğini düşündüğümüz birkaç madde hükmüne değinmekle yetineceğiz.

Çevre hakkını yakından ilgilendiren hükümlerden birisi, çevre hakkını düzenleyen maddeden hemen sonra gelen 57 nci maddedir. Buna göre "Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacının karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler". Bu düzenleme, konut hakkıyla çevre hakkının irtibatını belirtmesinin yanında, çevre hakkını, konut hakkının "sınırlanması aracı" olarak ele aldığı da söylenebilir.

Çevrenin birer parçası olan, deniz, göl ve akarsu kıyı ve sahillerinden yararlanma konusunu düzenleyen 43 üncü madde; toprağın verimli bir şekilde kullanılmasını ve erozyonun önlenmesini öngören 44 üncü madde; tarım alanlarıyla çayır ve mer'aların amaç dışı kullanımını yasaklayan ve tedbir alınması konusunda Devlete ödev yükleyen 45 inci madde; çevre hakkının aynı zamanda "sosyal amaç" olması karşısında¹¹⁰, Devlete, özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun hareket etmesini sağlama ödevi yükleyen 48 inci madde; beden ve ruh sağlığı için sporun yaygınlaştırılmasını öngören 59 uncu madde; "tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını" öngören 63 üncü madde; ormanların korunmasını ve geliştirilmesini öngören 169 uncu madde, çevre hakkıyla yakından ilgili belli başlı hükümlerdir.

Çevre hakkıyla ilgili olan ve üzerinde biraz daha fazla durulmasını gereken bir diğer hüküm de, mülkiyet hakkını düzenleyen 35 inci maddedir. Bu hüküm, ilk bakışta çevre hakkıyla bir zıtlık içindeymiş gibi gözükülebilir. 35 inci maddeye göre mülkiyet hakkı, "ancak kamu yararı amacıyla" sınırlanabilir ve bu hakkın kullanılması "toplum yararına" aykırı olamaz. Çevre hakkının bir dayanışma hakkı mahiyetinde oluşunun sonucu olarak, çok geniş bir kitleyi ilgilendirmektedir. Bu haliyle çevre hakkı, "kamu yararı" yada "toplum yararı" yönü ağır basan bir haktır. Böyle olunca mülkiyet hakkı, "kamu yararı" veya "toplum yararı" gerekçeleriyle, "çevre hakkı lehine" sınırlanabilecektir. Bu sebepten dolayı, iki hak arasında bir zıtlıktan ziyade, "uyum"a

¹⁰⁸ ARMAĞAN, agm, s.15.

¹⁰⁹ SABUNCU, agm, s.21.

¹¹⁰ GEMALMAZ, agm, s.74.

yakın bir ilişkiden bahsedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹¹. Şayet, bir hakkın bir başka hakkı sınırlaması "uyum" olarak nitelendirilebilecekse, bu görüş doğrudur. Aksi halde, çevre hakkının, mülkiyet hakkını sınırlaması karşısında aralarında bir rekabetin olduğunu söylemek hata olmayacaktır.

4- Anayasanın 56 ncı Maddesinin Diğer Mevzuata Etkisi

Çevre hakkı konusundaki isteklerin ve çıkarların farklı olması, bu istek ve çıkarlar arasında, çok zor olsa da, bir dengenin kurulmasını gerektirir¹¹². Bu sebeple Anayasayla güvence altına alınmaya çalışılan çevre hakkının çerçevesini ve kullanım şeklini, kanunlar ve diğer mevzuatla düzenlemek de kaçınılmaz olur. Çevre hakkının anayasa altı düzenlemelerdeki görünümüne çok kısa da olsa değinmekte yarar görüyoruz.

a-Çevre Kanunu

Çevre hakkıyla ilgili ilk doğrudan düzenleme, 9.8.1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'dur¹¹³. Bunun haricinde de çevreyle dolaylı yada doğrudan ilgili Kanun, KHK ve Yönetmelikler bulunsa da, Çevre Kanunu, konuyu düzenleme açısından özel bir yere sahiptir. Bu sebeple, Kanunun içeriği konusuna, özetle de olsa değinmek istiyoruz.

Çevre Kanunu, kabulünden sonra bir çok değişikliğe uğramış olmakla birlikte¹¹⁴, çevre hakkı konusundaki temel yaklaşımında fazla bir değişiklik olmamıştır. çevre hakkını bir bütün olarak ele almaya çalışan bu kanun, birçok eksikliğe rağmen, Avrupa Topluluğu mevzuatı ilkelerine uygun hazırlanmış gibi gözükmektedir¹¹⁵. En azından böyle bir Kanunun çıkartılması bile, hukuk sistemimiz açısından çok önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir¹¹⁶.

Çevre Kanunu, çevreyi "bütün vatandaşların ortak varlığı" olarak değerlendirmektedir(md.1)¹¹⁷. Yine çevrenin korunmasını ve çevre kirliliğinin önlenmesini "gerçek ve tüzel kişilerle vatandaşların görevi" olduğunu kabul ederek(md.3/a), başta Devlet olmak üzere tüm gerçek ve tüzel kişileri, çevre hakkının yükümlüsü kılmıştır¹¹⁸ ve temel nitelikler itibarıyla Anayasanın 56 ncı maddesi ile uyum içindedir. Burada Kanunun bir eksikliği hemen göze çarpmaktadır; o da Anayasanın öngördüğü "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı"ndan söz etmemesidir¹¹⁹ ve Kanunun böyle bir nitelendirme ve tanımlama yolunu seçmemesini ve sadece "görevden" bahsetmesini anlamak hayli güçtür. Kanunun bu eksikliğini, Kanunun amaçlarını belirten 1. maddesinin oldukça geniş ve tatminkar tutulması da giderememiştir.

Mezkur Kanun, "kirlenme" ilkesi karşısında, çevre kirliliğinden kaynaklanan zararlara ilişkin sorumluluk konusunda "kirlenen öder" ilkesini tercih etmiştir(md.3/c). Kanunun bu yöndeki tercih ve düzenlemesi, "ağırlaştırılmış objektif sorumluluk"

111 ÖZDEK, age, s.131.

112 TOPRAK KARAMAN Zerrin, "Çevre Kirliliğinin Giderilmesinde Uzlaşmacı Politika", AİD, C.25, S.4, Aralık 1992, s.120.(Uzlaşma)

113 RG, 11.06.1983 tarih ve 18132 S.

114 8.6.1984 tarih ve 2872 sayılı KHK ile 6. ve 7. maddeleri kaldırılmış; 4.6.1986 tarih ve 3301 sayılı kanun ile 20, 21, 22 ve 24. maddeleri değiştirilmiş; 3.3.1988 tarih ve 3416 sayılı kanunla, 3, 4, 5, 8, 12, 18, 19, 28, 31 ve 32. maddeleri değiştirilmiş; 13.3.1990 tarih ve 409 sayılı KHK ile 5. maddesi kaldırılmış; 9.8.1991 tarih ve 443 sayılı KHK ile 4. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

115 TOPRAK KARAMAN, "Uzlaşma", s.120-121.

116 URAL, "Uygulaması", s.16.

117 Anayasanın çevreyi ilgilendiren hükümlerinde, "kamu yararı" unsuruna yer vermesi, Anayasanın da çevreyi "herkesin mülkü" olarak gördüğü sonucu çıkarılabilir.Bkz., ÖZDEK, age, s.131.

118 ÖZDEK, age, s.135.

119 KABOĞLU, age, s.50.

isimlendirilen sorumluluk türüne dahil edilmesine neden olmaktadır¹²⁰. Ancak bu sorumluluğun kabulü, hiç bir çıkış yolunun olmadığı manasına gelmez. Çevreyi kirletenler bu sorumluluktan kurtulabilmek için bir "kurtuluş beyyinesi" olarak, "kirlenmeyi önlemek için gerekli her türlü tedbiri aldıklarını ispat etmek"(md.3/e) zorundadırlar.

Çevre Kanununun öngörmüş olduğu ilkelerden birisi de, çevre korumasına ilişkindir. Kanuna göre, çevre korumasına ilişkin önlemlerin alınmasında, kalkınma çabalarının da göz önüne alınması (md.3/b) ve alınacak tedbirlerin bu kalkınma çabalarını olumsuz yönde etkilememesi gerekir(md.3/c). Kanunun bu hükmü, Anayasanın 65. maddesi ile, 56. maddeye getirilen sınırlamayla paralellik arzeder görünmektedir. Çevre hakkının niteliğine aykırı düşen ve bu hakkı belirli ölçülerde etkisiz kılacak bu düzenleme, Kanunun olumsuz yönlerinden biri olarak değerlendirilebilir¹²¹.

Çevre Kanunu, çevre hakkının idari yönden korunmasına ilişkin olarak yetkili mercilere, yakın izleme, ölçümleme, idari ve cezai müeyyideler uygulama, gerekli diğer önlemleri alma görev ve yetkisi vermiştir. Yine aynı Kanun, 30. maddesiyle, çevre hakkının hem sahibi hem de yükümlüsü olan kişiye "sorumlu vatandaşlık bilinci" aşılacak istencesine¹²², çevreyi kirleten ve bozan faaliyetleri öğrenmeleri halinde, bu faaliyetlerin durdurulmasını isteme; idari makamlara da bu gayeye yönelik olarak yapılan başvurular karşısında, gerekli önlemleri alma zorunluluğu yüklemiştir¹²³. Buna karşın, çevre kirlenmesinden doğrudan yada dolaylı olarak zarar görenlere, ABD'de kurumsallaşan "class action" denilen "yığın adına dava" açma yolu öngörülmemiştir ve bu bir eksiklik¹²⁴. Bu eksiklik belki, 30. madde çerçevesinde yapılan idari başvurulara olumsuz cevap alınması durumunda, İYUK'un 10.ve 11. maddeleri çerçevesinde bir değerlendirmeye, idari yargı yoluna başvurulması düşünülebilir¹²⁵. Esasen, Danıştayın uygulamaları da böyle bir yargısal başvuruya imkan tanımaktadır.

Çevre Kanunu, çevrenin ve ekolojik dengenin korunması için alınacak tedbirlerle ilgili bir çok önemli konuyu, yönetmeliklere bırakmıştır. Kanunun öngördüğü süreler içinde çıkarılamasa bile, gecikmeli olarak çıkartılan ve bir "çevre standardı" oluşturmaya yarayacak yönetmelikler şunlardır; Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği¹²⁶, Gürültü Kontrol Yönetmeliği¹²⁷, Su Kirliliği Kontrol Yönetmeliği¹²⁸, Çevre Kirliliğini Önleme Fonu Yönetmeliği¹²⁹, Gemi ve Deniz Araçlarına Verilecek Cezalarda Suçun Tesbiti ve Cezanın Kesilmesi Usulleri ile Kullanılacak Makbuzlara Dair Yönetmelik¹³⁰, Özel Çevre Koruma Fonu Yönetmeliği¹³¹, Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliği¹³².

120 GÜRAN Sait, "Çevre Kanununun Otuzuncu Maddesi", İHİD, Y.9, S.1-3 (L.DURAN'a Armağan Özel Sayısı), s.187, URAL, agm, s.18-19, ÖZDEK, age, s.135.

121 GÜRAN, agm, s.76. TOKUÇOĞLU, "Çevre Sorunu", s.64.ÖZDEK, s.134.

122 GÜRAN, agm, s.187.

123 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, agm, s.88 vd. GÜRAN, agm, s.187 vd.

124 GEMALMAZ, agm, s.91.

125 Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRAN, agm, s.187 vd.

126 RG, 2 Kasım 1986, S.19269

127 RG, 11 Aralık 1986, S.19308

128 RG, 4 Eylül 1988, S.19919

129 RG, 17.Mayıs 1985, S.18757

130 RG, 3 Kasım 1987, S.19623

131 RG, 2 Kasım 1990, S.20713

132 RG, 7 Şubat 1993, S. 21489. Bu yönetmeliklere ilave olarak, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği (RG, 20.5.1993) ve Zararlı Madde ve Kimyasal Ürünlerin Kontrolü Yönetmeliğini (RG, 11.7.1993) de zikretmek gerekir.

b-Diğer Mevzuat Hükümleri

1982 Anayasasının kabulünden sonra, Çevre Kanunu ve ilgili Yönetmeliklerden ayrı olarak, çevreyle yakından ilgili olarak birçok Kanun ve Kanun Hükmünde Kararname çıkartılmıştır. Bunların başında 9.8.1983 tarih ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu¹³³, 21.7.1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu¹³⁴, 18.11.1983 tarih ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu¹³⁵, 4.4.1990 tarih ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu¹³⁶ gelmektedir. Bu arada 1982 Anayasasından hemen önce çıkartılan 12.3.1982 tarih ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu¹³⁷ da çevreyle ilgili hükümler taşımaktadır. Zikredilen bu Kanunların yanında, birçok Kanun ve KHK'de çevreyle ilgili hükümler mevcuttur.

Çevre Kanununun, çevrenin korunması konusunda asıl görev ve yetkiyi kamu kuruluşlarına vermesi karşısında¹³⁸, bu görev ve yetkiyi kullanacak teşkilatlanma da önem arz etmektedir. Bu teşkilatlanmayı sağlayan mevzuatın en önemlileri ise, 19.10.1989 tarih ve 383 sayılı özel Çevre Koruma Kurulu Başkanlığı Kurulmasına Dair KHK¹³⁹ ile 9.8.1991 tarih ve 443 sayılı Çevre Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK¹⁴⁰ dir.

C-ÇEVRE HAKKININ YARGI KARARLARINA YANSIMASI

Teorik planda ve Anayasadaki hak ve hürriyetler açısından incelemeye çalıştığımız çevre hakkının yargı kararlarına ne ölçüde yansıdığı da hayli önemlidir. Zira, bu hakkın kullanımından kaynaklanan sorunlar ve hak ihlallerinin önlenmesine yönelik başvurular neticede yargı mercilerinin önüne gelecektir. Hal böyle olunca da, yargı organlarının ve özellikle de Anayasa Mahkemesinin bu hak konusunda nasıl davrandığının tesbitini yapmakta yarar vardır.

1- Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çevre Hakkı

Çevre hakkını düzenleyen Anayasanın 56 ncı maddesi çerçevesinde konunun ilk defa Anayasa Mahkemesince ele alınması, 3194 sayılı İmar Kanununun bazı hükümlerinin iptali için açılan dava neticesi alınan kararda¹⁴¹ söz konusu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi "Sağlıklı ve dengeli bir çevre kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlenmesi kadar, belirli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği kuşkusuzdur." diyerek, çevre hakkı kavramına açıklık getirmeye çalışmıştır. Yüksek Mahkeme, bu ifadelerle, çevre hakkının gerçekleşmesine ilişkin olarak "koruma" ve "plan ve program" öğelerine önem verdiğini göstermiştir.

Mezkur kararda devamla;

"Anayasanın 56 ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir denildiğine göre, dava konusu 26.maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen sanayi kuruluşlarının, çevre

133 RG, 11 Ağustos 1983, S. 18132

134 RG, 23 Temmuz 1983, S.18113

135 RG, 22 Kasım 1983, S. 18229

136 RG, 17 Nisan 1990, S. 20495

137 RG, 16 Mart 1982, S. 17635

138 KABOĞLU, AGE, S.51.

139 RG, 13 KASIM 1989, S.20341.

140 RG, 21 AĞUSTOS 1991, S. 20967.

141 AYM, 12.11.1986 tarih, E. 1985/11, K. 1986/29 sayılı kararı. AMKD, S.22, s.433 VD

sağlığının bozulması ve çevre kirliliği bakımından verecekleri zararın önlenmesi, bu kuruluşlara tanınan ayrıcalığın ortadan kaldırılmasıyla sağlanacaktır." denilmektedir. Bu ifadeyle Anayasa Mahkemesi, çevre hakkını "eşitlik" ilkesine de dayandırma yoluna gitmiş ve bazı sanayi kuruluşlarına verilen imtiyazların, çevreye zarar vereceği ve dolayısıyla eşitliğe aykırılık teşkil edeceğini de dikkate alarak, anılan kanunun 26 ncı maddesinin son fıkrasını Anayasanın 56 ncı maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Yüksek mahkeme yine aynı kararında "Devletin Anayasanın 56 ncı ve 57 nci maddelerinde öngörülen görevlerini yerine getirebilmesi ancak, belli bir plan ve program çerçevesinde sürekli gözetim ve denetim ile gerçekleştirilebilir" gerekçesiyle, toplam inşaat sahası belirli bir sınırdan altında kalan binalar için ruhsat alma zorunluluğunu kaldırarak 27 nci maddesini, Anayasanın 56 ncı ve 57 nci maddelerine aykırı bulmuştur. Mahkeme, aynı kanunun Boğaziçinin yapılaşmasına imkan tanıyan 47 nci maddesini de "kamu yararını gerçekleştirmek amacına yönelik olduğu kabul edilemez" gerekçesiyle Anayasanın 2 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin mezkur kararı incelendiğinde, Anayasanın 56 ncı maddesinde düzenlenen çevre hakkını, "eşitlik" ilkesini ve "kamu yararı" ölçüsünden de yararlanarak değerlendirdiğini görmekteyiz. Ayrıca, Yüksek Mahkemenin bu kararından, Anayasanın 56 ncı maddesinin salt Devlete yön gösteren, direktif veren bir program hükmü olarak kabul etmenin yanında, bu Anayasa hükmünün doğrudan doğruya uygulanma imkânına sahip bir "kamu hakkı" veya "kamu hürriyeti" olarak kabul ettiğini de çıkartabiliriz¹⁴². Bu sonuca, Yüksek Mahkemenin bir başka kararındaki¹⁴³, "Bu maddenin(AY md.56) birinci fıkrası, herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı bir hak olarak tanıırken, devlete de böylesi yaşamayı sağlamak ödevini yüklemiştir." ifadesinden de ulaşabiliriz.

Yine sonuç olarak diyebiliriz ki, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ve çok kısa alıntılar yaptığımız kararlarından¹⁴⁴ şu sonuca ulaşmak mümkündür; Anayasanın 56 ncı madde hükmü, "herkes" in ileri sürebileceği, talep edebileceği "sübjektif bir kamu hakkı" bahsetmekte; bunun yanında devlete de bu hakkın gerçekleştirilmesi konusunda bir "yükümlülük" getirmektedir¹⁴⁵.

2- Danıştay Kararları ve Çevre Hakkı

Danıştay, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden ve 1983 yılında Çevre Kanununun çıkarılmasından sonra, çevre konusundaki görüşünü, "Gökova Davası"¹⁴⁶ münasebetiyle verme imkanı bulmuştur. Gökova Davası, Bakanlar Kurulu'nun, Gökova Körfezi'ne Kemerköy Termik Santralinin kurulması yönünde almış olduğu karar aleyhine, Gökova Körfezi kıyısında meskun dört köyün muhtarı ve bir köy sakini tarafından açılmış olan bir iptal davasıdır.

Danıştay açılan bu iptal davasında öncelikle, müstakar içtihatlarına uygun olarak, köy muhtarı ve sakini olan davacıların dava ehliyetinin bulunduğuna karar vererek davayı esaslan incelemiştir. Davacılar iptal talebi gerekçelerini, Anayasanın 56 ncı maddesine, Çevre Kanununa, Turizmi Teşvik Kanununa ve Başbakanlık Çevre Müsteşarlığının

¹⁴² ÖZDEK, age, .153.

¹⁴³ AYM, 19.4.1988 tarih, E. 1987/16, K. 1988/8, AMKD, S.24, s.81 vd.

¹⁴⁴ Benzer kararlar için bkz. AYM, 28.6.1989 tarih, E. 1988/61, K. 1989/28 sayılı kararı, RG, 4.10.1989, S. 20302, AYM, 18.9.1991 tarih, E. 1990/23, K. 1991/29 sayılı kararı, RG, 23.1.1992, S. 21120. Anayasa Mahkemesinin çevre hakkını ilgilendiren kararları için bkz. ÖZDEN Yekta Güngör, "Yargı ve Çevre", Teknik Bülten, Başbakanlık Çevre Müsteşarlığı Yayını, S.30, Y.Haziran 1991, s.6 vd.

¹⁴⁵ Geniş değerlendirme için bkz. ÖZDEK, age, s.153.

¹⁴⁶ Bu dava, Danıştay 10. Dairesi'nin 24.6.1986 tarih, E. 1985/2739, K. 1986/1451 sayılı kararına konu olmuştur. Karar için bkz. AİD, C.19, S.3, Eylül 1986, s.150 vd.

yaptırması olduğu incelemede ortaya çıkan, termik santral için seçilen bu yerin çevre sağlığı açısından uygun olmadığı yönündeki rapora dayandırmışlardır. Davanın esası konusunda Danıştay; Çevre Kanununda, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin gereklerini saptama ve tesis kurma konusundaki takdir yetkisinin çevre sağlığını koruyucu önlemler alma zorunluluğu dışında kısıtlanmadığı, Çevre Kanununda bazı bölgelerde yatırım yapılması konusunda herhangi bir engelleyici hüküm bulunmadığı, ayrıca aynı kanunda (md.1) çevre sağlığını korumak amacıyla alınacak önlemlerin ekonomik ve sosyal kalkınma hedefleriyle uygun olması gerektiğinin belirtildiği, yine aynı kanunda (md.2/c) arazi ve kaynak kullanımı kararlarını veren ve projeleri değerlendiren makamların işlemlerinin kalkınma çabalarını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olmaması gerektiğini belirttiği, ayrıca hazırlatılan bilirkişi raporunda "gerekli önlemler alındığında çevreye zararlı olmayacağı"nın belirtiliği gibi gerekçelerle davayı esastan reddetmiştir. Danıştay bu kararında, davacıların gerekçe olarak dayandıkları Anayasanın 56 ncı maddesine fazla değinmeden, büyük ölçüde Çevre Kanununu esas almıştır.

Danıştay, Gökova Davası konusunda vermiş olduğu bu karardan sonra, "Zaferpark" ve "Güvenpark" davalarında, dava ehliyeti konusundaki tutumunu sürdürmüş, davaların esası konusunda ise, daha farklı bir tutum sergilemiştir.

Zaferpark Davasında¹⁴⁷, Zaferparkta otopark yapımı konusunda Belediyenin yapmış olduğu imar planı değişikliği aleyhine açılan davada Ankara 5. İdare Mahkemesi; çağdaş kentlerde özel otolara kolaylık sağlamak yerine, bunların kent merkezlerinden uzaklaştırılma çarelerinin arandığı, oysa yoğun yapılaşma karşısında yeşil alanların genişletilmesinin gerekli olduğu halde, idarenin işleminin çevre düzenini bozabilecek nitelikte olduğu gerekçeleriyle idarenin işlemini iptal etmiş ve Danıştay da bu kararı onanmıştır.

Güvenpark Davasında da, Ankara 6. İdare Mahkemesi, Güvenparkın otopark ve çarşı olarak tahsisi yönündeki Belediyenin imar planı değişikliği işlemi aleyhine açılan bu davada; kent merkezinde yeşil alan gereksinmesi ile ilgili olarak İmar Kanununda kişi başına yedi metrekare yeşil alan ayrılmasının bir zorunluluk olarak gösterildiği, yapılan işlemlerde ise buna dikkat edilmediği, aksine var olan estetik, tarihi, sembolik ve ekolojik değerleri yok edeceği için, uygulamanın sehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı açısından sakıncalı olduğu gerekçeleriyle Belediyenin imar planı değişikliğini öngören işlemini iptal etmiş, Danıştay 6. Dairesi de bu kararı onanmıştır¹⁴⁸.

Danıştay, bu son iki kararında da bilirkişi raporlarını hükmüne esas alma yolunu tercih etmiştir. Özellikle Güvenpark davasında Danıştayın, Anayasanın 56.maddesine yine değinmemekle beraber, çevre hakkı konusunda Anayasa Mahkemesi kararlarında geçen "Planlama İlkeleri" ve "Kamu Yararı" gibi kavramlara dayanması, iki yüksek mahkemenin görüşlerinin birbirine yaklaştığını göstermesi açısından önem arz etmektedir.

Çevre hakkı konusunda Danıştayın vermiş olduğu ilginç kararlardan birisi de "Aliğa Davası"nda vermiş olduğu karardır. Aliğa'ya termik santral kurulması yönündeki Bakanlar Kurulu kararı aleyhine, Anayasanın 56 ncı maddesine ve çevre Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle bir milletvekili tarafından açılan iptal davasında Danıştay, davacının dava ehliyetinin varlığını; çevrenin bütün vatandaşların ortak varlığı olduğu(ÇK md.1), "Çevre Koruma" teriminin, ekolojik dengenin korunması, havada, suda, toprakta kirlilik ve bozulmanın önlenmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan çalışmaların bütünü şeklinde tanımlanması(ÇK. md.2/a), çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi gerçek ve tüzel kişilerle vatandaşların görevi olduğu(ÇK. md.3/a), ve yine ÇK 30 uncu maddesinin düzenlemesine göre milletvekilinin bir "vatandaş" olarak dava açma ehliyetinin olduğu gerekçeleriyle kabul etmiş ve davanın esasını incelemiştir.

¹⁴⁷ Ankara 5. İdare Mahkemesinin 1.10.1986 tarih ve E. 1986/287, K. 1986/742 sayılı kararı, Danıştay 6. Dairesinin 16.12.1986 tarih ve E. 1986/1323, K. 1986/1135 sayılı kararıyla onanmıştır. Bkz. ÖZDEK, age, s. 161-162.

¹⁴⁸ Danıştay 6. Dairesinin 9.5.1988 tarih ve E. 1988/477, K. 1988/646 sayılı kararı. ÖZDEK, age, s.162.

Danıştay İDDGK, 17.11.1989 tarih ve E.1989/422 sayılı yürütmeyi durdurma kararı vermiş, Bakanlar Kurulu, yürütmeyi durdurma kararını etkisiz kılacak şekilde yeni bir karar alması üzerine, İDDGK, 2.3.1990 tarih ve E.1989/422 sayılı yeniden yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Davanın esasının incelemesinden sonra, Danıştay 10.Dairesi 28.4.1990 tarih ve E.1990/2278, K.1992/1672 sayılı kararıyla¹⁴⁹, Bakanlar Kurulunun Aliğa'ya termik santral yapılması yönündeki kararı iptal etmiştir. Danıştay, Bakanlar Kurulu'nun kurulmasına karar verdiği termik santralin, Çevre Kanununun 1,2/a, 3/a ve 30 uncu maddesi, Anayasanın 56 ncı maddesi, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 3096 sayılı Kanuna, 389 sayılı KHK, Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği, Gayrisıhhi Müesseseler Yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak ekolojik dengenin bozulmasına sebebiyet verecek nitelikte olduğu, bu sebeple alınan Bakanlar Kurulu kararında "Kamu Yararı" bulunmadığı gerekçeleriyle iptal kararı vermiştir.

Danıştayın bu kararı çevre hakkı açısından hayli ilginçtir. Sebebi ise, idare ile yargı arasında bir sürtüşmeye sebebiyet vermesi, daha önce vermiş olduğu Gökova kararında çevre-kalkınma ilişkisinde kalkınma lehine bir tutum sergilediği halde, bu son kararında çevre lehine bir tutum sergilemiş, bu noktada da idareye karşı bir tavır takınmıştır. Bu kararda ayrıca Anayasanın 56 ncı maddesi de Danıştayın gerekçeleri arasına girebilmiştir¹⁵⁰.

c-Yargıtay Kararları ve Çevre Hakkı

Yargıtay, çevreye verilen zararlar ilgili, ağırlıklı olarak Medeni Kanunun 661 inci maddesinde düzenlenen "komşuluk hukuku" kapsamında değerlendirme yapma yolunu seçmiştir¹⁵¹. Yargıtay 8. HD'nin 25.11.1985 tarihli bir kararında¹⁵², bir kimsenin mülkünü belli kurallara uymak şartıyla dilediği gibi kullanabileceği, fakat komşusuna zarar vermemesi gerektiğini, bunun yanında MK. 661 inci maddenin ve diğer hükümlerin çevre ilişkilerine uygun şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir¹⁵³. Yüksek Mahkeme, son zamanlarda vermiş olduğu kararlarda, "çevre hakkı" kavramına pek yer vermemekle beraber, Çevre Kanununda düzenlenen sorumluluğun "ağırlaştırılmış objektif sorumluluk" olduğunu kabul etmiş ve bu konuda doktrinle aynı görüşü paylaşmıştır¹⁵⁴. Nitekim Yargıtay, Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine açılan bir davada, "Çevre Kanunu, çevrenin kirlenmesi hususunda uyulması gereken kuralları, tüm özel ve tüzel kişileri bağlayıcı niteliktedir; kamu tüzel kişilerinin çevreyi kirlenme açısından eylemlerinde idari emir ve kurallara göre hareket edeceklerini söylemek yasanın amacı ve açık hükümleri ile bağdaşmaz"¹⁵⁵ diyerek, çevre hakkını, bu kavramdan bahsetmeden üstü kapalı bir şekilde sadece Çevre Kanunu çerçevesinde ele aldığını göstermiştir.

¹⁴⁹ Karar için daha geniş bilgi için bkz. ÖZDEK, age, s. 163 vd.

¹⁵⁰ ÖZDEK, age, s. 168 vd. Çevre hakkıyla ilgili diğer Danıştay kararları için bkz. age, s.168 vd.

¹⁵¹ GEMALMAZ, agm, s.93 vd.

¹⁵² E. 1985/11426, K. 1985/11344, YKD, C.12, S.5, Mayıs 1986, s.675 vd.

¹⁵³ Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD, 19.6.1990 tarih, E. 1990/3085, K. 1990/8612, YKD, C.17, S.6, Haziran 1991, s.832 vd. Yargıtay 1. HD, 12.2.1990 tarih, E. 1986/1186, K. 1990/1645, YKD, C.16, S.7, Temmuz 1990, s.981 vd.

¹⁵⁴ ÖZDEK, age, s.177.

¹⁵⁵ Yargıtay 4. HD, 9.2.1989 tarih, E. 1988/7660, K. 1989/1046, YKD, C.15, S.5, Mayıs 1989, s.646 vd.

SONUÇ

İdeal düzeyde olmasa bile insanların elde edebildikleri temel hak ve hürriyetler arasında yer alan çevre hakkı, belirli bir ülkedeki, belirli bir bölgedeki veya belirli bir gruptaki insanları ilgilendiren bir hak olmayıp tüm insanlığı ilgilendiren bir haktır. Tüm insanların özgürce ve eşit oranda temel hak ve hürriyetlerini kullanabildiği bir dünyaya sahip olma arzusunun ürünü olarak gündeme gelen "üçüncü kuşak haklar" yada "dayanışma hakları" içinde yer alan çevre hakkı, artık günümüz uygar toplumlarında en az "demokrasi" kadar popüler hale gelebilmiştir.

Bu popülerliğin yanında, meselenin bir de gerçeğe yansıyan yönü vardır. Bu yön, daha birinci ve ikinci kuşak hakların bile tam anlamıyla yerine getirilemediği, hatta en temel ve hiç bir devletin dokunamayacağı "hayat hakkı"nın bile tam anlamıyla korunamadığı bir ortamda, "çevre hakkı"nın ne kadar sağlanabilecek olmasıdır. Savaşların sürüp gittiği, insanların açlıktan öldüğü bir dünyada, insanlara çevre hakkını tanımanın pek de pratik bir sonucu olmayacağı düşünülebilir. Ancak bu karamsarlığın "hayatta kalanlar için de çevre hakkı olmasın" sonucuna götürmemesi gerekir.

Çevrenin korunması veya çevre hakkının güvence altına alınması noktasında gelişmiş ülkelerle gelişmekte olan ülkeler açısından bir farklılık vardır. Gelişmekte olan ülkeler, sanayileşerek kalkınma ile çevreyi koruma ikilemi arasında bir tercih yapmak zorunda kalmışlardır. Ya kirlenmemiş ve temiz çevrede sanayileşmeden az gelişmiş olarak kalacaklar, yada sanayileşerek çevrenin kirlenmesine rıza göstereceklerdir. Mesela ülkemiz açısından meseleye bakıldığında, gerek Devletin ve gerekse özel teşebbüse ait sanayi kuruluşlarının, çevrenin korunmasına yönelik olarak çok yüksek maliyet gerektiren tedbirlerin alınması için gerekli kaynağa sahip olduklarını söylemek biraz zordur. Gerek ülkemiz ve gerekse aynı durumdaki ülkelerde, milli gelir düzeyi bakımından çevrenin korunmasına bütçeden yeterli maddi kaynak ayırmaya imkanlar tam müsait değildir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu hiç bir tedbirin alınmadığı veya alınmayacağı anlamına gelmemelidir.

Aynı şekilde, birinci ve ikinci kuşak haklar konusunda arzulanan noktaya ulaşamaması, çevre hakkı konusunda da ümitsizliğe kapılmaya, çevre hakkının bir "ütopya"dan öteye geçemeyeceğini düşünmeye sebebiyet vermemelidir. Çevre hakkının da diğer dayanışma hakları gibi (ki bu haklar bir arada geliştiği sürece bir anlam ifade ederler) gerek uluslararası planda ve gerekse ulusal planda bir takım düzenlemelerle güvence altına alınmaya başlanması, bu hakkı bir ütopya olmaktan çıkarılabileceği ve hayata geçirilebileceği umidini vermelidir. Çünkü bir şeyin yapılması için bir başlangıcın yapılması bile küçümsenmemesi gereken bir gelişmedir. Çevre üzerindeki çıkar çatışmaları ve sair sebeplerle çevre hakkının gerçekleştirilmesi zor olabilir. Fakat, çevre hakkına da en az diğer temel haklar kadar değer vermekten başka bir seçeneğimiz de yok gibidir. Temennimiz, pozitif hukuk kuralları içinde, ister üçüncü kuşak bir hak olarak, isterse sosyal ve ekonomik bir hak olarak değerlendirilsin, çevre hakkının layık olduğu yere ulaşması, veya en azından son zamanlarda hızını arttıran liberal ekonomik düşüncelerin etkisine kapılarak bulunduğu noktadan daha da geriye gitmemesidir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKILLIOĞLU Tekin : "1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları", İHY, C.5-6, Y.1983-1984, s.50-66.
- AKİPEK Şebnem : "Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu", MBD, Y.13, Ekim 1994, S.51, s.4-2.
- ARMAĞAN Servet : "Türk Hukuk Sisteminde İnsan Hakları", DİHFD, Y.1993, S.6. s.3-24.
- AYDOĞDU Cengiz : "Günaha Son Çağrı", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos, 1995, s.81-85.
- BİNARK İsmet : "Başbakanlık Osmanlı Arşivindeki Belgeler Işığında Türkler'de Çevrecilik Anlayışı", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.11-26.
- CANTÜRK Behiç : Çevre Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1996.
- DALES J.H : Çevre Sorunlarının Hukuki ve Ekonomik Temelleri, Çev. İ.Orhan Türköz (Mobil'in armağanı olup baskı yeri ve tarihi yoktur).
- DİKİCİ Hasan : "Çevre ve İnsan", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.130-131.
- ERDOĞAN Mustafa : "İnsan Hakları Öğretisine Giriş", HİİBFD, C.11/1993, s.23-40.
- GEMALMAZ Mehmet Semih : "Çevre Koruma Sorunu Çevre Hakkı, Çevre Yasası ve Düşündürdükleri", İBD, C.61, S.1-2-3, Y.1987, s.59-95.
- GÜLER Çağatay : "Çevre Hekimliği", Standart (dergisi), Y.36, S.422, Şubat 1997, s.35-42.
- GÜRSELER Güneş : "İnsan Hakları mı? Sanığın Hakları mı?", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.150-153.
- GÜRAN Sait : "Çevre Kanununun Otuzuncu Maddesi", İHİD, Y.9, 1988, S.1-3(L.DURAN'a Armağan özel sayısı), s.185-198.
- GÜRPINAR Ergun : "Çevre Sorunlarına Yaklaşım", İHİD, Y.5, S.1-3, Aralık 1984, s.87-92.
- HAMAMCI Can : "Çevre ve Hukuk", Fehmi YAVUZ'a Armağan, AİSBF Yayını, Y.1983, s.239-250.(Dipnotlarda makale ismi aynen belirtilecektir)
- _____ : "Çevre Hukuku Üzerine Düşünceler", İHY, C.5-6, Y.1983-1984, s.171-180.
- KABOĞLU İbrahim ö. : Çevre Hakkı, Ankara 1996.
- _____ : "Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Telipleri mi, İnsan Hakları mı?)", İHY, C.13, s.37-48.
- KANTAR Elvend H. : "Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı", İBD, C.58, S.1-2-3, Mart 1984, s.20-42.
- KAPANİ Münci : Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981.
- KELEŞ Ruşen : Çevre bilim, Ankara 1993.
- HAMAMCI Can : "Kent ve Çevre Haklarının Korunması Üzerine Gözlemler", AİSBFD, C.49, S.3-4, Y.1994, s.275-280.
- KELEŞ Ruşen
- KİLİ Suna : Türk Anayasa Metinleri, Ankara 1985.
- GÖZİBİYİK A.Şeref : Vizyon Arayışları ve Asya Modelleri, Ankara 1995.
- KOZLU Cem : "Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırılması Olarak İncelenmesi", Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları, 3. Kitap, İstanbul 1993, s.207-251.(Türkiye'de İnsan Hakları)
- KUZU Burhan : "Sağlık ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci", MHAD, Yeni Seri No.20, Y.1996, s.143-152.

LEIBHOLZ Gerhard	: "Hukukun Gayesi", Çev. Yavuz Abadan, İHFD, C.9-12, S.1-4, Y.1937, s.515-533.
MOURGEON Jacques	: İnsan Hakları, Çev. Aygen Ekmekci/Alev Türker, Yeni Yüzyıl armağanı 1995, Basım yeri yok.
ÖZBUDUN Ergun	: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1988.
ÖZDEK Yasemin E.	: İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara 1993.
_____	: "1990'larda İnsan Hakları: Sorunlar ve Yönelimler", İHY, C.15, Y.1995, s.3-44.
PAZARCI Hüseyin	: "Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk", Fehmi YAVUZ'a Armağan, AİSBF Yayını, 1983, s.201-237.
SABUNCU Yavuz	: "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", İHY, C.7-8, Y.1985-1986, s.15-26.
SALZWEDEL Jürgen	: "Umweltschutz", Handbuch des Staatsrechts, Herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Band III, Heidelberg 1989, s.105-1234.
SANCAR Mithat	: "İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası", AİD, C.25, S.2, Haziran 1992, s.3-23.
SANDAL Ahmet	: "Çevre ve Hukuk", THED, Y.1, S.8, Temmuz 1996, s.16-18.
SENCER Muzaffer	: "1961 Anayasasından 1982 Anayasasına", İHY, C.5-6, Y.1983-1984, s.3-49.
SERRES Michel	: Doğayla Sözleşme, Çev. Turhan Ilgaz, İstanbul 1994
SUR Melda	: "İnsan Hakları Kavramındaki Gelişmeler", İzmir BD, Y.58, Temmuz 1993, S.3, s.40-45.
SÜRÜCÜ Gülerman	: "Çevre Üzerine", Yeni Türkiye, Y.1, S.5, Temmuz-Ağustos 1995, s.168-171.
TOKUÇOĞLU M.Bülent	: "Çevre Hakkı ve Çevre Koruma Sorunu", İzmir BD, Y.55, Ekim 1990, S.4, s.61-65.(Çevre Sorunu)
_____	: "Çevre Hakkı ve Çevre Hukuku Açısından Kirlenmenin Sorumluluğu", İzmir BD, Y.54, Temmuz 1989, S.3, s.46-50. (Sorumluluğu)
_____	: "Çevre Hukukunda Yetki Kargaşası", İzmir BD, Y.56, Temmuz 1991, S.3, s.48-54. (Yetki)
TOPRAK K. Zerrin	: "Çevre Korumacı İdeolojiye Politik Bir Yaklaşım ve Katılım Faktörü", Demokrasi Gündemi, Y.1995/II, S.22, s.9-15.(Çevre Korumacı İdeoloji)
_____	: "Çevre Kirliliğinin Giderilmesinde Uzlaşmacı Politika", AİD, C.25, S.4, Aralık 1992, s.117-138.(Uzlaşma)
URAL Engin	: "Türkiye'de Çevre Hukuku ve Uygulaması", BBD, Y.13, S.35, Şubat 1989, s.13-22.(Uygulaması)
_____	: "Çevre Hukukunun Gelişmesi", ABD, Y.1980, S.3, s.359-363.(Gelişmesi)
YAVUZ Fehmi	: Çevre Sorunları, Ankara 1975.
YAVUZ Fehmi / KELEŞ Ruşen / GERAY Cevat	: Şehircilik, Sorunlar, Uygulama ve Politika, Ankara 1973.
ZABUNOĞLU Yahya K.	: "Türkiye'de İnsan Hakları ve Hak Arama Özgürlüğü", KBD, 1991/1, s.9-16.

GİRİŞ

Örgütlenme hakkı, toplumsal nitelikli bir özgürlük çeşididir. Demokratik toplumlarda değişik toplumsal kesimler çalışan çıkarlarını korumak için örgütlenmişlerdir. Birçok toplumda, nüfusun önemli bir bölümünü oluşturan, aralarında kamu görevlilerinin de bulunduğu bağımlı çalışanlar için örgütlenme hakkı, hayati bir öneme sahiptir.

Siyasal bilimler alanında uygar toplumların örgütlü toplumlar oldukları varsayımı vardır. Bu toplumlarda tüm sınıf ve katmanlara bağlı kişilerin dernekler, sendikalar, birlikler, siyasi partiler, vakıflar, kooperatifler vb. biçimde örgütlendikleri gözlenmektedir (1). Kişi, hak ve özgürlüklerini kendi örgütü aracılığıyla aramakta ve savunmaktadır. Bu hukuki ve akılcı yol, kişilere önemli güvenceler sağlamaktadır.

Benzer ilgi ve çıkarları paylaşan kesimlerin oluşturdukları çıkar grupları sivil toplumun gelişmesiyle birlikte ortaya çıkmıştır. Dernek, sendika ve meslek kuruluşları gibi çıkar grupları örgütlü toplumun odak noktalarıdır. Sendika, etkili bir örgütlenme şeklidir. Çalışanların esas örgütlenme biçimi sendikadır. Sendikalar birer güç aracı kaynağı olarak çalışanlar için birincil ve en önemli organlardır. Çıkarları ve hedefleri birbirleriyle çelişen insanlar ya da gruplar arası güç ilişkisi bir çelişki düzeni yaratır. Bu çelişki düzeninde sendikalar, çalışanların menfaatlerini korumada önemli bir araçtır.

Sendika hakkı bir üçlünün bütünüdür. Diğer bir ifadeyle sendika hakkı, "sendika kurma", "toplu pazarlık" ve "grev" haklarını kapsar (2). Bu haklar birbirleriyle çok bağlantılı olup birbirini tamamlarlar (3). Biri olmazsa öteki de olmaz. Biri olmazsa en azından diğer ikisinin işlevi aksar, etkinliği azalır ve anlamı kalmaz. Bununla birlikte, sendika kurma hakkı bu üçlünün en önemli olanıdır. Çünkü diğer iki hak bu haktan kaynaklanır. Sendika kurma hakkı toplu pazarlığın ve grevin anasıdır (4).

Sendika hareketi, yani çalışan kişilerin, kendilerini çalıştıranlara karşı ortak yararlarını korumak için örgütlenmesi modern endüstri toplumunun ortaya çıkışı ile başlamaktadır. Sendikal hareket, emeklerinden başka hiç bir şeyi olmayan çalışanların, mülkiyete dayanarak kendilerini çalıştıranlarla daha yüksek ücret, elverişli çalışma şartları ve daha tatmin edici sosyal yaşantı sağlama amacı ile mücadele etmek şeklinde doğmuştur(5).

-
- * Arş.Gör. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Anabilim Dalı
- 1 ÇELENK Halit, "Memur Sendikaları Ama Nasıl?", Milliyet Gazetesi, 9.12.1991, s.8.
- 2 NARMANLIOĞLU Ünal, Grev, Ankara, 1990, s.17.
- 3 EYRENCİ Öner, "Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Hakları ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturumu, Bildiriler ve Tartışmalar, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, TODAİE Yayını, S.243, Ankara, 1992, s.155.
- 4 TALAS Cahit, "Sendika Hakkı, Demokrasi, Devlet ve Memurlar 1", İdarecinin Sesi Dergisi, C.4, S.2, Mart 1990, s.14.
- 5 FİŞEK Kurthan, Devlete Karşı Grevlerin Kritik Tahlihi, Ankara, 1979, s.3.

18 yy. da İngiltere'de başlayan sendikal hareketler Fransa'da daha çok gelişme olanağı bulmuş ve öteki ülkelere yayılmıştır. Önceleri işçi sınıfının bir örgütlenme biçimi olarak kendini gösteren bu hareket daha sonraları memurlar tarafından da benimsenmiş, bu doğrultuda verilen mücadeleler sonunda memur sendikaları kurulmuş ve memurlara da toplu sözleşme ve grev hakkı tanınmıştır (6).

Kapitalizmin gelişmesiyle birlikte, devletin işlevlerinin ve bunun sonucunda görevlilerinin sayısının artması, kamu görevlilerinin önemli bir bölümünün eskiye göre daha kötü şartlarda yaşamasına yol açmıştır. Bu süreç gelişmiş ya da az gelişmiş birçok ülkede yaşanmıştır.

Kamu görevlilerine tanınan örgütlenme hakkının, söz konusu ülkedeki demokrasi düzeyiyle ilişkisi vardır. Demokratik gelişmişlik düzeyi yüksek birçok ülke, kamu görevlilerine örgütlenme hakkı tanırken, askeri darbelerle demokrasilerin kesintiye uğratıldığı ülkelerde sendikal haklara ilişkin getirilen sınırlayıcı düzenlemeler ve uygulamalar vardır. Kamu görevlilerinin örgütlenme hakkı, söz konusu ülkenin ekonomik gelişmişlik düzeyiyle de yakından ilgilidir. Gelişmiş ekonomilerde, genelde kamu görevlilerinin ekonomik koşulları da iyi olmakta, kamu görevlileri örgütleri radikal ekonomik istemlerde bulunmamaktadırlar. Bu durum, idareyle çatışmalarını azaltmaktadır. Ekonomik koşulların kötü olduğu birçok az gelişmiş ülkede kamu görevlileri örgütlenmesine karşı idarelerin karşı çıkışında ekonomik gerekçeler önemli bir yer tutmaktadır.

I. KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKAL HAKLARININ TARİHİ GELİŞİMİ

Bağımlı çalışanlara uygulanan çalışma rejimini statü ve sözleşme rejimi olmak üzere iki temel grupta toplayabiliriz. Bu sınıflandırmayı çalışan ile çalıştırıcı arasındaki bağımlılık ilişkisini kuran işlemlerin hukuki niteliklerinin farklılığını, çalışma ilişkisi ve şartlarını düzenleyen kurallar bütününe üretilmesi yöntemlerinin değişik olmasını, geleneksel olarak içerdikleri hak ve ödevlerle, üyelerine sağladıkları yararlar ve güvenceler yönünden farklı olmalarını dikkate alarak yapıyoruz (7).

II. Dünya Savaşı sonrası birçok ülkede statü ve sözleşme temellerine dayanan çalışma ilişkilerinde giderek artan bir yakınlaşma olgusu yaşanmıştır (8). Çalışma rejimleri arasındaki etkileşim karşılıklı ve iki yönlü olmuştur. Bir yandan statü rejimine özgü olduğu sanılan ve tarihi olarak da bu rejim içinde doğan ve gelişen kimi kurum ve güvenceler sözleşme rejimine aktarılmaya başlanmış (9); diğer yandan da, yine tarihi olarak sözleşme rejimi içinde doğan ve işçi sınıfının uzun ve zorlu mücadelelerinin ürünü olan bazı sosyal hak ve özgürlükler, statü rejimine bağlı olanları kapsayacak biçimde yaygınlaşmaya yüz tutmuştur (10). Daha açık bir anlatımla, statü rejiminin ayrıcalığını

6 ÇELENK ,s.8.

7 GÜLMEZ, Mesut, "İşçi ve Memur Statüleri Arasında Yakınlaşma Olgusu: Dünyadaki Gelişmeler ve Ülkemizdeki Durum", Prof.Dr.Ibrahim Yasa'ya Armağan, AÜSBF. Yayını, Ankara, 1983, s.240.

8 ADAL H. Şükri: Kamu Personel İdaresi, İstanbul, 1968, s.272; EYRENCİ, Kamu Görevlileri, s.155.

9 GÜLMEZ, Mesut, "Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu ve Açık Oturumu, Bildiriler ve Tartışmalar, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, TODAİE Yayını, S.243, Ankara, 1992, s.58.

10 GÜLMEZ, Mesut, Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara, 1990, s.137.

oluşturan iş güvencesi ve emeklilik gibi kurumlar sözleşme rejiminde, buna karşılık temelde işçilerin kazanımları olan sendika, toplu pazarlık ve grev hakları statü rejiminde uygulanma imkanı bulmuştur (11).

A. Dünya'da

Dünya'da kamu görevlilerine örgütlenme hakkının tanınması yönünde bir gelişme vardır. Her ülke, içinde bulunduğu şartlara göre bu hakkın sınırını çizmektedir (12). 1950'li yıllardan sonra statü ve sözleşme rejimleri arasındaki geleneksel karşıtlık, özellikle sendikal hakların statü rejimine aktarılması sonucu giderek önemini yitirmiş ve silinmeye yüz tutmuştur. Bu gelişme çerçevesinde, sendikal haklar içinde tarihi olarak en önce sendika hakkı statü rejimindeki yerini almış, bunu toplu sözleşme hakkı ve grev hakkı takip etmiştir. Memurların sendikalaşması birçok ülkede hızla gelişmiştir (13).

1. Kamu Görevlilerine Sendika Hakkı Tanıyan ya da Yasaklayan Ülkeler

Uluslararası Çalışma Bürosu'nun raporlarında, dünya ülkelerinin memurlara sendika hakkı tanıyıp tanımadığı konusundaki tutumları üç grupta toplanmaktadır (14);

1. Kamu görevlilerine örgütlenme ve sendika hakkı tanıyan ülkeler. Dünya ülkelerinin büyük çoğunluğu bu grupta yer alır. Bu ülkelerin çoğu, hiçbir ayırım gözetmeksizin işçilerle aynı şartlarda memurlara sendika hakkı tanımışlar ve genellikle sendikalarla ilgili kanunları memurlara da uygulamışlardır. Örneğin, Almanya, Arjantin, Avustralya, Orta Afrika, Kolombiya, Küba, Danimarka, Fransa, Finlandiya, Polonya, İsveç gibi ülkelerde durum böyledir. Söz konusu ülkelere bazılarında sendika hakkına ilişkin temel kuralların, kamu görevlilerinin örgütlenme hakkının bazı yönlerini ilgilendiren özel istisnalar içerdiği görülebilmektedir. Belçika, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Japonya, Fas, Meksika ve Venezuela gibi bazı ülkelerde ise, kamu görevlilerinin örgütlenme hakkı, ya genel kurullarla ya da özel kanunlarla düzenlenmiştir.

2. Memurlara ilke olarak sendika hakkını tanıyan ancak bazı kamu görevlisi kategorileri için kimi kısıtlamalar öngören veya onları bu hakkın uygulama alanı dışında tutan ülkeler. Bu ülkelerde, iç ve dış güvenliğinin korunmasında sorumluluk üstlenmiş olmaları nedeniyle silahlı kuvvetler, polis, itfaiye ve cezaevleri personeli ile, yükledikleri görevin özel niteliği nedeniyle üst düzey yöneticileri sendika hakkından yararlandırılmayan personel kategorilerindedir. Örneğin Malezya, Belçika, Fas, Japonya, Meksika gibi ülkelerde durum böyledir.

3. Memurlara sendika hakkını yasaklayan ülkeler. Dünyada çok az sayıda ülke bu gruptadır. Bu ülkeler, devlet hizmetindeki tüm görevli kategorilerine sendika hakkını tanımamaktadır. Kamu görevlilerinin tümü sendikaların örgütlenmesine ilişkin kanunun

11 TUTUM Cahit, "Türkiye'de Memur Sendikaları", AİD., C.1, S.2, Eylül 1968, s.33.

12 TUTUM Cahit, "Türkiye'de Memur Güvenliği, TODAİE Yayını, N.132, Ankara, 1972, s.59.

13 GÜLMEZ, Sendika Hakkı, s.59.

14 GÜLMEZ, Memurlar, s.159-162.

uygulanma alanı dışında tutulmuştur. Örneğin Ekvator, Bolivya, Nikaragua, Çad, Liberya, Tayland ve Yemen memurlara sendika hakkını yasaklamıştır (15).

2.Kamu Görevlilerine Toplu Pazarlık Hakkı Tanıyan Ülkeler

Kamu görevlilerine toplu pazarlık hakkı tanıyan ülkeler şunlardır: İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda, Almanya, ABD, Kanada, Finlandiya, İsveç, Norveç, Fransa, Belçika, Portekiz, İspanya, Venezuela, Arjantin, Kolombiya, Peru, Sri-Lanka, Dominik, Jamaika, İtalya, İsrail. Bu ülkelerde toplu sözleşme hakkı genellikle hiyerarşinin alt kademelerindeki kamu görevlileri için kabul edilmiştir. Siyasal işlev yerine getiren ya da işveren konumunda bulunan yöneticiler genellikle toplu pazarlık hakkı kapsamı dışında tutulmuşlardır. Kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkı İsveçte en ileri düzeydedir. Memurların, polislerin, silahlı kuvvetler personelinin ve hakimlerin bile toplu pazarlık hakkı bulunmaktadır (16).

3. Kamu Görevlilerine Grev Hakkı Tanıyan ya da Yasaklayan Ülkeler

Uzun yıllar memur statüsünün ayrıcalıklı oluşu ve kamu hizmetlerinin sürekliliği ile bağdaştırılamayan grev hakkı konusunda, özellikle 1960 yılından sonra önemli gelişmeler olmuştur (17). UÇB. raporlarında grev hakkının kanuni çerçevesi açısından ülkeler dört grupta toplanmaktadır (18).

1. Kamu görevlilerine grev hakkını açıkça tanıyan ülkeler. Örneğin Kanada, İsveç, Fransa, Meksika, Norveç, Gine, Portekiz, Senegal gibi ülkelerde grev hakkı kanunidir.

2. Kamu kesimi grevleri ile ekonominin diğer kesimlerindeki grevler arasında hiçbir ayırım gözetmeyen ülkeler. Örneğin İtalya, Malezya, Nijerya, Malta, Singapur.

3. Grevin kanuni ya da kanun dışı oluşu konusunda kanuni boşluk bulunan ülkeler. Bu boşluk İngiltere, İsrail ve Çad gibi ülkelerde grev hakkının üstü kapalı biçimde tanınması; Almanya ve Pakistan gibi ülkelerde ise üstü kapalı grev yasağı olarak yorumlanıyor.

4. Memurlara grev hakkını açıkça yasaklayan ülkeler. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri, Türkiye, Hollanda, İsviçre, Japonya, Bolivya, Brezilya, Şili, Peru, Libya, Suriye.

Devlet ve memurlar arasındaki ilişkiler, giderek özel kesim işçileriyle işverenler arasındaki ilişkilere yaklaşmaktadır. Kamu hizmeti görevlileri danışma ve toplu pazarlık haklarından yararlanmaktadırlar. Yararlanamayanlar ise muhtemelen kısa bir süre sonra yararlanacaklardır. Özel kesimde doğan kurum ve uygulamaları kamu kesimine eksiksiz

15 ÜREL Hasan, "Memur Sendikaları ve İdare İlişkileri", Ankara Barosu Dergisi, 1991/4, s.536.

16 GÜLMEZ, Memurlar, s.168-172.

17 Grev hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; AKSOY, Muammer, "1961 Anayasası'na Göre Memurların Grev Hakkı", SBF. Dergisi, C.XXVI, N.4, Aralık 1971, s.1-70.

18 GÜRAN Sait, "Avrupa'da ve Türkiye'de Memurların Sendikalaşması ve Yönetime Katılması", AİD., C.11, S.4, Aralık 1978, s.18-19; GÜLMEZ, Memurlar, s.188-196; AKSOY, s.9-13.

ve otomatik olarak aktarmak zordur. Fakat demokratikleşme yönünden esen değişim rüzgarı bir çok ülkede kendisini hissettirmiştir (19).

B. Türkiye'de

Memur sendikacılığı açısından ülkemizde 1961 Anayasası bir dönüm noktasıdır. Anayasaya hakim olan özgürlük ve serbestlik havası kendisini memur sendikacılığında da göstermiş, Anayasa'da kamu görevlilerinin sendika kurabileceği belirtilmiş, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda memurların sendika kurabilecekleri düzenlenmiş, daha da önemlisi kamu görevlilerinin sendikal haklarını düzenleyen 624 sayılı Devlet Personel Sendikaları Kanunu çıkarılmıştır.

1.1961 Anayasası Öncesi

Türk sendikacılık hareketinin Batı'ya kıyasla uzun bir geçmişi olduğu söylenemez. Türkiye'de sendikacılığın tarihi gelişimi 1871 yılında İstanbul'da kurulan Ameleperver Cemiyeti ile başlatılabilir. Bir yıl sonra 1872'de, tersane işçilerinin grevi ilk sendikal eylemdir (20).

1908 yılında II.Meşrutiyetin ilanından önce başlayan işçi hareketleri, grevler, Meşrutiyetin ilanıyla ivme kazanmıştır. Bunun üzerine 1909 Ağustosunda, Tatil-i Eşgal Kanunu çıkarılmıştır (21). Kanun, sendika hakkı yönünden yasakçı düzenlemelerin başlangıcını oluşturur. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine yönelik işlerde sendika kurulmamasını ve olanların da kapatılması kanunla düzenlenmiştir (22). Tatil-i Eşgal Kanununun dışında kalan kamu hizmetlerinde çalışmayan işçi ve hizmetlilerin örgütlenme hakkının kanuni çerçevesi ise, 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu ile düzenlenmiştir (23).

1924 Anayasası sosyal ve ekonomik hakları her ne kadar maddeleri arasında düzenlememişse de, Anayasanın bu haklara yabancı olduğu sonucunu çıkaramayız. Çünkü bu Anayasa, en azından ekonomik ve sosyal hakları engellemeyen bir Anayasadır.

Bu dönemde sendikacılık 1925 yılında çıkarılan Takrir-i Sükun Kanunu'na kadar önemli bir gelişme gösterememiş, Takrir-i Sükun Kanunu'yla birlikte sendikacılığın fiilen yasaklandığı bir döneme girilmiştir. Bu arada 1925, 1927, 1929, 1932, 1934 yıllarında çeşitli İş Kanunu tasarıları hazırlanmış, 1936 yılında ise 3008 sayılı İş Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun her türlü grevi yasaklamış ve grev yapanlar için yaptırım getirmiştir (24).

-
- 19 GÜLMEZ, Mesut, "Çalışma İlişkisi Sistemleri Arasında Etkileşim ve Geçişme Olgusu", ODTÜ Gelişme Dergisi, C.VII, S.1-2, s.163.
- 20 FİŞEK Kurthan, Yönetime Katılma, TODAİE Yayını, Ankara, 1977, s.183; ŞİŞMANOV Dimitur, Türkiyede İşçi ve Sosyalist Hareketi, İstanbul, 1990, s.31.
- 21 Ayrıntılı bilgi için bkz; ÖKÇÜN A. Gündüz, Ta'til-i Eşgal Kanunu, 1909, Belgeler, Yorumlar, Ankara, 1982.
- 22 GÜLMEZ Mesut/KOÇ Yıldırım/MERAL Bayram/İŞIKLI Alpaslan, "1936 Öncesi İşçi Hakları", Türkiyede İşçi Hakları, Ankara, 1986, s.36.
- 23 KOÇ/GÜLMEZ/MERAL/İŞIKLI, s.38.
- 24 KOÇ/GÜLMEZ/MERAL/İŞIKLI, s.113.

1938 yılında Cemiyetler Kanunu'na getirilen hükümle sınıf esasına dayalı dernek kurmak yasaklanmış, böylece zaten fiilen var sayılamayacak sendikacılık hareketi, kanuni sınırlamayla bir hak olarak da ortadan kaldırılmıştır. Bu dönem dünyada ve Türkiye'de değişen şartların etkisiyle 1946 tarihinde Cemiyetler Kanunu'nda yapılan değişikliklerle sınıf esasına dayalı dernek kurma yasağı kaldırılmış, 1947 tarihinde 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Kanunu çıkarılmıştır. Bu Kanun grev hakkını düzenlememiş, siyasetle uğraşan sendikaları yasaklama gibi olumsuz biçimde kullanılabilecek bir sınırlama getirerek güçsüz sendikacılık dönemini başlatmıştır. 1936'dan 1947 yılına kadar olan dönemde toplu iş akdi yapılamamış, 5018 sayılı Kanun'la toplu sözleşme hakkı getirildikten sonra, 1947-1960 döneminde grev hakkının olmaması nedeniyle çok az sayıda toplu sözleşme yapılmıştır (25). Kanun'da kamu görevlilerine bireysel ya da toplu iş uyuşmazlığı çıkarmak hakkı tanınmamıştır (26).

Sendikal hakların kanunlarımızda yer almaya başlaması 1961 öncesi döneme rastlamaktadır. Türkiye'de işçilerin örgütlenme hakkına kavuşması 1946 yılında olmuş ve 1947 tarihli 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkındaki Kanunun 1 inci maddesi, "aynı iş kolunda veya bu iş kolu ile ilgili işlerde çalışanların yardımlaşmaları ve ortak menfaatlerini korumaları ve temsil etmeleri amaçları ile kendi aralarında kurabilecekleri dernekler işçi sendikalarıdır" demek sureti ile sendika kurma özgürlüğünü belirtmiştir. Bundan sonra işçiler hızla örgütlenmeye başlamış ve kısa bir zamanda ortaya birlik, federasyon ve konfederasyonlar çıkmıştır (27).

1961 Anayasası'na gelinceye kadar, hiçbir biçimde devletin ve siyasi düzenin gündemine memur sendikacılığıyla ilgili her hangi bir hareket ve düzenleme girmemiştir (28). Genel olarak sendikal haklar alanında olduğu gibi memur sendikacılığı alanında da 1961 Anayasası'yla beraber büyük gelişmeler olmuştur.

2.1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası temel hak ve hürriyetleri sosyal ve ekonomik haklar da dahil olmak üzere geniş ve kapsamlı olarak ele almıştır. Bu Anayasa, sosyal ve sendikal haklar açısından önemli bir dönüm noktasıdır (29). Çünkü, "sosyal devlet" ilkesine ekonomik yönden güçsüz olan "bağımlı çalışanlar"ın korunmasını vurgulayan bir anlam ve içerik kazandırmıştır (30). Gerçekten, 46.madde ile "çalışanlar" a tanınan sendika hakkı, ilk kez bağımlı çalışanların tümünü kapsayan bir genişlik ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Sendika hakkını ilkece tüm çalışanları kapsayacak biçimde tanıyan 1961 Anayasası, "işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri"nin sendika hakkının ayrıca düzenlenmesini öngörmüştür (31). Bu dönemde, Devlet Memurları Kanunu ve

25 KOÇ/GÜLMEZ/MERAL/İŞIKLI, s.113.

26 KOÇ/GÜLMEZ/MERAL/İŞIKLI, s.113.

27 TALAS, Cahit, İctimai İktisat, B.2, AÜSBF. Yayınları, N.118-100, Ankara, 1961. s.211-266.

28 TALAS, Cahit, "Sendika Hakkı, Demokrasi, Devlet ve Memurlar II", İdarecinin Sesi Dergisi, C.4, S.3, Mayıs 1990, s.8.

29 GÜLMEZ Mesut, "1961 Anayasası'nda Sendikal Hakların Oluşumu", AİD., C.18, S.3, Eylül 1985, s.101.

30 GÜLMEZ, Memurlar, s.1.

31 GÜLMEZ, Sendika Hakkı, s.60.

Devlet Personel Sendikaları Kanunu çıkarılarak memur sendikacılığının temelleri atılmıştır.

Türkiye'de memurların örgütlenme hakkı da ilk defa 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Bu, 1961 Anayasasının özgürlükçü ve demokratik yaklaşımları benimsemesinin bir sonucudur. 1961 Anayasası "sosyal devlet" ilkesini, temel haklar arasına "sosyal ve iktisadi haklar"ı da katarak ve güvenceye bağlayarak gerçekleştirmek istemiştir. Ayrıca devlete, temel hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesini görev olarak vermiş, özgürleştirici rol oynamasını istemiştir (1961 AY. m.10).

1961 Anayasası, toplu sözleşme hakkını memurlara ne tanımış ne de yasaklamıştır. Ancak 117.maddenin 2.fıkrası memur statüsünün kimi öğelerinin kanunla düzenlenmesini öngörmüştür. Böylece Anayasa, işçiler ve memurlar için iki farklı çalışma rejimine yer vermiştir. Fakat, kanunilik ilkesi hem 117.maddenin 2.fıkrasında sayılan konularla hem de bu konuların temel ilkeleriyle sınırlı tutulduğundan, toplu pazarlık için özerk bir alan oluşturulmasına Anayasa'dan ileri gelen bir engel yoktur (32).

1961 Anayasası genel anlamda, sendikacılık açısından da bir dönüm noktasıdır. 1936 tarihli İş Kanunu'nun öngördüğü "grev yasağı ve zorunlu hakem" rejiminin yürürlükte olduğu bir sırada grev hakkını anayasal güvenceye kavuşturan 1961 Anayasası, tüm memurlar için dernek kurma yasağının geçerli olduğu bir zamanda "çalışanlara" sendika hakkını tanımıştır. Memur sendikacılığı kapısı böylece anayasa ile aralanmış, "yasakçı" bir rejimden "anayasal tanıma" rejimine geçilmiştir.

a. 624 sayılı Kanun

1961 Anayasası'nın 46.maddesinde devlet memurlarının sendika kurabileceği belirtilmiş ve memur sendikaları için aynı maddeye "...işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin bu alandaki hakları kanunla düzenlenir..." hükmü getirilmiştir. Sendika hakkını memurları da kapsayacak biçimde güvenceye alan ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin sendika hakkının özel bir kanunla düzenlenmesini öngören 46.maddenin 2.fıkrası gereği 8.6.1965 tarih ve 624 sayılı Devlet Personel Sendikaları Kanunu çıkarılmıştır.

624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu memleketimiz açısından büyük bir yenilik sayılmakla beraber, birçok yönleriyle yetersiz kalmış (33), "gizlilik içinde" ve "amatörce" hazırlanıp (34), "Türk memur sendikacılığını sağlam bir temele oturtmak endişesinden çok, Anayasanın bir hükmünün belli bir sürede yerine getirilmesi endişesinin hakim olduğu" bir çabanın eseri olduğu ileri sürülmüştür (35). Sendika hakkını, Anayasa emrini "yasak sayarak" yerine getirmeye çalışan (36) Kanun, devlet memurlarının, belirli nitelikleri dolayısıyla işçiler gibi özgürce sınıfsal yarar kavgasına

32 GÜLMEZ, Memurlar, s.71.

33 KUTAL Metin: "Devlet Personeli Sendikaları Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı", İktisat ve Maliye, C.16, S.9, Aralık 1969, s.361.

34 TALAS Cahit, "Devlet Personeli Sendikaları Kanunu", AÜSBF. Dergisi, C.XX, N.2, Haziran 1965, s.867.

35 TUTUM, Memur Sendikaları, s.39; GÜLMEZ, Memurlar, s.29, KUTAL, Personel Sendikaları, s.362.

36 GÜLMEZ, Sendika Hakkı, s.60.

giremeyeceğini kabul etmiş (37), dolayısıyla sendikaya bir sınıfın mücadele örgütü olarak bakmaktan çok bir memur yardımlaşma derneği olarak bakmıştır (38).

624 sayılı Kanun, yürürlükte kaldığı sürece, toplu sözleşme ve grev hakkını içermemesi nedeniyle de eleştirilmiştir. Gerçekten bir hak ve özgürlük, koruma mekanizmalarına sahip değilse o hak ve özgürlüğü kullanmak ve ondan yararlanmak son derece zordur. Kamu görevlisine sadece sendika kurma hakkını tanımak, ama ona toplu sözleşme ve grev hakkını tanımamak, sendikayı bir demek niteliğine dönüştürür (39). Bu bakımdan Devlet Personel Sendikaları, birer mesleki dayanışma ve yardımlaşma derneğinden veya sandığından başka bir şey değildir (40).

Toplam yirmibeş maddeden oluşan 624 sayılı Kanun (41), Anayasanın 46.maddesinin 2.fıkrasında anılan "işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri" nce (42) kurulacak devlet personeli sendikaları ile ilgili kuruluş ilkeleri, üyelik, etkinlik, gelir ve mallar gibi konuları belli bir sistematikten uzak ve hukuk tekniğinden yoksun biçimde düzenlemiştir (43).

Kanun, oniki bentte saydığı çeşitli kamu hizmeti görevlisi kategorilerine sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı vermemiştir. Bir kısım yüksek dereceli, sorumlu, temsil vasfı olan memurlarla, devletin yarı siyasi hizmetlerinde çalışanlar, silah kullanmaya yetkili olanlar, dışişleri personeli, din adamları, işveren (idare) mümessili

37 ŞAYLAN Gencay, "Memur Sendikaları Üzerine Bazı Notlar", AİD., C.3, S.4, Aralık 1970, s.137.

38 ŞAYLAN, s.136.

39 ÇELENK, s.8.

40 DURAN Lutfi, "İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Hukuki Durumu İle Sendika ve Grev Hakları", İÜHF., 1967, ayrı bası, s.33.

41 Geniş bilgi için bkz.; KUTAL Metin, "Devlet Personeli Memurları Sendikalarının Hukuki Esasları ve Sınırları", Sosyal Siyaset Konferansları, 20.Kitap, İÜF. Yayını, İstanbul, 1969, s.169-201.

42 İşçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin sendika hakkı sorunu 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun hazırlık ve oluşum süreci içinde tartışılmış, bu açıdan hazırlık belgelerinde iki değişik görüş benimsenmiştir. Birincisi, 46.madde anlamında tüm çalışanları kapsayan genel bir sendikalar kanunu çıkarılması görüşüdür. İkincisi ise, 46.maddenin 2.fıkrasına dayanarak, işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin sendika hakkının ayrı özel bir kanunla düzenlenmesi görüşüdür. Tartışmalar temelde sorunun hukuk tekniğine ilişkin yönü üzerinde yoğunlaşmış olsa da, özellikle ayrı kanuni düzenlemenin gerekçesi olmak üzere dile getirilen görüşlerde memur sendikacılığına egemen olacak yaklaşımın ipuçlarını bulmak mümkündür. Memurlar işçilerden tümüyle ayrılan bir hukuki durum içindedir. Hakları ve yetkileri, bağlı oldukları statü farklıdır. Memurlar, önceden varolan ve kendileri dışında kararlaştırılan nesnel bir statü içine tekyanlı bir idari işlemle girerler; işçiler gibi işverenle ücret ve çalışma şartlarının pazarlığını yaparak bir hizmet sözleşmesi imzalamazlar. Öte yandan, Anayasa da ayrı bir kanun çıkarılmasını öngörmüş ve 46.madde gerekçesinde memurların sendika kurma hakkının işçilerinki gibi "kayıtsız" olamayacağını açıkça belirtmiştir. Ayrıca, devlet personel rejiminin düzeltilmesi konusundaki çalışmalar da henüz sonuçlanmamış, personel rejimine yön verecek temel ilkeler belirlenmemiştir. Ortak kanuni düzenleme yaklaşımını benimseyenler de, memurların işçilerle aynı kanun çerçevesinde örgütlenmesini ilkece benimsemiş olmakla birlikte, memur sendikalarının işçi sendikalarına tanınan haklardan aynı ölçüde yararlanamayacağını, bu hakların ancak memurların bağlı olduğu özel kanunların imkan verdiği sınırlar çerçevesinde onlara tanınabileceğini açıkça belirtmişlerdir. Örneğin memur sendikalarının işçi sendikalarına tanınan toplu pazarlık ve grev haklarından yararlanamayacağını savunmuşlardır. Dolayısıyla da görüş ayrılığı, özünde memur sendikacılığı anlayışından çok kanun tekniği ile ilgilidir. Bu çerçevede, işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri 274 sayılı kanun kapsamı dışında tutulmuş olmakla, onların işçilerle aynı hak ve yetkilerle donatılmış sendikalarda örgütlenmesi engellenmiş değildir. Başka bir anlatımla, memurlar 274 kapsamına bırakılmış olsaydı bile, kanunun işçi sendikalarına tanıdığı birçok önemli hak ve yetkiden ve özellikle de toplu sözleşme ve grev haklarından yararlanmaları imkansızdı. Dolayısıyla 274' ün kapsamı dışında tutulmuş olmak, memurların 1965' te kavuştukları sendika hakkını iki yıl geciktirme sonucu doğurmuş, ancak 624 sayılı Kanun ile biçimlenecek memur sendikacılığı anlayışı yönünden etkili olmamıştır. GÜLMEZ, Memurlar, s.27-28.

43 GÜLMEZ, Memurlar, s.30.

olarak sendikalarla beraber ortak çalışmalar yapacak olanlar, sendika kuramayacak ve bunlara üye olamayacaklardır (44). Kanunun sendika hakkından yoksun bıraktığı memurların sayısının 185.000 olduğu belirtilmiştir (45).

624 sayılı Kanun sendikalar için bazı yasaklar getirmiştir: Sendikalar, siyasi faaliyet yapamazlar; siyasi partilerden, işveren ve işçi teşekküllerinden, kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerinden yapılacak yardımları alamazlar, onlara yardım yapamazlar; bir siyasi parti adı altında kurulamazlar; bir parti yararına veya zararına davranışta bulunamazlar; dini faaliyetlerde bulunamazlar; grev teşebbüsünde bulunamazlar, destekleyemezler; gelirlerini maksatları dışında kullanamazlar; toplantıları çalışma yerlerinde yapamazlar; açık yer toplantısı ve gösteri yürüyüşü yapamazlar; Bakanlar Kurulu Kararı olmadıkça dış kaynaklardan yardım alamazlar. Memur sendikalarına tanınan faaliyetler yanında yasaklanan faaliyetler çok daha ağır basmaktadır (46).

624 sayılı Kanun, sendika üyelerini, isteklerini yaşama geçirecek etkili mücadele araç ve yollarından da mahrum bırakmıştır (47). Sendikaların "grev teşebbüs ve faaliyetlerini destekleyici davranışlarda bulunmalarını" yasaklayarak memurlara toplu mücadele yolunu kapatmıştır (48). Ancak bununla yetinmeyip memur sendikacılığının kurum içine sıkıştırılmasını amaçlayan, sendikal isteklerin kurum dışında dile getirilmemesini isteyen Kanun, sendikaların "devlet personeli hukukuna veya kamu hizmeti görevlilerine ilişkin mevzuatın uygulanmasına dair isteklerini açıklamak veya desteklemek amacıyla açık yer toplantıları ve gösteri yürüyüşleri yapmalarını" dahi yasaklamıştır. Bunun dışında, kurumlara ayrılmış yerlerde, çalışma saatleri dışında olsa bile, sendika organlarının toplantı ve çalışmalar yapmasına da imkan vermemiştir (49).

Sendika yöneticileri için hiçbir güvence sağlamayan Kanun, sendikaları devletten ve kamu yetkililerinden gelebilecek karışma eylemlerine karşı korumuş değildir (50).

Kanun, işçi sendikaları için öngörülen düzenlemeden ayrılarak, kamu personeli sendikalarının dış kaynaklardan yardım almasını ve uluslararası kuruluşlara katılmasını Bakanlar Kurulu'nun bir kararnamesiyle izin vermesi şartına bağlı tutmuştur (51).

Kanunun gerçek bir sendikacılık işlevi yerine getirme ve etkili bir baskı grubu olma araç ve imkânlarından mahrum bıraktığı (52) memur sendikalarının etkinlik alanı, idareyle işbirliği yapma ve çeşitli konularda idareye yardım etme ve bağlayıcı olmayan önerilerde bulunma ile sınırlı tutmuştur (53). 13.maddede sıralanan etkinlikler, daha çok sendika tanımında vurgulanan mesleki gelişmeyi ve personel arasındaki yardımlaşmayı sağlama amacıyla ilgilidir. Buna karşılık personelin ekonomik ve toplumsal hak ve

44 ADAL, s.275.

45 TUTUM, Memur Sendikaları, s.40.

46 KUTAL, Personel Sendikaları, s.362.

47 EYRENCİ, s.160.

48 KUTAL, Personel Sendikaları, s.363.

49 TUTUM, Memur Sendikaları, s.41.

50 Ayrıntılı bilgi için bkz.; ŞAYLAN, s.142-145.

51 KUTAL, Personel Sendikaları, s.363.

52 ŞAYLAN, s.141.

53 EYRENCİ, s.160.

çıkarlarını koruma amacını gerçekleştirecek etkinliklere (ve araçlara) yer verilmemiştir. Sendikalara personel hukuku ve başka konular üzerinde öneriler sunma, görüş bildirme, incelemeler yapma, işbirliğinde bulunma gibi karar sürecine en geri düzeyde katılma imkânı sağlayan yetkiler tanımakla yetinilmiştir. Sendikaların, Kanuna göre yapabilecekleri en kolay iş sosyal faaliyetlerdir (54).

Memur sendikalarına demek statüsünün sınırları içinde kalmalarını sağlayacak biçimde çizilen bu etkinlik çerçevesi, kanun koyucunun devleti işveren, memuru da geçimini, emeğini satarak elde ettiği ücret geliriyle sağlayan bir bağımlı çalışan olarak görmediğini ortaya koymaktadır. Memur sendikalarına kuşkulu bakışı ve sendikacılığı devlet denetimine almayı amaçlayan yaklaşımı (55) ile 1947 tarihli ilk işçi sendikalarıyla ilgili Kanunu hatırlatan 624 sayılı Kanun, devlet-memur ilişkileri konusundaki geleneksel katı anlayıştan taviz vermeye yanaşmamış, Devlet ile memur arasındaki bağımlı çalışma ilişkisinde herhangi bir çıkar çatışmasının bulunmadığı görüşüne sınıksız sarılmıştır (56).

Kanunun 5.maddesine göre kamu personel sendikaları, işçi sendikaları ile birleşemezler, diğer kamu tüzel kişileriyle biraraya gelemezler. Bu maddenin, emeği ile çalışan iki büyük grubun biraraya gelerek büyük bir güç haline gelmesini önleyeceği açıktır. Bu yasağın, grev konusu ve idarenin tarafsızlığı ilkesi ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bu maddede personel sendikalarının, işçi sendikalarının veya siyasi partilerin içinde kaybolmasını önlemeyi amaçlayan bir görüş hakimdir (57). Bu hüküm ile kamu personeli sendikalarının, işçi sendikalarının veya siyasi partilerin içinde kaybolması önlenmek hedeflenmiştir (58). Buna karşılık personel sendikaları, birçok ülkede işçi sendikaları ile kaynaşmış durumdadır (59).

Kanunun 3.maddesi sendikaların kuruluş şekli ve bünyelerini düzenlemiştir. Her alanda her çeşit sendikanın kurulmasına imkan veren Kanun, üst kuruluşların oluşmasını son derece güç ve karışık duruma getirmiştir. Kamu personel sendikaları her kurumda, kurumlar arasında, merkezde, taşra teşkilatında kurulabilecektir. Ayrıca, bu sendikalar bir kurumun genel bütünlüğünü, bir kurumun bir kısmını, bir meslek veya uzmanlık kolunu (sınıfı) kapsayabilecektir (60).

Kanunun "kuruluş ilkesizliği" öngören bu düzenlemesi, bir araştırmaya göre otuzdört ayrı türde kamu personeli sendikasının ortaya çıkmasına yol açmıştır (61). Kanun koyucunun her yönden parçalanmaya elverişli böylesi bir sendikal yapı öngörmüş olmasını, kamu personeli sendikalarını gerçek sendikal işlevler yerine getiren örgütler olarak değil, sadece yönetime yardım eden ve adı "sendika" olan kuruluşlar olarak görüyor olmasına bağlamak yanlış olmaz. Kanun koyucu 1965 yılında memurlara güçlü bir sendikalaşma imkanı vermek amacıyla hareket etmemiş, bir yandan anayasanın emrine uymuş görünmeyi, öte yandan da idareye yardımcı bir takım kuruluşlar kurmayı

54 ŞAYLAN, s.146.

55 ŞAYLAN, s.141.

56 GÜLMEZ, Memurlar, s.34.

57 ADAL, s.275.

58 ADAL, s.275.

59 ADAL, s.272.

60 TUTUM, Memur Sendikaları, s.41.

61 MIHCIOĞLU Cemal, Türkiye' de Kamu Personeli Sendikaları, Ankara, 1968, s.30-38.

hedeflemiştir (62). Başka deyişle Kanun koyucu, memur sendikalarının, etkinliklerini kurum (işyeri) dışına taşıran, daha geniş çapta dayanışmayı temsil eden örgütler olmasını istememiştir (63).

624 sayılı Kanun çıkıncaya kadar kurulamayan sendikalar, bu Kanunla birlikte örgütlenmeye başlamıştır. Bu sırada personel reformu çalışmaları da yapıldığından sendikaların kuruluşu daha hızlı olmuştur. Bu faktör, bir yandan süratli gelişmeye yardım ederken, bir yandan da çok acele, gelişi güzel ve hatta bazı belirli hedeflerin elde edilmesine yönelmiş geçici örgütlenmelere yol açmıştır. 624 sayılı Kanun döneminde, sınırlı haklara rağmen kısa süre içinde yüzlerce memur sendikası kurulmuştur. Bunlardan önemli bir kısmı hiçbir fonksiyon ifa edememiş, diğer bir kısmı ise kendi aralarında üst kuruluşlara gitmişler, mesleğin gerektirdiği ortak mücadeleyi yapmışlar, problemlerini kamuoyuna duyurmuşlar, memleket meseleleri hakkındaki görüşlerini ortaya koymuşlardır. Kanunda öngörülen, devletle işbirliği bir türlü gerçekleşmemiştir. Bu durumun kusurunu sadece memur sendikalarına yükleyemeyiz. Gerçi zaman zaman memur sendikalarının suç sayılabilecek boykot hareketlerini destekledikleri görülmüştür. Ancak bu kanunsuz hareketlere yol açan gelişmelerde idarenin memur sendikalarını bir türlü muhatap kabul etmeyişinin ve sözde memur sendikalarını bunların karşılıklarına çıkarışında geniş ölçüde rol oynadığı unutulmamalıdır. Bir yıl gibi çok kısa bir süre içinde Ankara'da 114, İstanbul'da ise 52 sendika ve konfederasyon kurulmuştur. Diğer illerde de 99 sendika ki, toplam 265 sendika çalışmaya başlamıştır (64). Nihayet 1969 yılı sonuna kadar devlet personel sendikaları sayısı 569 olmuştur (65). Ayrıca federasyonlar kurulmuş, iki konfederasyon da faaliyete geçmiştir.

Sendikaların tanınması konusunda titizlik ve dikkat, sendikacılığın gelişimini destekler, sendika enflasyonunu önler (66). Fakat 624 sayılı Kanun, her alanda her çeşit sendikanın kurulmasına imkân vermek suretiyle güçlü sendikacılığın önünü kesmiştir (67).

62 KUTAL, Personel Sendikaları, s.364.

63 Kamu personeli sendikaları üye sayısı yönünden küçük ve dolayısıyla güçsüz ve cılız örgütler olarak doğmuştur. Kuşkusuz bunun temelinde kanundaki "kuruluş ilkesizliği" vardır. Çok sayıda ve çok türde sendika kurulmasına imkan veren bu yapı, sendikaların üye tabanı yönünden de büyümesini ve gelişmesini engelleyen ana etkenlerden biri olmuştur. Mihçioğlunun araştırmasına göre, anketi yanıtlayan 241 sendikanın dörtte üçünün %75.1 üye sayısı 500' ün altındadır. Üye sayısı 100' den az olan sendikaların oranıysa %36.35' dir. Buna karşılık yalnızca 2 sendikanın üye sayısı 10000' in üzerindedir. MIHÇIOĞLU, s.11-76. Bir başka araştırmaya göre, üye sayılarıyla ilgili soruyu yanıtlayan 233 sendikanın büyük bir çoğunluğunun %79.8 üye sayısı 600' ün altındadır. Üye sayısı 3000' den çok olan sendika sayısı 5' dir. KALKANDELEN Hayrettin, Sendikalar Ve Kamu Hizmetlerinde Sendikacılık, Ankara, 1968, s.83. TODAİE'de yapılan bir araştırma da, memur sendikalarının üye sayısı düşük, küçük örgütler olduğunu doğrulamıştır. 407 sendikadan örnekleme giren 218 sendikanın yarıya yakınının %44.9 üye sayısı 100' ün, dörtte üçünün %75.6 üye sayısı da 500' ün altındadır. Üye sayısı 5000' in üstünde olan sendikaların sayısı ise 10' dur %4.5. Daha ilginç olan noktaysa, sendikaların örgütlenebilecekleri personel sayısının da düşük olmasıdır. Gerçekten sendikaların dörtte birine yakın bölümünün %23.5 örgütlenmeyi amaçladığı personel sayısı 100' ün altındadır, yarıdan çoğununsa %52.8 100-500 arasındadır. Kuşkusuz sendika sayısının çokluğu, üye sayısındaki cılızlığın temel nedenidir. ŞAYLAN Gencay-OYAL Erken, Türkiye'de Memur Sendikacılığı Çoğaltma, TODAİE, 1972, s.11.

64 ADAL, s.274.

65 ŞAYLAN, s.146.

66 ADAL, s.272.

67 TUTUM, Memur Sendikaları, s.41.

b. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 624 sayılı Kanun'dan beş hafta sonra 14.7.1965 yılında kabul edilmiştir. DMK. kendinden önce yer alan 3656 sayılı Kanunun 25 yılda kırdığı değiştirilme rekorunu, uygulanmaya başladıktan beş yıl sonra aşmıştır (68). 31.7.1970 tarihli ve 1327 sayılı Kanunla % 55 inin değiştirilmesinden sonra, farklı tarihlerde çıkarılan çok sayıda kanun ve KHK.'lerle büyük ölçüde değişiklikler görmüştür (69). Her değişiklik bir öncekine ters düşen bir yaklaşıma sahip olduğu için metnin yapısındaki tutarsızlık da o oranda artmıştır. Nitekim bu yüzden metin, bugün birbirine yabancı hükümlerin garip bir karışımı haline gelmiştir (70). Öyle ki, Danıştay bugün memur hukuku ile ilgili olarak, kendisine intikal eden her olayda DMK.'nin ilgili hükmünün yürürlükte olup olmadığını tesbit için, uzun incelemeler yapmak zorunda kalmaktadır (71).

657 sayılı DMK., tüm personel rejimini tek başına düzenlemeye çalışmıştır. Kanun katı bir "statü hukuku" anlayışıyla hazırlanmıştır (72). Personel gruplarının hepsini her yönden aynı rejime bağlamak ve bunların statülerine ilişkin esasları aynı kanunla düzenlemek mümkün değildir. Hatta kapsam dışında tutulan personel bile, mali hükümler (ödemeler ve intibaklar) açısından geçici maddelerle 657 sayılı Kanuna bağlanmıştır. Bu dolaylı başlanma, kapsam dışı personelin özel kanunlarının çıkarılmasını engelleyen önemli bir faktördür.

657 sayılı DMK., memurlara sendika hakkını tanımıştır. "Sendika Kurma" başlıklı 22.madde "Devlet memurları, özel kanundaki hükümler uyarınca sendika ve meslek birlikleri kurabilir ve bunlara üye olabilirler. Bu meslek teşekkülleri, özel kanundaki hükümler uyarınca mesleklerin ve üyelerinin ve müşterek hak ve menfaatlerini yetkili merciler önünde ararlar" hükmüyle sendika hakkını 624 sayılı Kanuna yollama yaparak tanımıştır.

624 sayılı Kanun gibi devlet memurlarının "sendika" ya da "meslek birlikleri" biçiminde örgütlenmesine imkân veren 657 sayılı DMK., sendikaların etkinlik alanını "mesleklerinin ve üyelerinin müşterek hak ve menfaatlerini yetkili merciler önünde arama" olarak belirtmiştir. Dolayısıyla memur sendikaları, idare-memur ilişkilerinde bir araç olacak ve ilişkileri düzene sokacaktır. Böylece idare, sendikalar aracılığıyla memurların eğilim ve isteklerini öğrenecektir. Kısacası sendikalar, idareyle işbirliğinin aracı olacak ve memur sendikalarının işlevi bununla sınırlı kalacaktır (73).

Cumhuriyetin ilk yıllarından beri sözü edilen devlet personel reformunun temellerini kurmayı amaçlayan bir metin olarak hazırlanan 657 sayılı Kanun, bu reformun bir parçası olarak "görüşme ve danışma kurulları" oluşturulmasını öngörmüştür. Böylece, memurların çalışma rejiminin dayandığı tek yanlılığı yumuşatma ve idare-memur

-
- 68 GÜRAN Sait, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul, 1980, s.69.
69 CANMAN Doğan: "Devlet Memurları Kanununun Genel Görünümü ve Sorunları", AİD., C.18. S.1, Ankara, 1985, s.3.
70 GÖZÜBÜYÜK A. şeref/ TUTUM Cahit, "Yasa Gücünde Kararnameler", AİD, C.8, S.1, Ankara, 1975, s.3.
71 TUTUM Cahit, "Gerçekleştirilemeyen Reform, Personel Reformu", AİD, C.6, S.3, Ankara, 1983, s.8.
72 EYRENCİ, s.160.
73 KUTAL Metin, "Anayasada Yapılması Düşünülen Değişiklikler ve Sendikal Haklar", İktisat ve Maliye, C.18, 1971, s.171.

ilişkilerinde diyalogu özendirme doğrultusunda ileri sayılabilecek kurallara yer vermiştir (74).

657 sayılı Kanununun Türk kamu idaresine "teorik olarak" kattığı önemli yeniliklerden biri (75), ikili görüşme ve danışma yoluyla yönetime katılmadır. Ancak idarenin demokratikleşmesi yolunda atılan bu ilk adımın, kağıt üzerinde kaldığını da hemen eklemek gerekir. Gerçekten 657 sayılı DMK., hazırlık aşamasında, "statü" ve "sözleşme" temellerine dayalı çalışma ilişkisi rejimleri arasındaki geçişme ve yakınlaşma olgusundan, sınırlı ölçüde de olsa etkilenmiştir. Ne var ki idare, bu kuralları uygulamaya aktarmaya yanaşmamıştır (76).

Kanuna göre, değişik düzeyde olmak üzere dört ayrı tipte oluşturulması öngörülen görüşme ve danışma kurulları, "bu kanunun uygulanması dolayısıyla ortaya çıkabilecek meselelerde ve genel olarak kamu personelinin ödevleri, hakları, çalışma şartları, yükümleri ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili konularda mütalaa verir." Kurulların alacağı kararlar "istişari" nitelik taşır (77). Kararlar, varsa muhalefet şerhleriyle birlikte Resmi Gazete'de yayımlanır (78).

İdarenin, görüşme ve danışma kurullarının görüşünü istemekle yükümlü olduğu konular, temelde personele ilişkin hukuki düzenlemeleri kapsamaktadır. Bunun yanında personel ile ilgili, kanun, tüzük, yönetmelik ve kararname tasarılarının hazırlanması; personelin ödevlerini, haklarını, çalışma koşullarını ve yükümlerini düzenleyici nitelikte genel kararlar alınması gibi konuların tümü idarenin ve siyasal iktidarın tekyanlı kararlarıyla ve memurlara danışmaksızın alınmaktadır (79).

Kanun koyucunun, sendikalarca seçilen eşit sayıdaki memur temsilcilerinin belirli konularda idareye, istemekle zorunlu olduğu istişari görüş bildirmesini, idarenin elinde tuttuğu tekyanlı karar ayrıcalığından verilebilecek en yüksek taviz olarak gördüğü sonucunu çıkarmak yanlış olmaz. Nitekim idare, statü temeline dayalı memur anlayışından ve tekyanlı karar egemenliğinden bu çerçevede bile taviz vermediği için (80), memurun yönetime katılmasının en geri biçimine yer veren bu kuralları dahi yaşama geçirmekten kaçınmıştır (81).

Kurum Danışma Kurulu, kamu personeli yönetimi ile ilgili konularda istişari görüş vermek üzere her kurumda kurulur. Bu kurulların kuruluşu, yönetim temsilcilerinin kimler olacağı, personel temsilcilerinin nasıl seçileceği ve çalışma usul ve ilkeleri, kurumun en üst amirince düzenlenir. Görüldüğü gibi Yüksek Danışma Kurulu'nun personel temsilcilerinin seçimi meslek kuruluşlarına bırakılmışken, Kurum Danışma

74 GÜBAN Sait, "Avrupa'da ve Türkiye'de Memurların Sendikalaşması ve Yönetime Katılması", AİD., C.11, S.4, Aralık 1978, s.25.

75 GÜBAN, Memurların Sendikalaşması, s.25.

76 Geniş bilgi için bkz: TUTUM Cahit, "Devlet Memurları Kanununun Genel Bir Eleştirisi", AİD., C.7, S.4, Aralık 1975, s.57; FİŞEK, Yönetime Katılma, s.337-340.

77 GÜBAN, Memurların Sendikalaşması, s.25.

78 Bu hüküm 1971 Anayasa değişikliğiyle kaldırılmıştır.

79 GÜLMEZ, Memurlar, s.69.

80 ŞAYLAN, s.147.

81 GÜLMEZ, Sendika hakkı, s.61.

Kurulları' na katılacak personel temsilcilerinin belirlenmesinde meslek kuruluşlarına yetki tanımamıştır (82).

231.maddenin danışma kurullarıyla ilgili yönetmeliğin çıkarılması konusundaki buyurucu kuralına karşın bunun yapılmamış olmasının temel nedenlerinden biri, 1971 değişikliği ile Anayasa'ya konulan kamu hizmeti kuruluşlarının kuruluşuna ilişkin Kanunun, Anayasa'nın buyruğuna karşı çıkarılmamış olmasıdır. Kuşkusuz, olmayan meslek kuruluşlarının Yüksek Danışma Kurulu' na katılacak personel temsilcilerini seçmesi ve bu seçimin nasıl yapılacağını gösterecek yönetmeliğin çıkarılması düşünülemez. Kısacası yönetmelik, Anayasa'nın bir özel kanunla düzenlenmesini buyurduğu meslek kuruluşlarını gündeme getireceği için çıkarılmaktan vazgeçilmiştir (83).

657 sayılı DMK., memurluktan çekilmeyi (istifayı) "bu kanunda belirtilen esaslar" çerçevesinde bir "hak" olarak tanımıştır. Ancak Kanun, Anayasa'nın güvenceye aldığı çalışma hak ve özgürlüğünün doğal bir sonucu olan bu hakkın kullanılmasını bazı şartlara bağlamakla (m.94 vd.) yetinmemiş, bir başka sınırlama daha öngörmüştür. Sürekli ve düzenli biçimde yerine getirilmesini istediği kamu hizmetlerinin bu hakkın kullanılmasından etkilenmesini istemeyen kanuna göre: "Devlet memurlarının, kamu hizmetlerini aksatacak şekilde memurluktan birlikte çekilmeleri yasaktır." (DMK.m.26).

657 sayılı DMK.'nun birlikte çekilme yasağı koyan 26.maddesi 12 Mayıs 1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanunla, yasağın kapsamını ve türlerini genişleten önemli bir değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikle, bir yandan 657 sayılı DMK.'nun ilk biçiminde yer almayan "toplu müracaat ve şikayet" yasağı konulmuş, öte yandan da birlikte çekilme dışında kamu hizmetlerini kesintiye uğratabilecek başka toplu eylem biçimleri de yasaklanmıştır (84). Fakat vatandaş olarak memurun "dilekçe hakkı" saklıdır ve 657 sayılı Kanunun kapsamındadır (85).

657 sayılı Kanun, memurlara 21.maddede tanıdığı hiyerarşik başvuru ve idari yargıya müracaat hakkının "toplu" kullanımını yasaklayan bir kurala ilk metninde yer vermemiştir. 21.maddede 1982' de yapılan değişiklikle, devlet memurlarına şikayet ve dava haklarına ek olarak "müracaat hakkı" da tanınmıştır: "Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat...hakkına sahiptirler."

26.maddenin yukarıda belirtilen değişik metnine göre, müracaat hakkını "birden fazla devlet memurunun toplu olarak" kullanması "toplu müracaat" sayılır ve yasaktır. İki ya da daha çok memurun kurumlarını ilgilendiren resmi veya şahsi işleri nedeniyle toplu olarak yapacakları bir başvurunun sendika hakkı ile hiçbir ilgisi olamaz. Başka deyişle, başvuru hakkının bu kanuni tanımı çerçevesinde, ortak ekonomik ve toplumsal çıkarları korumak ve geliştirmek amacı taşıyan sendika hakkı ile bağlantısı kurulamaz (86). Çünkü sendika hakkı, memurun kurumunu ilgilendiren resmi veya kişisel işlerinden sayılamaz. Amaç yönünden birbirinden tümüyle ayrılan başvuru hakkı ile sendika hakkı arasında en küçük bir benzerlik yoktur. Dolayısıyla da, birden çok kişinin yapacağı bir sendika kurma

82 GÜLMEZ, Memurlar, s.71.

83 GÜLMEZ, Memurlar, s.71.

84 GÜLMEZ Mesut, Memurların ve Öğretmenlerin Sendikal Hakları, abece Dergisi, S.51, Haziran 1990, s.4.

85 ARMAĞAN Servet, Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1972, s.59-62.

86 GÜLMEZ, Memurların ve Öğretmenlerin, s.3.

başvurusunun ya da kurulmuş bir sendikaya üye olma eyleminin "toplu müracaat" olarak nitelendirilmesi düşünülemez. Çünkü sendika hakkını kullanan memurlar, kurumlarıyla ilgili resmi ve kişisel işleri nedeniyle bir başvuruda bulunmuş değillerdir (87).

Maddenin 2.fıkrasında yasaklanan toplu eylemlerle sendika hakkı arasında bir bağlantı kurulamaz, daha doğrusu bu yasakların sendika kurma hakkı önünde bir engel oluşturduğu savunulamaz. Çünkü 2.fıkarda öngörülen yasak iki tür toplu eylemi kapsamaktadır. Birincisi, birlikte çekilme ya da göreve gelmemedir. Bunların "kamu hizmetlerini aksatacak şekilde" ve "kasıtlı olarak" yapılması gerekir. "Kasıt" ögesi 1982 değişikliğinde maddeye eklenmiştir. İkincisi de, memurların görevlerine gelmiş olmalarına karşın devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuran toplu eylemlerdir. Her iki toplu eylem türü, sendika kurma hakkı ile değil, hizmetin aksatılmasına ya da yavaşlatılmasına yönelik olduğundan , grev hakkı ile ilgilidir. Çünkü, burada, grev kavramının tanımına girmeyen ancak grev gibi kamu hizmetlerini kesintiye uğratma sonucu doğuran toplu eylemler yasaklanmıştır. Dolayısıyla bunu, sendika hakkını engelleyen değil, zaten var olan grev yasağının kapsamını genişleten, bir yasak olarak değerlendirmek gerekir (88).

1961 Anayasası işçilere grev hakkını açık şekilde tanımıştır (89). Memurlar için ise grev anayasal güvenceye alınmamıştır. Burada bir boşluk olduğu düşünülebilir (90). Ancak bu boşluk DMK. tarafından devlet memurlarına grev hakkı yasaklanarak doldurulmuştur. Günümüzde de aynen yürürlükte bulunan 657 sayılı DMK.'nın 27.maddesine göre: "Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, ilân etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır. Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılamaz, grevi destekleyemez ve teşvik edemezler."

Görüldüğü gibi Kanun, devlet memurlarının hem kendilerinin karar verip düzenleyecekleri iş bırakma eylemlerini, hem de başka bir çalışan kategorisinin, örneğin işçilerin uyguladığı bir greve katılma ya da destek olma eylemlerini yasaklamıştır. Dolayısıyla 657 sayılı DMK.'nin memurlar için koyduğu grev yasağı, personel sendikalarının "grev teşebbüs ve faaliyetlerini destekleyici davranışlarda bulunama(masını)" öngören 624 sayılı Kanuna oranla daha geniştir (91).

3. 1971 Anayasa Değişikliği

12 Mart muhtırasından sonra 1961 Anayasası'nın temel haklara, bağımsız yargıya, memurun sendikal haklarına ilişkin 60 maddesi değiştirilmiş ve bu arada memurun sendika kurma hakkı da geri alınmıştır.

Memurların örgütlenme çabaları, henüz kuruluş aşamasında iken varlıklarını sona erdirici siyasal bir tepki ile karşılaşmıştır (92). Bu tepki kendisini, 1971 yılında

87 GÜLMEZ, Memurlar, s.67.

88 GÜLMEZ, Memurlar, s.68.

89 1961 Anayasasında grevle ilgili geniş bilgi için bkz.; AKSOY ,s.1-71.

90 GÜLMEZ, Memurların ve Öğretmenlerin, s.4.

91 GÜLMEZ, Memurların ve Öğretmenlerin, s.4.

92 TUTUM Cahit, Personel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara, 1979, s.237.

Anayasanın 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmesiyle göstermiştir. 1971'de Anayasanın 46 ve 119.maddeleri yeniden yazılmış ve Gecici 16.madde eklenmiştir.

1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerine egemen olan "bireyin devlete karşı korunması" yaklaşımının tersine çevrilerek "sınırlılık" ve "devletin bireye karşı korunması" na dönüştürüldüğü 1971 değişikliklerinde (93), sendika hakkı açısından olumsuz ve gereksiz bir geri adım atılmıştır (94). Memurların sendika hakkına ilişkin olarak yeniden bir yasak rejimine girilmiştir. Sendika hakkı memurlar için anayasa güvencesine bağlanmış bir hak olma özelliğini yitirmiştir (95).

1971 Anayasa değişikliğiyle "sendika" sözcüğü "kuruluş" olarak değiştirilerek gerçek sendikal işlevler yerine getirecek bir kanuni çerçeveden mahrum bulunan memur örgütlerine yeni bir ad takılmıştır (96).

1961 Anayasası'nın 46.maddesinde yapılan değişikliklerden ikisi, memurların sendika hakkıyla doğrudan ilgilidir. İlk değişiklik, "çalışanlar" yerine "işçiler" deyiminin kullanılmasıdır. Kuşkusuz bu değişiklikle sendika hakkı bağımlı çalışanların yalnızca "işçi" niteliği taşıyan bölümü için "anayasal bir hak" kimliğini sürdürmüştür. Ancak sendika hakkı, memurlar ya da işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri için artık Anayasa güvencesine bağlanmış bir hak olma özelliğini yitirmiştir.

46.maddedeki ikinci değişiklik ise, eski 2.fıkranın metinden çıkarılmasıdır. Böylece işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin sendika hakkının düzenlenmesini kanun koyucuya bırakan hüküm kaldırılmıştır. Toplu pazarlık ve grevi kapsayan sendikal haklar, artık sadece işçilere özgü bir olgudur. Memurlar gerçek anlamda bir sendikacılık etkinliği gösteremezler. Memurların oluşturacağı örgütlere de "sendika" denilmesi bir kavram kargaşası yaratmakla kalmaz, aynı zamanda bu örgütlere olduğunun ötesinde bir anlam kazandırma eğilimi doğurur.

1961 Anayasası'nın 119.maddesinde birbirini bütünleyen iki değişiklik yapılmıştır. Birincisi, eski 46.maddenin 2.fıkrasının metinden çıkarılmasının yarattığı boşluğu doldurmak amacıyla son fıkra olarak yapılan eklemeye ilişkindir. Buna göre, "işçi niteliği taşımayan kamu hizmetlilerinin mesleki menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla güden kuruluşların bağlı olacakları hükümler kanunla düzenlenir." İkinci değişiklik ise, eskiden yalnızca siyasal partilere üye olması yasaklanan "memurların ve kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim ve denetim işlerinde çalışanların ve kamu yararına çalışan derneklerden özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış olanların merkez kurullarında görev alanların" sendikalara da üye olmalarının açıkça yasaklanmasıyla ilgilidir.

Anayasa değişikliği kavram karışıklığını önlemek için yapıldığına ve 624 sayılı Kanuna göre kurulan sendikaların varlıklarına da son verildiğine göre, memurların üye olamayacağı sendikaların doğal olarak "işçi sendikaları" olması gerekir (97). Oysa 274 sayılı Kanun, kendisine bağlı olan sendikalara kimlerin üye olabileceğini açıkça

93 GÜLMEZ, Mesut, Türkiye'de Memurlar ve Sendikal Haklar, TODAİE Yayını, No.255, Ankara, 1994, s.105.

94 AKSOY, s.2

95 GÜLMEZ, Sendika Hakkı, s.60.

96 GÜRAN, Memurların Sendikalaşması, s.26.

97 GÜLMEZ, Memurlar, s.91.

göstermiştir ve bu kişiler arasında da "memur" niteliği taşımayan kişiler ya da "işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri" yoktur. Öyleyse sendikalara üye olma yasağının açıkça belirtilmesindeki amaç, yasakçı yaklaşımın pekiştirilmesinden başka birşey değildir (98).

1971 Anayasa değişikliği sonrası, 624 sayılı Kanuna dayanılarak kurulmuş olan kamu hizmetlileri sendikalarının faaliyeti sona ermiştir. Sona erme de, anılan maddelerde yapılan değişikliklerin "yürürlüğe giriş tarihi" nde yani, 22 Eylül 1971 tarihinde gerçekleşmiştir.

Geçici 16.maddenin 2.fıkrası ise, yapılması öngörülen kanuni düzenlemeye ve süresine ilişkindir. Buna göre, "kamu hizmeti kuruluşlarının kuruluşuna ve sendikaların varlıklarının bu kuruluşlara intikaline ait hükümler kanunla düzenlenir. Kanun, Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılır."

En geç 22 Mart 1972'de çıkarılması anayasal bir emir olan bu kanun hiçbir zaman çıkarılmamış, dolayısıyla memurların "kuruluşlar" adıyla örgütlenmesine bile yanaşılmamıştır (99).

1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere yaklaşımının tersine çevrildiği 1971 değişiklikleriyle birlikte, genel siyaset ve grev yasaklarıyla hukuki çerçevesi belirlenen memur sendikacılığı da altıbuçuk yıl sonra sona erdirilmiştir. Ancak, örgütlenme hakkının tümüyle ortadan kaldırılması konusunda uzlaşma sağlanamadığından yapay bir çözüme başvurulmuş ve memurların değişik bir hukuki kılıf içinde örgütlenmelerine imkân sağlanmıştır. Bu yeni çözümdeki içtensizlik, anayasal yükümlülük dokuz yıl boyunca yerine getirilmeyerek ortaya konmuştur (100).

II.1982 ANAYASASI VE KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKAL HAKLARI

Memur sendikacılığı Dünyada önemli gelişmeler kaydetmiş, bir çok ülke kamu görevlilerine sendika hakkını tanımıştır. Dünyadaki bu gelişmeler son yıllarda Türkiye'yi de etkilemiş, memur sendikacılığıyla ilgili Anayasadaki hükümler zorlanarak, ilk memur sendikası 1990 yılında kurulmuştur. 1990'lı yıllar Koalisyon protokollerinde de, kamu görevlilerine sendika tanınması yönünde hükümler konmuştur. Ayrıca memur sendikacılığının temelini oluşturan 151 sayılı ILO Sözleşmesi ile 87 sayılı ILO Sözleşmeleri de imzalanmıştır. 1995 Anayasa Değişiklikleriyle kamu görevlilerinin sendika hakkı anayasal güvenceye kavuşmuştur. 657 sayılı DMK'nda da 1997 yılında yapılan değişiklikle devlet memurlarına sendika hakkı tanınmıştır.

A. Anayasal Durum ve Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları

Siyasi düzenin çoğulcu, özgürlükçü ve sosyal adaletçi nitelikleri, sendikal hak ve özgürlükler alanında yapılan anayasal ve kanuni düzenlemelerde doğrudan doğruya görülmüştür. Siyasi rejime anılan nitelikleri kazandıran temel öğelerin başında, sendikal

98 TALAS Cahit, "Türkiye'de ve Dünya'da Devlet-Memur İlişkileri", AÜSBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu 1974-1976 Yıllığı, Ankara, 1977, s.29.

99 GÜRAN, Memurların Sendikalaşması, s.28.

100 GÜLMEZ, Memurlar, s.112.

hakların, salt çalışanların hak ve çıkarlarını koruyup geliştirmelerine değil, onların toplum içinde ağırlıklarını duyurmalarına imkân veren bir yaklaşım ve içerikle düzenlenmiş olması gelir. Çünkü etkili bir baskı grubu işlevi yerine getirmekten alıkonan sendikaların, mesleki alanda başarılı olması ve üyelerinin çıkarlarını geliştirmesi zordur (101).

1.1995 Anayasa Değişikliği Öncesi

1982 Anayasası genel olarak sendikal hakları, birbirine sıkı sıkıya bağlı olan bu iki işlevin etkili biçimde yerine getirilmesini önlemeyi amaçlayan bir yaklaşımla düzenlemiştir. 1982 Anayasası, genel olarak temel hak ve özgürlükler alanında 1971 Anayasa değişikliklerinde benimsenen "serbestlik" yerine "sınırlama" yı temel ilke edinen yaklaşımı doruğuna ulaştırmıştır (102). Mutlak bir çalışma barışı sağlama ve üretimi artırma amacıyla aşırı tepkici ve ayrıntıcı bir düzenleme yapan Anayasa, sosyal devlet ilkesini de çağdaş anlamından uzaklaştırmıştır. Diğer bir ifadeyle, ekonomik yönden güçsüz olan bağımlı çalışanların korunması amacını vurgulamaktan özenle kaçınan bir sosyal devlet anlayışını benimsemiştir (103).

1982 Anayasası, devletin temel amaç ve ögelerini gösteren 5 inci maddesinde sosyal devlet ilkesine yer vermiştir. Buna göre, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak", devletin temel amaç ve görevlerindedir. Görüldüğü gibi Anayasa, devleti sözü edilen engelleri "kaldırmak" la değil "kaldırmaya çalışmak" la, anılan şartları "hazırlamak"la değil "hazırlamaya çalışmak"la görevlendirmiş, böylece de 1961 Anayasası'ndan farklı bir yaklaşım sergilemiştir (104).

1982 Anayasası'nın sosyal devlet ilkesine verdiği anlamı belirlemenin en doğru yolu, sosyal ve özellikle sendikal haklar konusundaki düzenlemenin içeriğidir. Çünkü sosyal devlet, güçsüzleri onlara asgari bir yaşama düzeyi sağlayarak korumakla yetinmek anlamına gelmez. Sosyal devlet aynı zamanda güçsüzlerin etkili ve güçlü şekilde örgütlenerek toplum içinde ağırlıklarını duyurmalarına da imkan sağlar. Sendikal haklarsa, bunun en temel araçlarından. Dolayısıyla da tek yanlı kararlarla alınacak kimi sosyal politika önlemleri devlete "sosyal" nitelik kazandırmaya yetmez. Tüm çalışanlara, bir yandan özel ya da kamu işverenlerine karşı hak ve çıkarlarını koruyup geliştirme, öbür yandan da toplum içinde varlıklarını duyurma ve kamu politikalarının oluşumuna etkili biçimde katılma imkânı sağlayan bir içerikle sendikal hakların tanınmış olması, devlete "sosyal" nitelik kazandıran temel ögedir (105).

1982 Anayasası, 1995 değişikliğine değin kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Sendika kurma, toplu sözleşme ve grev hakkı ile ilgili açık bir düzenleme söz konusu değildir. 1982 Anayasası sendikal hakların kişi yönünden

101 GÜLMEZ, Memurlar, s.114.

102 GÜLMEZ, Sendika Hakkı, s.61.

103 GÜLMEZ, Sendika Hakkı, s.61.

104 GÜLMEZ, Memurlar, s.115.

105 GÜLMEZ, Memurlar, s.116.

uygulama alanını "işçiler" ile sınırlı tutmuş, "memurlar" için sendika, toplu sözleşme ve grev haklarını açıkça tanıyan ya da yasaklayan bir kurala yer vermemiştir (106).

Anayasanın 53.maddesi, toplu iş sözleşme yapma hakkını, "karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla" işçilere (ve işverenlere) tanımıştır. Kuşkusuz, salt bu düzenleme çerçevesinde, Anayasa'nın toplu sözleşme hakkını memurlara "yasakladığı" sonucuna varılamaz (107). Ancak bu konuda, 128 inci maddenin 2 nci fıkrasını da gözönünde bulundurmamak gerekir. Buna göre, "memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.". Bu hükümden de toplu sözleşme hakkının kamu görevlilerine yasaklandığı sonucunu çıkaramayız. Çünkü Anayasa sayma yoluyla kanunla düzenlenecek konuları belirtmiştir. Teorik olarak, Anayasanın belirlediği konularda, kanunların düzenlediği durumlar haricinde kalan noktalarla ilgili toplu sözleşme yapılabilir. Dolayısıyla yapılacak bir toplu sözleşmenin kapsamı maddede belirtilen konuların dışıdır. Toplu sözleşmeyle taraflar 128/II dışındaki konuları karara bağlayabilirler. Örneğin devlet memurlarının yetiştirilmesi, ilerleme ve yükselmeler, yer değiştirmeler, sosyal yardımlar ve yönetime katılma gibi çeşitli konuların düzenlenmesine anayasal engel yoktur. Fakat kanunlar bu konuları düzenlemiş ise kanunlarda öngörülme durumları toplu sözleşmenin alanını oluşturabilir. Kanun, yürütme organlarına da ilave olarak düzenleme yetkisi vermiş ise, yürütme organları düzenleme yetkilerini alabildiğine geniş biçimde kullanarak, toplu pazarlığı işlevsiz bırakmasına kuramsal yönden bir engel yoktur (108). Bu durumda yetkinin kullanılmadığı durumlar toplu sözleşmenin kapsamını oluştururlar. Ancak bu noktadan sonra ele alınacak konuların çok ayrık konular olduğu, toplu sözleşmeden beklenene faydayı gerçekleştiremeyeceği söylenebilir (109). Tüm bu açıklamalar teorik temelde kalmaktadır. Toplu sözleşme hakkı, her ne kadar açık bir şekilde yasaklanmasa da, açıkça tanınmadığı için iç hukuk açısından işletilmesi olanaklı görülmemektedir.

1982 Anayasası grev hakkını memurlara yasaklamış değildir. Toplu iş sözleşmesi hakkında olduğu gibi grev hakkı içinde "serbestlik rejimi" söz konusudur. Kanun koyucu bu serbestliği grev hakkını memurlara tanıma yada yasaklama doğrultusunda kullanabilir. Ancak bu hakkın yalnızca "işçiler" e tanınmış olmasından, kamu görevlilerine yasaklandığı sonucuna ulaşılamaz, anayasal güvenceden yoksun olduğu söylenebilir (110).

2.1995 Anayasa Değişikliği

1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra eleştirilere muhatap olmuş, birçok maddesinin değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Anayasa değişikliği 23 Temmuz 1995 tarihinde Mecliste kabul edilmiş ve 26 Temmuz 1995 günü de Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anayasa değişiklikleriyle, sendikal faaliyet başlığını

106 GÜLMEZ Mesut, "Uluslararası Sözleşmeler ve Memurların Sendika Hakkı, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S.92, şubat 1988, s.25.

107 EYRENCİ, s.160.

108 GÜLMEZ, Mesut, Belgelerle Yönetim, Yargı ve Memur Sendikaları, Ankara, 1993, s.8.

109 GÜLMEZ, Memurlar, s.128.

110 GÜLMEZ, Belgelerle, s.9.

taşıyan madde kaldırılmış, başlangıç metni ile birlikte 33, 53, 67, 68, 69, 75, 84, 85, 93, 127, 135, 149, ve 171.maddeler olmak üzere 13 maddesi değiştirilmiştir. Getirilen değişiklikler genelde seçim, seçimlere katılma, örgütlenme hakkına, katılma haklarına ilişkindir.

1995 Anayasa değişikliğinin konumuzu ilgilendiren boyutu 53.maddede yapılan değişikliktir. Değişikliğe kadar kamu görevlilerine sendika hakkını düzenlemeyen (ne yasaklayan ne de tanıyan) Anayasa, gelişen olaylar sonunda kamu görevlilerine sendika hakkını tanımıştır. 53.maddenin 3.fıkrası şöyle bir düzenleme getirmiştir: “128 inci maddenin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54.madde hükümlerine tabi olmayan sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler. Toplu görüşme sonunda anlaşmaya varılırsa düzenlenecek mutabakat metni taraflarca imzalanır. Bu mutabakat metni, uygun idari veya kanuni düzenlemenin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Toplu görüşme sonunda mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma ve anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usuller kanunla düzenlenir.”

53.maddeye eklenen 3.fıkra dikkatimizi çeken ilk nokta, ek fıkranın kötü, dolambaçlı bir dil ve anlatımla ifade edilmesidir. Dikkatimizi çeken bir diğer nokta ise düzenlemenin olması gerekenden çok uzun ve ayrıntılara inmesidir. Anayasa kamu görevlilerine sendika hakkını düzenlerken kanunlarda olması gereken, kanuni düzenlemelere konu olabilecek noktaları da Anayasada ifade etmiştir. Bu, Anayasa koyucunun hakkı tanırken ne kadar çekinerek, korkarak bir düzenleme yaptığının işaretidir.

Fıkrayı incelediğimizde şu sonuçları çıkarabiliriz:

Anayasaya göre sendika hakkından yararlanacak kamu görevlilerinin kapsamı 128.maddeye göre belirlenecektir. Sendika hakkının kişi yönünden kapsamı oldukça geniş tutulmuş, herhangi bir istisna getirilmemiştir. Yollama yapılan 128.madde kamu görevlilerini “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” şeklinde ifade ederek çok geniş bir kümeyi kapsamaktadır. Sendika hakkının öznelerini belirleme konusunda getirilen düzenleme tartışmaya yol açacak biçimdedir. Kanun koyucunun, 128.maddede yer alan hak özneleri arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin, kimi memur yada kamu görevlilerini, örneğin güvenlik yada üst düzey görevlilerini kapsam dışında bırakmaksızın düzenlemesi gerekir. Anayasa koyucu, kanun koyucuya hakkın kullanımına getirilecek “istisnalar” konusunda bir düzenleme yapma yetkisi tanımamıştır (111).

Anayasa kamu görevlileri sendikalarına, çok ayrıntılı bir şekilde nasıl yapılacağını açıkladığı “toplu görüşme” yapabilme hakkı tanıyarak, kurulacak sendikaların faaliyet alanını da belirlemeye, sınırlamaya çalışmıştır. Toplu sözleşme kavramı yerine toplu görüşme kavramı oturtulmuştur. Sendikaların belki varlık sebebi olan “toplu sözleşme” hakkını kamu görevlileri sendikalarına tanımamıştır. Böylece kamu görevlileri sendikaları, sendikaların en etkili mücadele araçlarının birisinden yoksun bırakılmak istenmiştir. Toplu görüşmenin kamu işveren tarafı “İdare”, kamu görevlileri tarafı ise “sendikalar ve üst kuruluşlar”dır. Çıkarılacak kanun merkezi yada ulusal

¹¹¹ GÜLMEZ, Mesut, Anayasa Değişikliği ve Memur Sendikacılığı, AİD., C.28, S.4, Aralık 1995, s.38.

düzyde tek bir toplu görüşme sistemini benimsemesi yada kamu kurum ve kuruluşlarının her birini bağımsız toplu görüşme birimi olarak öngörmesi mümkündür. Çünkü ek fıkrada, toplu görüşmenin düzeyi konusunda herhangi bir kural yoktur. Toplu görüşme sonunda anlaşma sağlanarak imzalanan “mutabakat metni” ile bazı konulardaki anlaşmazlık nedeniyle bu metnin imzalanmaması durumunda tutulan “tutanak” durumunda Bakanlar Kurulunun takdir yetkisi vardır ve tamdır. Mutabakat metni Bakanlar Kurulu için bağlayıcılık taşımaz. Bakanlar Kurulu, takdirine sunulan metin ve tutanak üzerinde dilediği değişiklikleri yapabilir. Hatta bu değişiklikler, kuramsal olarak, daha ileri nitelik taşıyabilir ve yeni hak yada imkanlar getirebilir. Taraflarca kararlaştırılan kurallar, ancak niteliklerine uygun “idari” yada “kanuni” düzenlemeler yapıldıktan sonra bağlayıcılık kazanacaktır. Dolayısıyla, bu düzenlemeleri yapmakla yetkili olan organların, örneğin Bakanlar Kurulu yada TBMM’nin, olumlu yada olumsuz yönde gerekli gördükleri değişiklikleri yapma yetkisi saklıdır (112).

Aslında, kamu görevlileri sendikalarının 53.maddenin 1 ve 2.fıkralarına bağılı olmayacağıının belirtilmesine gerek yoktur. Çünkü 1.fıkra, toplu iş sözleşmesini açıkça “işçiler”e tanımıştır. Ayrıca ek fıkranın son cümlesi kamu görevlileri sendikalarının toplu görüşmenin nasıl yapılacağını gösteren özel bir kanunun çıkarılmasını öngörmüştür (113).

Kamu görevlileri sendikalarının 54.maddeye bağılı olmayacağıının belirtilmesine gerek yoktur. Çünkü 54.madde grev hakkını “işçiler” için Anayasa güvencesine almıştır. Buradan hareketle grev hakkının kamu görevlilerine yasaklandığı sonucuna varılamaz (114).

Ek fıkra, kamu görevlileri sendikalarının üyeleri adına mahkemelere müracaat edebileceğini ifade ederek, kamu görevlileri sendikalarının etkinliğinin temsil niteliğinde olması gerektiğini ima eder bir düzenleme getirmiştir.

Görülen o ki gerçek anlamda kamu görevlilerinin örgütlenmesi Anayasa Koyucu tarafından da istenmemiştir. Yasak savmak kabilinden bir düzenleme getirilmiştir. Hatta yasak getirme amaçlı bir düzenleme olduğunu bile söyleyebiliriz. Çünkü bu değişikliğe gerek olmaksızın iç hukuk açısından kamu görevlilerinin sendikal hakları açısından bir problem yoktur. Hatta Anayasa toplu sözleşme ve grev hakkını bile yasaklamamıştı. Fakat bu değişiklik durumu daha da karıştırmış, olguyu daha da geri bir düzye getirmiştir.

Anayasa değişiklikleriyle kamu görevlilerinin sendika hakkı anayasal güvenceye kavuşmuştur. Böylece 51.maddeki “işçiler” sözcüğüne takılarak ve “karşıt kavram” yorumu yaparak sendika hakkının kamu görevlilerine yasaklandığı yolunda ileri sürülegelen yanlış görüşlere son verilmiştir. Anayasadaki kamu görevlilerinin sendika hakkına ilişkin boşluk doldurulmuştur. Kanun koyucunun, bu boşluktan doğan “takdir serbestisi” ne dayanarak sendika hakkını yasaklaması mümkün değildir. Tersine, bir kanun çıkararak Anayasanın buyruğunu yerine getirip bu anayasal hakkı düzenlemesi gerekir (115).

112 GÜLMEZ, Değişiklik, s.42.

113 GÜLMEZ, Değişiklik, s.39.

114 GÜLMEZ, Değişiklik, s.40.

115 GÜLMEZ, Değişiklik, s.37.

3.657 sayılı DMK'nda Yapılan Değişiklik

1965 yılında kabul edilen 657 sayılı DMK, ilk metninin 22.maddesinde "devlet memurları"na sendika hakkını tanımıştır. Dolayısıyla 657'nin ilk metninde öngörülen üç istihdam biçiminden öteki ikisini oluşturan "sözleşmeli personel" ile "yevmiyeli personel" sendika hakkının kapsamı dışında bırakılmışlardır (116). Bu düzenleme 23 Aralık 1972 tarih ve 2 sayılı KHK'nin 5.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten 1997 yılına kadar herhangi bir düzenleme yapılmamış, boşluk doldurulmamıştır. 1982 Anayasası döneminde kamu görevlilerinin sendikal hakları konusunda olumsuz bir yaklaşım da DMK'nda yer alan bu boşluktan kaynaklanmaktaydı. 1995 Anayasa değişikliğiyle Anayasadaki boşluk hakkın tanınması şeklinde doldurulmuş ve kamu görevlilerinin sendikal hakları açık bir şekilde anayasal güvenceye kavuşmuştur.

Anayasadaki bu düzenleme, uyum kanununu çıkarılması sonucunu doğurmuş ve kanun koyucu 12.6.1997 günü 4275 sayılı Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (117) ile 657 sayılı DMK'nun 22.maddesinde değişiklik yaparak devlet memurlarına sendika hakkını tanımıştır. DMK'nun 22.maddesine göre; "Devlet memurları, Anayasa'da ve özel kanununda belirtilen hükümler uyarınca sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilir ve bunlara üye olabilirler."

Getirilen bu değişiklik olguya herhangi bir katkı sağlamamıştır. Bilakis değişiklik, 657 sayılı Kanun kapsamı açısından sendika hakkını devlet memurlarına tanıyarak, sınırlayıcı, daraltıcı bir yaklaşım getirmiştir.

B. Uluslararası Sözleşmeler ve Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları

1. Ülkemizce Onaylanan Milletlerarası Sözleşmeler

Birleşmiş Milletler Andlaşması: 26 Haziran 1945 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye bu andlaşmayı 15 Ağustos 1945 tarihinde kabul etmiştir (118). Anlaşmayla temel insan hak ve özgürlükleri teminat altına alınmıştır. 1945 tarihi itibarıyla sendika hakkı ayrıca bir hak olarak ifade edilmese de, temel hak ve özgürlüklere getirilen teminatlardan sendika hakkı da faydalanır (119).

Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Özgürlüklerini Korumaya Dair Sözleşme: 4 Kasım 1950 de aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 12 devlet tarafından ve 3 Eylül 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyle: yaşama hakkı, özgürlük ve kişi güvenliği hakkı, adil olarak yargılanma hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, toplanma ve dernek kullanma özgürlüğü, sendika kurma hakkı (m.11), evlenme ve aile kurma hakkı, mülkiyete saygı gösterilmesi hakkı gibi haklar teminat altına alınmıştır (120).

Sözleşmeyle, insan haklarını Avrupa düzeyinde koruyan bir uluslararası belgedir. İçerik yönünden İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden daha dar kapsamlı olmakla birlikte hakların korunması yönünden daha işlevseldir. Sözleşmenin uygulama

116 GÜLMEZ, Türkiye'de, s.74.

117 RG., S.23022, 17 Haziran 1997.

118 RG., S.6092, 24 Ağustos 1945.

119 AKTAY, Nizamettin, Sendika Hakkı, Ankara, 1993, s.66.

120 AKTAY, s.73.

etkinliğini sağlayan örgütler, İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Hakları Divanı ve Bakanlar Komitesidir. Divan kararlarının bir ülke için geçerli olması, o ülkenin divanın yargı yetkisini benimsemesine bağlıdır. Türkiye bu yargı yetkisini bireysel başvuru hakkının 28.1.1987'de tanınmasından sonra 27 Eylül 1989 gününde tanımıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sendika hakkını kural olarak herkese, bu bağlamda kamu çalışanlarına da tanımıştır. Ancak, silahlı kuvvetler personelinin, polislerin ve üst düzey görevlilerinin bu hakları kanunla sınırlanabilir. Sözleşmede yasaklamadan değil, kısıtlamadan söz edilmiş olduğundan bu gibilerin sendika hakkı tümüyle yasaklanamaz. Bu görevliler için görevlerinin niteliği, düzeyi ve sorumluluğu gözönüne alınarak kısıtlama getirilebilir. Bu sözleşmede düzenlenen sendika hakkı, işlevlerini kamu gücü ayrıcalığı kullanarak, kamu gücünün organları sıfatıyla hareket ederek yerine getiren kamu görevlileri dışında, ister merkez örgütünde, ister yerel yönetimde ya da öbür kamu tüzelkişiliklerinde çalışsın, ya da ister memur, ister sözleşmeli, ister başka bir hukuki statüde bulunsun, tüm kamu görevlilerini kapsar. Sendika hakkının kullanımı şu üç şartın aynı anda varlığı ile sınırlanabilir (m.11/2):- Sınırlama kanunla yapılmalıdır.-Kısıtlama, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ya da suçun önlenmesi şartlarıdır.

Avrupa Sosyal Şartı: 18 Ekim 1961 tarihinde Avrupa konseyi üyesi devletler tarafından çıkarılmış ve Türkiye tarafından 1989 yılında onaylanmıştır (121). Avrupa Sosyal Şartı çalışma hayatını ayrıntılı düzenleyen ilk belgedir (122). Şart ile belirlenen sosyal haklar şunlardır: adil ücret alma hakkı, sendika hakkı, toplu pazarlık ve grev hakkı, çocukların ve gençlerin korunma hakkı, kadın çalışanların korunma hakkı, mesleki yönlendirme hakkı, mesleki eğitim hakkı, sağlık imkanlarından faydalanma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sosyal ve sağlık yardım hakkı, sosyal refah hizmetlerinden faydalanma hakkı, özürlü kimselerin mesleki eğitim ve rehabilitasyon hakkı, ailenin sosyal, kanuni ve ekonomik korunma hakkı, ana ve çocuğun medeni durumuna bakılmaksızın korunması, yabancıların Akit ülkelerde çalışma hakkı, göçmen işçilerin Akit ülkelerde korunma ve yardım hakkı. Şart'ın 5.maddesi örgütlenme hakkını ayrıntılı olarak düzenlemiştir: "Akit taraflar, çalışanların ve çalıştırılanların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, milli ve milletlerarası örgütler kurma veya bu örgütlere üye olma özgürlüğünü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt eder." (123).

Şartın 5.maddesi tüm çalışanlara sendika hakkı tanımıştır. Bu hak, milli kanunlarla, silahlı kuvvetler personeli için yasaklanabilecek, polisler için ise yalnızca sınırlanabilecektir. Şartın 6.maddesi toplu pazarlık hakkı ile grev hakkını tüm çalışanlara tanımaktadır. Türkiye Şartı onaylarken 5. ve 6.maddelerine çekince koymuştur. Çekincenin kaldırılma yetkisini de Bakanlar kuruluna vermiştir. Bakanlar Kurulu yeni bir kanuna gerek kalmaksızın bu çekinceleri kaldırabilecektir fakat bu çekinceler halen kaldırılmamıştır.

Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesi: 17 Haziran 1948 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 1992 yılında 3847 sayılı Kanun'la kabul etmiştir. Sözleşme, çalışanların ve işverenlerin sendika kurabilme haklarını garanti altına almış, örgüt kavramını geniş yorumlayarak,

121 RG., 14 Ekim 1989, S.20312.

122 AKTAY, s.75.

123 Ayrıntılı bilgi için bkz.; AKTAY, s.76.

sendikalar dışındaki hak ve menfeatlere hizmet eden her türlü kuruluşu da teminat altına almıştır (124). Sözleşme, sendika hakkının hür bir biçimde kullanılmasını devlete karşı garanti altına almıştır (125). Sözleşmeyle sendikalara, tüzük ve yönetmeliklerini hazırlama hakkı, kendi temsilcilerini serbestçe seçme hakkı, programlarını belirleme, çalışmalarını ve yönetmeliklerini düzenleme hakkı, federasyon ve konfederasyon kurma ve üye olma hakkı tanınmış, polis ve silahlı kuvvetler mensuplarının sendika hakkının milli mevzuatça belirleneceği hükmünü getirmiştir (126).

Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik 98 sayılı ILO Sözleşmesi: Bu sözleşmenin diğer bir adı da Sendika ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesidir. 1 Temmuz 1949 tarihinde kabul edilip 18 Temmuz 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 8 Ağustos 1952 tarihinde onaylamıştır (127). 87 sayılı Sözleşmeyi tamamlayıcı mahiyettedir. Sözleşme ile, negatif, pozitif, ferdi ve kollektif sendika özgürlüğü işveren faaliyetlerine karşı teminat altına alınmıştır (128).

İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 sayılı ILO Sözleşmesi: 23 Haziran 1971 yılında kabul edilen Sözleşme, 1992 yılında Türkiye tarafından 3845 sayılı Kanun'la onaylanmıştır. Sözleşme, sendikal teminatları ayrıntılı olarak düzenlemiştir (129).

Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam şartlarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı ILO Sözleşmesi: Memur sendikacılığı açısından en önemli sözleşmedir. Sözleşme 7 Haziran 1978 yılında kabul edilmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi 1992 yılında 3848 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Sözleşme daha önce kabul edilen, 87, 98 ve 135 sayılı Sözleşmelerde yer alan sendika ve toplu pazarlık hakkı ile ilgili teminatları açıkça kamu görevlilerine tanımayı ve özellikle 98 sayılı Sözleşme kapsamı dışında tutan yorum sorunlarına çözüm getirmeyi amaçlayan uluslararası bir belgedir (130).

151 sayılı Sözleşme, ilke olarak kamu yetkililerince çalıştırılan tüm kişilere uygulanır. Sözleşme, üst düzey görevliler veya sorumlulukları son derece gizli nitelik taşıyan kamu görevlileri için milli mevzuat çerçevesinde düzenleme yapabilme serbestisi getirmiştir (131).

2. Ülkemizce Onaylanmayan Milletlerarası Sözleşmeler

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi: 10 Aralık 1948 tarihinde 217 sayılı karar ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilmiştir. Beyanname, ilk kez milletlerarası seviyede klasik hakların yanında sosyal haklara da yer veren bir belgedir.

124 AKTAY, s.82,83.

125 AKTAY, s.82.

126 AKTAY, s.83.

127 RG., 14 Ağustos 1951, S.7884.

128 AKTAY, s.84,85.

129 AKTAY, s.85,86.

130 AKTAY, s.87.

131 GÜLMEZ, Memurlar, s.211-214.

Beyanname bir çok hakkı (yaşama, köleliğin yasaklanması, işkencenin yasaklanması, dernek kurma hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi) teminat altına almış, sendika kurma ile ilgili ayrıntılı düzenleme getirmiştir. Beyannamenin 23.maddesi, hiçbir ayırım yapmadan herkesin sendika kurma hakkına sahip olduğunu, çalışanın çalışma hakkını, ücret hakkını teminat altına almıştır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi: 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme, örgüt kurma çerçevesinde sendika kurma ve üye olma hakkını herkese tanımış ve teminat altına almıştır. Ancak kanunla olmak şartıyla silahlı kuvvetler personeli ile polislere sınırlama getirilebileceği kabul edilmiştir (m.22/2). Sendika hakkının kullanılmasında da ancak, milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla kısıtlanabilir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Milletlerarası Sözleşmesi: 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme ile, gerçek hürriyetin gerçekleşebilmesi için klasik hakların yeterli olmadığı, ekonomik ve sosyal hakların tanınmasıyla gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Sözleşme, herkesin adil ve uygun çalışma hakkını teminat altına almış, getirilebilecek sınırlamaların da, milli güvenlik, kamu düzeninin menfaatleri, başkalarının özgürlüğünün korunması olduğunu belirlemiştir. Sözleşme 8.maddesinde açıkça sendika hakkını herkese tanımıştır. Bu sözleşmenin bir başka özelliği de herkes için grev hakkını da içermesidir. Sözleşme sendika ve grev haklarının kullanılmasında silahlı kuvvetler personeli, polisler ve kamu yönetimi üyeleri için kanuni olmak şartıyla sınırlama imkanı içermektedir.

Birleşmiş Milletler Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi: 11 Aralık 1969 tarihinde kabul edilmiştir. Bildiri, her düzeyde çalışma hakkını, herkese sendika ve işçi kuruluşlarına girebilme hakkını, toplu pazarlık hakkını teminat altına almıştır.

3. Milletlerarası Kaynakların Bağlayıcılığı

Memur sendikacılığının hukuki dayanağı olması açısından milletlerarası belgelerin bağlayıcılığı özel bir önem taşımaktadır (132).

Anayasa'nın 90.maddesi milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını düzenlemektedir. Milletlerarası kaynakların bağlayıcılığı usulüne göre onaylanması ve yürürlüğe konmasına bağlıdır. Dolayısıyla milletlerarası bir kaynak, TBMM.'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması (AY.m.90/1) ve Cumhurbaşkanı'nca onaylanması ve yayımlanması (AY.m.104/b-5) şartıyla, iç hukuk açısından bağlayıcı olur.

Anayasaya göre, bu iki aşamanın yerine getirilmesi ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (AY.m.90/son). Uluslararası sözleşmeler onaylandıkları andan itibaren iç hukukun ayrılmaz bir parçası durumuna gelirler. Anayasa ve kanunlar gibi kendiliğinden hüküm doğuran, dolayısıyla yargı uygulamasında uyulması gereken bir hukuktur. Bu hukuk tüm devlet organlarını bağlayıcı güçtedir.

132 Milletlerarası Anlaşmaların bağlayıcılığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; SERİM, Bülent, "Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi", AİD., C.26, S.2, Haziran 1993, s.19-43.; GÜLMEZ, Memurlar, s.248.

Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yolunun kapatılması, milletlerarası andlaşmalara iç hukukta kanundan üstün olma özelliği getirmiştir (133). Bundan milletlerarası andlaşmaların Anayasa'dan üstün olduğu sonucunu çıkaramayız (134). Fakat Anayasa hükümlerini uluslararası sözleşme hükümleriyle birlikte düşünmek ve anayasal kuralları onlarla birlikte yorumlamak en uygun yol olarak görülmektedir.

133 GÜLMEZ, Memurlar, s.249.

134 SERİM, s.40.

SONUÇ

Çağdaş devlet ve hukuk, çalışanları işveren veya siyasal iktidar karşısında korumak, çalışma barışını sağlamak için tüm çalışanlara örgütlenme özgürlüğü tanır. Ne var ki, çalışanlara örgütlenme özgürlüğü tanımak yeterli değildir; özgürlüğün güncelleşmesi ve güçlenmesi için gerekli şartların da sağlanması gerekir. Bu nedenle toplu sözleşmesiz ve grevsiz memur sendikalarının, çağdaş amaçlarını gerçekleştirme imkânı olmadığı kabul edilmelidir. Ancak, memurların, toplu sözleşmeli ve grevli bir sendika özgürlüğü ile sosyal ve ekonomik hak ve çıkarları korunurken; kamu görevi ve düzeni açısından dengeler bozulmamalıdır. Kamu görevi ve düzeni ile ilgili böyle bir alanda düzenleme yapılırken, toplumun doğal gelişmesi ve sosyal yapısı gözetenmelidir. Çünkü kanunlar, çeşitli ilişkilerde dengeleri koruyarak düzeni sağladıkları ölçüde amaçlarını gerçekleştirirler.

Memurlar özel sorumlulukları sebebiyle devlet tarafından korunmuşlardır. Gerçekten memurlar bir çok ülkede işçilere göre daha üstün ekonomik imkanlara sahiptirler. "Asli ve sürekli kamu hizmetlerini" devlet adına yerine getiren bu sınıfı devlet özel şekilde korumakta, buna karşılık memurlar da devlete karşı sadakat borcu altında bulunmaktadırlar. Teorik açıdan doğruluğuna şüphe olmayan bu görüşün uygulamada her zaman bu sonucu doğurduğu söylenemez. 19. asrın burjuva devleti açısından bu görüş doğrudur. Memurlarla rejime karşı olan işçiler arasındaki bir dayanışma, kamu düzeni ve siyasi rejimin geleceği bakımından tehlikeli sonuçlar doğurabilecektir. Ancak günümüzde bütün memurlar devlet otoritesini kullanma durumunda olmadıkları gibi, sosyal hukuk devleti görüşü de memurları sendikalaşma bakımından işçilerden kesinlikle ayırmaya imkan bırakmamaktadır.

Türkiye'de memurların örgütlenme sorunu işçilerden farklı olarak ele alınmıştır. Memurlara işçilere tanınan ileri hakların tanınmasının tehlikeli bir macera olacağı ve halkın huzur ve güvenliğinin tehlikeye sokulacağı ihtimali, bu hakların memurlardan tamamen esirgenmesi sonucunu doğurmamalıdır. Çünkü aynı ihtimal başta işçiler olmak üzere bütün çalışanlar için de söz konusudur. Örneğin, büro personeli tarafından girilecek bir grev hareketi, herhalde temizlik işçilerinin, dolmuş şoförlerinin ya da şehirlerarası otobüs şoförlerinin yapacağı grev kadar halkın huzur ve güvenliğini etkileyemez. Burada önemli olan bu türlü hakların kullanılmasının ortaya çıkaracağı problemlerdir. Bir grev ister devlet sektöründe, ister bir iktisadi devlet teşekkülünde yahut karma veya özel bir teşebbüste olsun, ayrımının gerçek ölçüsü grevin ortaya çıkaracağı sonuçların niteliği ve ağırlığıdır. Grev, toplumun temel menfaatlerini doğrudan doğruya, kesin ve ciddi bir şekilde tehdit ediyorsa kanunla yasaklanmalıdır. Ancak greve sebep olan problemin çözümünü sağlayacak yeterli araçların bulunması şarttır. Bu nedenle ölçü, grev yapının statüsü değil, girişilen teşebbüsün kamu menfaatleri üzerinde bırakacağı etkinin ciddiyetidir.

Memurlara sendikal hakların tanınmasının kamu yararına uygun düşmeyeceği iddiası da büyütülmektedir. Klasik görüşe göre memur, kamu yararının bekçisidir. Dolayısıyla korumakla yükümlü olduğu değerlere zarar verecek faaliyetlerde bulunması doğru olmaz. Aslında memurların bu hakları kullanmaya teşebbüs etmesi ortada tahammülü güç şartların varlığını gösterir. Memur bu durumda topluca memnuniyetsizliğini belirtebilmelidir. Aksi halde bu memnuniyetsizlik gündelik işinde verim düşmesi şeklinde kendini gösterecektir. Kamu hizmetlerinde greve gitmek ne

derece kamu yararına ters düşüyorsa bu zor şartları memura empoze etmek ve bu şartlara karşı gelmek imkanından kendisini mahrum etmek de o derece kamu yararına ters düşer.

Uygar toplumların yasadışı her yerde toplumların her katı için haklar ve özgürlükler genişlerken, devletler gerçekten sosyal devlet olma niteliğini tüm çalışanlar için benimserken, Türkiye'de devlet, memurlarını ihmal etmiştir. Pahalılığın maddi ve manevi yıkımına en çok memurlar uğramıştır. Milli gelir bölüşümünde payını alamamıştır. Bu nedenlerle kapsamlı bir reform gereksinimi giderek büyümekte ve devlet-memur ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Devletin gittikçe çoğalan ve genişleyen görevlerini yerine getirmek, yalnız memur sayısını arttırarak değil, memuru daha verimli çalışmasını sağlamak ve eğitiminin artırılmasını sağlayarak mümkün olabilir.

Çalışma rejimleri arasında yakınlaşma olgusu inkar edilemeyecek bir gerçektir. Statü ve sözleşme rejimleri arasındaki yakınlaşma olgusu karşılıklı ve iki yönlüdür. Her iki çalışma rejimi tarihsel olarak yetersiz olduğu ve anti-demokratik öğeler taşıdığı alanlarda, diğer sistemin ilerilik ve demokratiklik içeren öğe ve kurumlarını alarak eksikliklerinin kapatılması doğrultusunda bir gelişme göstermektedir. Fakat ülkemizde, çalışma rejimleri arasında etkileşimin yeterli ölçüde olduğu söylenemez.

Memur sendikacılığı işçi sendikacılığına göre yeni bir olgudur. Memur sendikacılığı hukukumuzda 1961 Anayasası ile girmiştir. Geçen otuz iki seneye baktığımızda, kamu görevlilerinin sendikal hakları alanında gelişmiş ülkeler düzeyinde kanuni düzenlemelere gidilemediği, gelişmelerin takip edilemediği ve istenilen seviyeye ulaşamadığı görülür.

Sosyal, demokratik ve sendikal haklar alanındaki özgürlükçü ve ileri yaklaşımı, 1971 Anayasa değişiklikleriyle daha iyi anlaşılan 1961 Anayasası, toplu iş ilişkileri düzeninin üç temel öğesini oluşturan sendika, toplu sözleşme ve grev haklarını ilk kez anayasal güvenceye alarak, işçi-işveren ilişkilerinde önemli bir dönemecin simgesi olma özelliğini kazanmıştır. Çağdaş anayasaların ve uluslararası belgelerin yaklaşım ve yöntemlerini benimseyen ve ilk metniyle, sosyal haklarla donatılmış demokratik ve özgürlükçü bir siyasi rejimin tarihe mal olmuş bir belgesi olan 1961 Anayasası, sendikal hakları, ilkece işçi-işveren ilişkilerinin ilk kez "toplular" düzeyde oluşmasını ve "eşitlerarası diyalog" şartları içinde gelişmesini sağlayacak biçimde düzenlemiştir.

Anayasa'ya hakim olan bu yaklaşım memur sendikacılığı alanında da kendini göstermiştir. 1965 yılında 624 sayılı Devlet Personel Sendikaları Kanunu çıkarılarak memura sendika kurma hakkı tanınmıştır. Fakat yeterli alt yapı oluşmadığı için uygulama kısa sürmüştür. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu da memurların yönetime katılmalarını düzenleyen hükümlerle bu dönemin özelliğini sürdürmüştür. Fakat 1971 Anayasa değişiklikleri tüm bu demokratik gelişmelerin dönüm noktası olmuştur. 1971 Anayasa değişiklikleriyle memurun sendika kurma hakkı elinden alınmış, 657 sayılı DMK.'nın demokratik hükümleri kaldırılarak katı bir statü rejimine tekrar dönülmüştür.

1982 Anayasası, ekonomik yönden güçsüz olan bağımlı çalışanların korunması amacını vurgulamaktan özenle kaçınan bir sosyal devlet anlayışını benimsemiştir. Bu yaklaşımın sonucu olarak Anayasa, 1995 değişikliğine kadar, memur sendikacılığını doğrudan ve açıkça yasaklayan bir kurala yer vermemiştir. Anayasamızın 51.maddesi, memurlardan sözetmeksizin "işçi ve işverenlerin sendika kurabilecekleri" kuralını getirmiştir. Bu düzenlemenin "mefhumu muhalifinden" aynı nitelikteki ve aynı amacı

paylaşacak memur sendikalarının yasaklandığı sonucu çıkarılabilir. Fakat mefhumu muhalif, dar görüşlü yorum biçimi olduğu ve bir hukuki düşüncenin tam etkisini göstermesine engel olduğu için, ender kullanılan bir yorum yöntemidir. Kanun koyucunun açıkça çözüm önermediği bir hukuki sorun söz konusu ise, günümüzün siyasal ve sosyal inanç ve ihtiyaçlarına uygun bir yaklaşım göstermek gerekir.

Ayrıca, tüm hakların Anayasa'da tek tek sayılması imkânsızdır ve buna gerek de yoktur. Aslında anayasalar, temel hak ve özgürlükleri belirtmek ve bunları anayasal güvenceye bağlamakla yetinirler. Anayasa'da yer almayan diğer hakların konusu, kapsam ve kullanım şekli kanunlarla düzenlenir. Mevzuatımızda memurun sendika kurma hakkını yasaklayan bir hüküm de yoktur. Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın memur sendikacılığına engel oluşturmadığını söyleyebiliriz. Danıştay 1 inci ve 10 uncu Daireleri'nin oybirliğiyle aldığı kararlarında da bu durum belirtilmiştir (135).

Ülkelerin hukuk düzeni yalnızca iç hukuktan oluşmaz. Milletlerarası oluşumlardan etkilenmemek imkansızdır. Ülkemiz, Anayasa'nın öngördüğü şartları yerine getirerek onayladığı uluslararası sözleşmeler ile yükümlülük altına girmiştir. Dolayısıyla milletlerarası hukuk da hak ve özgürlüklerimizin dayanağı olmuştur. Üstelik bu, iç hukuktan önce ve iç hukuka aykırı olsa bile uygulanması gereken bir dayanaktır. Bunun kaynağı da Anayasadır. Çünkü Anayasa, "usulüne göre yürürlüğe konulan", yani Meclis'ce onaylanması uygun bulunan ve Cumhurbaşkanınca da onaylanıp yayımlanan milletlerarası sözleşmeleri "kanun hükmünde" saymış ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolunu kapatmıştır.

Kamu görevlilerinin sendikal haklarının milletlerarası hukukta bağlayıcı nitelik taşıyan dayanakları vardır: 1954 yılında onaylanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 1952 yılında onaylanan 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi, 1992 yılında imzaladığımız 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi. Özellikle 1992 yılında imzaladığımız 151 sayılı Kamu Görevinde Çalışma İlişkileri Sözleşmesi, kamu görevlilerine sendikal hakları açıkça tanımaktadır.

1995 Anayasa değişikliğiyle kamu görevlilerine sendika kurma hakkı tanınmıştır. Böylece bu hak anayasal güvenceye kavuşmuştur. Anayasa ayrıca yasama organına bu hakkın kullanımına yönelik kanuni düzenlemeyi çıkarma görevi vermiştir. Fakat yasama organı hala kanuni düzenlemeyi gerçekleştirmemiştir. 1997 yılında DMK'nun 22.maddesinde yapılan değişiklik ile de devlet memurlarına sendika hakkını düzenlemiştir.

Kamu görevlileri sendikaları, kuruluşlarını, özel ve ilgili kanun olmadığı için, işçilere ilişkin 2821 sayılı Sendikalar Kanununa dayanarak gerçekleştirmektedirler. Oysa bu kanun, işçiler ve işverenler tarafından oluşturulan sendikalar ile konfederasyonların kuruluşu, örgütlenmesi, etkinlikleri ve denetlenmesi esaslarını düzenlemiştir. Bu kanunda ifade edilen çalışan kümesine yalnızca işçiler girmektedir. Kamu görevlileri bu kanun kapsamında değildir. Dolayısıyla, kamu görevlilerinin sendika hakkını kullanabilmeleri için, bu hakkın verilmesi anlamında değil, kullanılmasındaki yöntem eksikliklerini gidermek anlamında bir kanuna gereksinim vardır.

135 D.1.D., E.1992/126, K.1992/150; DD., S.86, 1993, s.52-61.
D.10.D., E.1991/1262, K.1992/3911, DD., S.87, 1993, s.529-533.

Memur sendikacılığının daha sağlıklı gelişebilmesi açısından, Anayasanın güvenceye aldığı sendika ve toplu görüşme haklarının kanuni çerçevesini belirleyecek kanunun geciktirilmeksizin, özellikle de iç hukukla bütünleşen milletlerarası sözleşmelere aykırı kurallar içermeksizin çıkarılması gerekir.

BİBLİYOGRAFYA *

- ADAL H. Şükrü : Kamu Personel İdaresi, İstanbul, 1968.
- AKSOY Muammer : "1961 Anayasası'na Göre Memurların Grev Hakkı", SBF. Dergisi, C.XXVI, N.4, Aralık 1971.
- AKTAY Nizamettin : Sendika Hakkı, Ankara, 1993.
- ARMAŞAN Servet : Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1972.
- CANMAN Doğan : "Devlet Memurları Kanununun Genel Görünümü ve Sorunları", AİD., C.18, S.1, Ankara, 1985.
- ÇELENK Halit : "Memur Sendikaları Ama Nasıl?", Milliyet Gazetesi, 9.12.1991.
- DURAN Lütfi : "İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Hukuki Durumu İle Sendika ve Grev Hakları", İÜHFM., 1967, (ayrı bası).
- EYRENCİ Öner : "Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Hakları ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturumu, Bildiriler ve Tartışmalar, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, TODAİE Yayını, S.243, Ankara, 1992.
- FİŞEK Kurthan : Devlete Karşı Grevlerin Kritik Tahlili, Ankara, 1979.
- : Yönetime Katılma, TODAİE Yayını, Ankara, 1977. (Yönetime Katılma).
- GÖZÜBÜYÜK A.şeref/ TUTUM Cahit : "Yasa Gücünde Kararnameler", AİD, C.8, S.1, Ankara, 1975.
- GÜLMEZ Mesut : Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara, 1990. (Memurlar).
- : Belgelerle Yönetim, Yargı ve Memur Sendikaları, Ankara, 1993, s.8. (Belgeler).
- : Türkiye'de Memurlar ve Sendikal Haklar, TODAİE Yayını, No.255, Ankara, 1994. (Türkiye'de).

* Birden fazla eserinden yararlanan yazarlarda kısaltma kullanılmış; bu kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- : "Anayasa Değişikliği ve Memur Sendikacılığı", AİD., C.28, S.4, Aralık 1995. (Değişiklik).
- : "Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturumu, Bildiriler ve Tartışmalar, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Deleme Merkezi, TODAİE Yayını, S.243, Ankara, 1992. (Sendika Hakkı).
- : "Uluslararası Sözleşmeler ve Memurların Sendika Hakkı", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S.92, şubat 1988. (Uluslararası Sözleşmeler).
- : "1961 Anayasası'nda Sendikal Hakların Oluşumu", AİD., C.18, S.3, Eylül 1985.
- : "Memurların ve Öğretmenlerin Sendikal Hakları", abece, s.51, Haziran 1990. (Memurların ve Öğretmenlerin).
- : "Çalışma İlişkisi Sistemleri Arasında Etkileşim ve Geçişme Olgusu", ODTÜ Gelişme Dergisi, C.VII, S.1-2. (Etkileşim).
- : "İşçi ve Memur Statüleri Arasında Yakınlaşma Olgusu: Dünyadaki Gelişmeler ve Ülkemizdeki Durum", Prof.Dr.İbrahim Yasa'ya Armağan, AÜSBF. Yayını, Ankara, 1983. (İşçi ve Memur).
- GÜRAN Sait : Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul, 1980.
- : "Avrupa'da ve Türkiye'de Memurların Sendikalaşması ve Yönetime Katılması", AİD., C.11, S.4, Aralık 1978. (Memurların Sendikalaşması).
- İŞIKLI Alpaslan/GÜLMEZ Mesut/
KOÇ Yıldırım/MERAL Bayram : "1936 Öncesi İşçi Hakları", Türkiyede İşçi Hakları, Ankara, 1986.
- KALKANDELEN Hayrettin : Sendikalar ve Kamu Hizmetlerinde Sendikacılık, Ankara, 1968.
- KIRCA Coşkun : "Memur Sendikaları", Milliyet, 16.5.1994.
- KUTAL Metin : "Devlet Personeli Sendikaları Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı", İktisat ve Maliye, C.16, S.9, Aralık 1969. (Personel Sendikaları).

- : "Devlet Personeli (Memurları) Sendikalarının Hukuki Esasları ve Sınırları", Sosyal Siyaset Konferansları, 20.Kitap, İÜİF Yayını, İstanbul, 1969.
- : "Anayasa'da Yapılması Düşünölen Değişiklikler ve Sendikal Haklar", İktisat ve Maliye, No:171, İstanbul, 1971. (Anayasa'da).
- MIHCIOĞLU Cemal : Türkiye' de Kamu Personeli Sendikaları, Ankara, 1968.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal : Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, 1965.
- NARMANLIOĞLU Ünal : Grev, Ankara, 1990.
- ÖKÇÜN A. Gündüz : Ta'til-i Eşgal Kanunu, 1909, Belgeler, Yorumlar, Ankara, 1982.
- SERİM Bülent : "Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi", AİD., C.26, S.2, Haziran 1993.
- ŞAYLAN Gencay : "Memur Sendikaları Üzerine Bazı Notlar", AİD., C.3, S.4, Aralık 1970.
- ŞAYLAN Gencay-OYAL Erken : Türkiye' de Memur Sendikacılığı (Çoğalma),TODAİE, 1972.
- ŞİŞMANOV Dimitir : Türkiyede İşçi ve Sosyalist Hareketi, İstanbul, 1990.
- TALAS Cahit : "Sendika Hakkı, Demokrasi, Devlet ve Memurlar I", İdarecinin Sesi Dergisi, C.4, S.2, Mart 1990.
- : "Sendika Hakkı, Demokrasi, Devlet ve Memurlar II", İdarecinin Sesi Dergisi, C.4, S.3, Mayıs 1990.
- : "Türkiye'de ve Dünya'da Devlet-Memur İlişkileri", AÜSBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu 1974-1976 Yıllığı, Ankara, 1977.
- : "Devlet Personeli Sendikaları Kanunu", AÜSBF. Dergisi, C.XX, N.2, Haziran 1965
- : İçtimai İktisat, B.2, SBF Yayınları, N.118-100, Ankara, 1961.
- TUTUM Cahit : Personel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara, 1979.
- : "Türkiye'de Memur Sendikaları", AİD., C.1, S.2, Eylül 1968. (Memur Sendikaları).

- :Türkiye' de Memur Güvenliği, TODAİE Yayını,
N.132, Ankara, 1972.
- : "Gerçekleştirilemeyen Reform, Personel
Reformu", AİD, C.6, S.3, Ankara, 1983.
- : "Devlet Memurları Kanununun Genel Bir
Eleştirisi", AİD., C.7, S.4, Aralık 1975.
- ÜREL Hasan : "Memur Sendikaları ve İdare İlişkileri", Ankara
Barosu Dergisi, 1991/4.

KISALTMALAR

AİD.	: Amme İdaresi Dergisi
AÜSBF.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AY.	: Anayasa
C.	: Cilt
DD.	: Danıştay Dergisi
DMK.	: Devlet Memurları Kanunu
D.X.D.	: Danıştay X Dairesi
E.	: Esas
İLO	: International Labour Office
İÜHF.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİF.	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi
K.	: Karar
m.	: Madde
ODTÜ.	: Orta Doğu Teknik Üniversitesi
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TODAİE	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UÇB.	: Uluslararası Çalışma Bürosu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

1000000

MÜDAFİİN HAZIRLIK DOSYASINI İNCELEME HAKKI

Mahmut KOCA*

I- GİRİŞ

Müdafie tanınan hukuki yardımda bulunma hakkının (CMUK m. 136) işlevselliği, sanığın savunmasının etkin bir şekilde yapılmasıyla mümkündür. Müdafiiin savunma yapabilmesi, sanık hakkında ileri sürülen suçlamayı ve bunun tüm delillerini bilmesini gerektirir. Bu ise, gerek kolluk, gerekse savcılık tarafından toplanan sanığın leh ve aleyhindeki delleri kapsayan dosyanın incelenmesiyle mümkündür.

CMUK m. 143'de 1992 tarihinde yapılan değişiklik, müdafiiin ¹ dava dosyasını inceleme hakkını ileri bir düzeyde tanımakla sanığın savunma hakkına gereken önemi vermiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında müdafiiin hazırlık evrakı ile, dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, yalnızca "hazırlık evrakı bakımından" bir istisna öngörülmüştür. Bu durumda müdafii hazırlık soruşturmasının bitmesiyle birlikte, dava dosyasını hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın inceleme hakkına sahiptir. Bir başka ifade ile, "hazırlık evrakının" araştırmaların bitmesinden itibaren "dava dosyası" na dönüştüğünü ve CMUK'un 143/2'de öngörülen sınırlamanın da, sona erdiğini kabul etmek gerekmektedir.

"Dava dosyasının" müdafii tarafından incelenmesi hiçbir şekilde kısıtlanamayacağı için bu çalışmada sadece "hazırlık evrakı" bakımından müdafiiin yetkileri incelenecektir.

II- MÜDAFİİN HAZIRLIK EVRAKINI İNCELEME HAKKI

1- İncelemenin Serbest Oluşu

3842 sayılı kanun ile CMUK'nun 143. maddesinde yapılan değişiklik, hazırlık soruşturmasında önceden mevcut olan "doyanın gizliliği" prensibini ortadan kaldırmıştır². Yeni düzenleme ile birlikte artık, hazırlık soruşturmasının gizliliği sanık³ ve müdafii yönünden genel bir kural olmaktan çıkmış istisna haline gelmiştir⁴.

* Arş.Gör.Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bu hak hem sanığın veya yasal temsilcisinin seçtiği hem de baronun tayin ettiği müdafii için geçerlidir.

² CMUK'nun değişiklikten önceki 143. maddesinde hazırlık evrakının müdafii tarafından incelenmesi kural olarak izne taabi idi. İzin verilmesi için de, incelemenin soruşturmanın amacına zarar vermeyeceğinin anlaşılması gerekmekteydi. Geniş bilgi için bkz. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.bası, İstanbul, 1986, s.435; Nur Başar Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul, 1984, s.118 vd.

³ Bu çalışmada müdafiiin hazırlık evrakını inceleme hakkı ele alınmış, sanığın bu hakka sahip olup olmadığı inceleme alanı dışında tutulmuştur. Ancak, müdafie tanınan bu hakkın sanığa tanınmaması düşünülemez. Sanığın savunmasını yapabilmesi hakkında ileri sürülen iddiaları ve bunun delillerini öğrenmesiyle mümkündür. Bu nedenle zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmedikçe müdafie tanınan bu haktan sanığın yoksun bırakılması düşünülemez. Aksi bir anlayış, savunma hakkını ortadan kaldırdığı gibi, inceleme yapması her zaman mümkün olan iddia makamına tanınan bu haktan müdafii bulunmayan sanığın yoksun bırakılması "silah eşitliği" ilkesine de aykırıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter, s.435; Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul, s.634; Hadi Tan, "Müdafaa Hakkının Hududu Şümulü, CMUK 136-146 Maddeleri

Hazırlık evrakının incelenmesine engel olmak savunma hakkının özünü ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir. Müdafinin sanığı savunabilmesi için hakkında ileri sürülen iddiaları delilleriyle birlikte öğrenmesi gerekir⁵. Aslında bu hak isnadı öğrenme hakkının bir uzantısıdır. Bu nedenle kanunun müdafie kural olarak hiçbir izne gerek olmaksızın hazırlık evrakını inceleme ve suret alma hakkını sağlaması olumlu bir gelişmedir⁶.

Müdafinin hazırlık evrakını inceleme hakkı, bu evrakın kolluk veya savcılıkta olması bakımından bir farklılık doğurmaz. Hazırlık dosyası kollukta iken, müdafinin kolluk görevlilerinin izinlerine gerek olmaksızın bu evrakı inceleme hakkı vardır. Aynı şekilde savcının da müdafie hazırlık dosyasını incelememe yetkisi bulunmaktadır⁷. Gerek kolluğa, gerekse savcılığa müdafii tarafından evrakın incelenmesi talebi yapıldığı zaman, bu organların sözkonusu talebi geri çevirme yetkileri yoktur. Aksi bir anlayış müdafinin hazırlık evrakını inceleme hakkını izne bağlı tutmaktan başka bir anlam taşımaz. Halbuki yapılan değişiklikle, hazırlık evrakının incelenmesi kural haline getirilmiş, sınırlama istisna olarak kabul edilmiştir.

Eğer müdafinin hazırlık evrakını inceleme talebi üzerine kolluk ya da savcılık karar verecek olursa, hazırlık evrakının gizliliği kuralı devam ediyor demektir. CMUK m. 143/2'de öngörülen istisnai durum söz konusu ise, hazırlık evrakının inceleme talebi yapılmadan savcı "soruşturmanın gayesinin tehlikeye düşürülebileceği" iddiası ile müdafinin bu hakkının kısıtlanmasını sulh hakiminden istemelidir. Sulh hakimi bu talebi yerinde görürse, hazırlık dosyasının gizliliği kuralı geçerli olabilir. Aksi takdirde ne kolluğun ne de savcılığın hazırlık evrakını inceleme hakkını kısıtlama yetkileri bulunmamaktadır.

2- İncelenecek Hazırlık Evrakının İçeriği

Hazırlık evrakı kavramı içerisine soruşturmaya ilişkin olan her türlü belge girmektedir. Hazırlık soruşturmasının başlamasıyla birlikte, kolluğun olaya ilk el koyduğu andan itibaren toplanmış bulunan leh ve aleyhdeki tüm belgeler; ses kayıtları, fotoğraflar, adli sicil kaydı, sicil dosyası, dava ile ilgili daha önceki mahkeme kararları, bilirkişi raporları ve her türlü tutanak hazırlık evraklarının konusunu oluştururlar⁸. Bu nedenle, hazırlık soruşturmasının başlamasıyla birlikte dosyaya giren ve kolluk ile iddia makamının inceleme yetkisine sahip olduğu, sanığı suçlamaya ya da suçsuzluğunu

Hükümlerinin Açıklaması", AD, 1950, sy.7, s.888; Centel, s.112-113; Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982, s.149; İbrahim Vidinli, "Müdafinin Dava Evrakını Tetkik Selahiyeti", AD, C.36, sy.12, 1945, s.1301, Erol Cihan-Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1996, s.130

4 Bu durum değişiklik gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: "CMUK'un 143. maddesine göre hazırlık soruşturmasının gizliliği sanık ve müdafii yönünden genel bir kural değildir. Hazırlık tahkikatının gizli olduğu ileri sürülerek, evrakı incelemelerine mani olmak savunma hakkının özüne dokunmak, onu ortadan kaldırmak anlamını taşıdığı cihetle bu madde ile 143. madde değiştirilmiş, gizlilik istisna olup, ancak bu yönde hakim kararı mevcut ise müdafinin evrakı inceleme hakkı kısıtlanabilecektir". Gerekçe için bkz. Erdener Yurtcan, CMUK, Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri, İstanbul, 1993, s.54

5 Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6.bası, Ankara, s.182

6 Karşı görüş Cihan-Yenisey, s.129-130; Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s.135

7 Aksi görüş, Demirbaş, s.135

8 Centel, .113; Tan., s.887; Vidinli, s.1288-1299

kanıtlamaya yarayan her türlü belge, bilgi ve dökümanın incelenmesi müdafie tanınan bir hak⁹. Bu hakkın kısıtlanması savunma hakkına yapılan bir sınırlamadır¹⁰.

Diğer taraftan koruma altına alınmış ve davada delil olarak kullanılacak olan eşya ve belgelerin de müdafii tarafından incelenmesi gerekir. Son soruşturmada görüleceği gerekçesiyle, hazırlık soruşturması sırasında incelemenin engellenmesi kanuna aykırıdır¹¹. Zira kanunda, müdafii hazırlık evrakını inceleme hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve deliller konusunda herhangi bir istisna getirilmemiştir. Bu nedenle hazırlık evrakı içinde bulunan her türlü delilin müdafii tarafından incelinebilmesi gerekir. Nitekim mehaz Alman CMUK m.147/1'e 1968'de açıklık getirilerek müdafii, resmen koruma altına alınmış delilleri inceleme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kanunumuzda belgeler, deliller gibi bir ayırım yapılmaksızın hazırlık evrakının tamamının incelenmesinden söz edildiğine göre, bir bütün olarak hazırlık evrakı olan her türlü belge ve delili müdafii inceleme hakkı vardır.

3- Hazırlık Evrakının İncelenmesinin Sınırlandırılması

3842 sayılı yasa ile CMUK'un 143. maddesinde yapılan değişiklikle, hazırlık soruşturmasını da müdafii hazırlık evrakını izin almadan incelemesi, kural haline getirilmiştir. CMUK m.143/1'de müdafii hazırlık evrakının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Müdafie tanınan bu hakkın tek istisnası ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre "müdafinin hazırlık evrakını incelemesi veya suret alması hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh hakimi kararıyla, hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir". Buhüküm çerçevesinde müdafii hazırlık evrakını inceleme ya da bu evrakın suret alma hakkı yalnızca hazırlık soruşturmasında kısıtlanabilecektir. Müdafii bu hakkını kısıtlamaya karar verme yetkisi ise, sadece sulh hakimine aittir. Sulh hakimi bu kararı cumhuriyet savcısının talebi üzerine verebilir. Hakimin böyle bir talep üzerine müdafii bu hakkını önleme zorunluluğu yoktur¹². Savcının talebini değerlendirmek yargıcın yetkisindedir. Yargıç böyle bir talebi inceleyerek, kabul ya da reddine karar verebilir. Sulh hakiminin bu kararı aleyhine ilgililer acele itiraz yoluna baş vurabilirler (CMUK m.304).

Hazırlık soruşturmasında müdafinin dosyayı inceleme hakkını sınırlandırma yetkisi münhasıran sulh hakimine ait olmakla, kolluk veya savcının böyle bir karar verme yetkileri yoktur. Bu nedenle, müdafii kolluk ve savcılık nezdindeki hazırlık evrakını incelemek ya da suret almak istediğinde, bu istemi yerine getirilmelidir. Şayet kolluk elindeki evrakın müdafii tarafından incelenmesini soruşturmanın gayesi bakımından tehlikeli görüyorsa, durumu savcıya ileterek hakiminden kısıtlamaya ilişkin bir karar alınmasını sağlamalıdır.

Kanunun "dosyanın gizliliğine ilişkin" karar verme yetkisini yalnızca sulh hakimine tanınması isabetli olmuştur. Kanunun değişmesinden önce, evrakı inceleme iznini savcılık verebilmekteydi¹³. Savcıya böyle bir yetkinin verilmesi bir çok sakıncayı beraberinde getirmiş ve uygulamada soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürme kriteri, hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesiyle de birleşince, müdafii tarafından bu yönde

⁹ Erem, s.182

¹⁰ Cihan-Yenisey'e göre böyle bir hak hazırlık soruşturmasında müdafie hiç verilmemelidir. Çünkü hazırlık soruşturmasında dosya gizli olmalıdır. (Cihan-Yenisey, s.129); aynı görüş Demirbaş, s.135

¹¹ Centel, s.114

¹² Nevzat Toroslu, "Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler", İnsan Hakları Yıllığı, C.14, 1992, s.23

¹³ Centel, s.118; Vidinli, s.1299; Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 1.bası, İstanbul, 1987, s.119

yapılan istemlerin sürekli reddedilmesi sonucunu doğurmuştur¹⁴. İddia makamı olan savcının savunma makamında bulunan müdafinin böyle bir talebini objektif değerlendirmesi beklenemeyeceği gibi, bu düzenleme savunma makamını iddia makamı karşısında güçsüz ve ona bağımlı kılmıştır.

Bu nedenle, hazırlık soruşturmasında müdafinin dosyayı inceleme hakkının kısıtlanmasına karar vermeye sulh hakiminin yetkili kılınması, savunma makamı ile iddia makamı arasındaki "silah eşitliğini" sağlaması bakımından yararlı olmuştur. Böylece savcılık, müdafinin dosyayı incelemesine engel olucu bir konumdan çıkarılarak, iddia ve savunma makamları arasında denge kurulmaya çalışılmıştır¹⁵.

Müdafinin hazırlık evrakını inceleme veya bu evraktan suret alma hakkı yalnızca soruşturmanın amacını tehlikeye düşürülebilecek ise kısıtlanabilir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme, soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması demektir¹⁶. Müdafinin dosya içeriğini öğrenmesi, toplanmakta olan delilleri karartma, sanık hakkında uygulanacak bir koruma tetbirini sonuçsuz bırakma veya önceden bilindiği takdirde başarıya ulaşacak bir soruşturma işleminin amacına ulaşmasını önleme gibi tehlikeleri doğuracaksa, engellenebilir¹⁷. Ancak sanığın müdafii aracılığıyla diğer ifade sahiplerinin söylediklerini öğrenerek bu beyanlarla çelişmeyen beyanda bulunmak ve böylece gerçeğe aykırı ifade verme ihtimali nedeniyle müdafinin bu hakkı kısıtlanmamalıdır¹⁸. Çünkü böyle bir ihtimal soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürücü nitelikte değildir, zira sanığın susma hakkı olduğu gibi üçüncü kişilerin haklarını zedeledikçe gerçeğe aykırı beyanda bulunması da savunma hakkının içinde sayılmalıdır¹⁹. Ayrıca müdafii sanığın ifadelerinin bulunduğu tutanaklar ile hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları mutlak olarak inceleme yetkisine sahiptir (CMUK m.143/ son).

Bu nedenle ne zaman soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceğini genel bir kural ile tebit etmek güçtür. Burada her somut olayda dosya içeriğindeki bilgi ve delillerin müdafii tarafından öğrenilmesi halinde soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmediği incelenmelidir. Bu konuda hakimnin karar vermesi de savunma makamı bakımından bir güvence oluşturmaktadır²⁰.

Müdafinin hazırlık dosyasını inceleme hakkı soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmekten başka bir nedenle kısıtlanmamalıdır. Müdafinin dosya içeriğini öğrenmesi savunmayı hazırlamak amacıyla tanındığı için, dosya içeriğindeki bilgileri sanığa aktarması mümkündür. Müdafinin dosya içeriğinden edindiği bilgileri savunma amacının dışında ve kötüye kullanması halinde eylem bir suç teşkil ediyorsa adli makamlara ve baroya başvurulurken disiplin soruşturması kanalları işletilmelidir²¹. Bunun dışında

¹⁴ Centel, s.119

¹⁵ Demirbaş'a göre, iddia ve savunmayı eşit kılmak işin tabiatına aykırıdır ve hazırlık soruşturmasının esasına uymamaktadır. Çünkü hazırlık soruşturmasının açıklığı esasını kabul eden bir hukuk sistemi olmadığı gibi böyle bir düzenleme ile savunma güçlendirilerek sanık korunmak istenirken, hazırlık soruşturması işlemez hale sokularak, suçlu ve suçluluk korunmaktadır.(Demirbaş, s.135)

¹⁶ Centel, s.120

¹⁷ Cihan-Yenisey, s.130; Albin Eser, "Alman-Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", (Çev.Nur Centel), YD. C.16, sy.3, 1990, s.336

¹⁸ Karşı görüş için bkz.Cihan-Yenisey, s.130

¹⁹ Yenisey'e göre sanığın yalan söylemesi de bir hak olarak tanınabilir. (Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanun Yolları, 2.baskı, İstanbul, 1990, s.78-79)

²⁰ Mevaz Alman CMUK'unun 147/5. maddesinde hazırlık soruşturması sırasında dosyayı inceleme iznini savcılık da verebilmektedir (Madde metni için bkz. Kayıhan İçel-Feridun Yenisey, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 3.bası, İstanbul, 1990, s)

²¹ Centel, s.120

müdafiiin dosya içeriğini kötüye kullanması olasılığı düşünülerek hazırlık evrakını inceleme hakkına kısıtlama getirilmemelidir.

Mehaz Alman CMUK'nun 147/2 maddesi de araştırmaların sona erdiği dosyaya henüz kaydedilmemiş ve soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürebilecek ise, müdafiiin dosyayı görmesine ve resmen muhafaza altına alınmış somut delillerin incelenmesine izin verilmeyebileceğini kabul etmiştir²².

4- Muhakemenin Hiçbir Aşamasında İncelenmesi Kısıtlanamayan Evrak

Hazırlık soruşturmasında müdafiiin hazırlık evrakını incelemesi veya bu evraktan suret alınması eğer soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürecekse hakim kararıyla sınırlandırılabilir (CMUK m.143/2). Hazırlık soruşturmasında da müdafii tarafından incelenmesi veya suret alınması soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürse bile, incelenmesi sınırlandırılmayan bir takım belgeler vardır. CMUK m.143/ son'a göre yakalanan kişinin veya sanığın sorgusunu içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların incelenmesi ya da bunlardan suret alınması hiçbir amaçla engellenemez.

Bu tutanak ya da raporların müdafii tarafından incelenmesi savunma bakımından büyük önem taşımaları nedeniyle hiçbir şekilde kısıtlamaya tabii tutulmamıştır. Yapılmaları esnasında sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu evrak ile tutanaklar ve diğer adli işlemler bilirkişi raporlarının müdafii tarafından incelenmesi soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürme gerekçesiyle hakim kararıyla da kısıtlanamaz. Eğer sulh hakimi söz konusu gerekçe ile dosyanın gizliliğine karar vermişse belirtilen belgelerin dosyadan çıkartılarak müdafiiin incelenmesine sunulması zorunludur. Soruşturmanın gayesine zarar vereceğinden bahisle müdafiiin bu husustaki talebi reddolunamaz²³

Bilirkişi raporları dışındaki müdafiiin inceleme ve suret alma hakkının kısıtlanamayacağı diğer tutanakların ortak noktası, sanığın katılımı ile meydana getirilen işlemler olmasıdır. Kaynak Alman CMUK'un 147/3 maddesinde ise, müdafii tarafından incelenmesi engellenemeyecek olan belgelerin sanığın değil, yapılmaları esnasında müdafiiin hazır bulunduğu işlemler olduğu belirtilmiştir.

"Yakalanan kişi veya sanığın sorgusunu içeren tutanak" ibresi, yargıç gibi kolluk ve Cumhuriyet Savcısıncı alınan ifade tutanaklarını da kapsamaktadır. Sanığın yazılı beyanları ifade almaya yönelik sorular için verilmişse, bunların da sorgu tutanağı sayılmaları gerekir²⁴. Keşif ve muayene, tanık ve bilirkişi dinlenmesi, gibi işlemlere sanık ve müdafiiin katılma hakkı olduğu için (CMUK m. 162/1,2) bu işlemlere ilişkin tutanakların da müdafii tarafından her zaman incelenmesi mümkündür (CMUK m. 143/son). Sanığın bu işlemler yapılırken hazır bulunmaması müdafiiin söz konusu tutanakları serbestçe incelemesine engel olmaz²⁵.

5- Müdafiiin Hazırlık Evrakını İnceleyebileceği Yer ve Süre

Müdafiiin hazırlık evrakını inceleyeceği yer, dosya savcılıkta ise savcılık kalemi, kollukta ise polis merkezidir. Bu durum CMUK'da belirtilmemiş olmakla beraber, Avukatlık K. m. 46/2'ye kıyasen böyle kabul etmek gerekir.

²² Metin için bkz. İçel-Yenisey, s.294

²³ Vidinli, s.1299

²⁴ Centel, s.121

²⁵ Kunter, s.702

Hazırlık soruşturmasının yapıldığı yerde oturmayan müdafii savcıdan, dosyanın bulunduğu yer savcılığına gönderilerek orada incelemeyi istemesi kabul edilmemelidir. Zira hazırlık soruşturmasındaki işlemlerin tamamlanması zaman bakımından acele davranılmasını gerektirdiği gibi, güvenlik bakımından da tehlike söz konusu olabilir. Bu nedenle, müdafii böyle bir talebi geri çevirmelidir.

Kaynak Alman CMUK m. 147/4 müdafie, izin verilmesi ve engel olacak önemli nedenlerin bulunmaması halinde somut delil parçaları hariç talebi halinde, dosyayı incelemek amacıyla işyerine veya evine götürülmesine olanak tanımaktadır. Bunun nedeni olarak dosyanın incelenmesi ve değerlendirilmesinde kolaylık sağlamak amacının olduğu belirtilmektedir²⁶.

Kanımca, CMUK m. 143/1, inceleyebileceği her evrakın suretini veya fotokopisini harçsız alma hakkını müdafie tanıdığı için kanuna böyle bir hükmün konulmaması bir eksiklik değildir²⁷. Kaynak kanunda m.147 müdafie dosyadan suret alma hakkı öngörülmediği için, daha rahat incelemesi amacıyla evine ya da bürosuna götürülmesine izin verilmiş olabilir. Bizde müdafii hazırlık dosyasının bütününi fotokopi yoluyla elde etmesi ve her yerde incelemesi mümkündür²⁸. Ayrıca dosya aslının müdafii evine ya da bürosuna gönderilmesine izin verilmesine gerek yoktur. Bu nedenle, müdafii hazırlık dosyasını savcılıktan dışarıya çıkaramaz ve böyle bir talepte bulunamaz. Zaten böyle bir talebin yasal dayanağı da bulunmamaktadır. Hazırlık dosyası ilgililerin izin verdiği yerde incelenmeli ve fakat eve ya da büroya götürülmemelidir²⁹.

Müdafii hazırlık dosyasını inceleyebilmesi için makul bir süre tanınmalıdır. Bu sürenin takdirinde her olayın özelliği göz önünde bulundurulmalı ve dosya içeriğinin yoğunluğu dikkate alınmalıdır³⁰. Sürenin belirlenmesindeki ölçü için inceleme hakkı esas olmalıdır. Müdafii özellikle sanığın özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarda bu tetbirin hukuka uygun olup olmadığını mahkemede ileri sürebilmesi için, dosyayı bütünüyle inceleyebilmelidir. Zira müdafinin savunma yapabilmesi için dosya içeriğini öğrenmesi gerekir.

Müdafii dosyayı bir veya birkaç defa inceleyebiliriz. Fakat dosyayı incelemek için bunların sürekli hazır tutulmalarını istememeli ve soruşturmanın geciktirilmesine sebep olmamalıdır³¹.

6- DGM'nin Görev Alanına Giren Suçlardaki Durum

CMUK'da reform niteliğinde değişiklikler yapan 3842 sayılı yasanın 31. maddesinin 1'inci fıkrası, yukarıda açıkladığımız müdafii hazırlık evrakını inceleme ve suret alma hakkını, DGM'nin görev alanına giren suçlardan sanık olan kişilerin müdafilerine tanımamıştır. DGM'nin görev alanına giren suçlar bakımından CMUK'nun değişiklikten önceki 143. maddesinin yürürlükte olduğunu kabul etmiştir. Mart 1997'de kabul edilen ve 3842 sayılı kanun ile getirilen düzenlemenin bazı hükümlerini değiştiren yasa da bu konuda bir değişiklik yapmamıştır³². İnsan haklarına aykırı görülerek

²⁶ Eser, s.337

²⁷ Karşı görüş için bkz. Vidinli, s.1297; Centel, s.117

²⁸ Avukatlık Kanunu m. 46/1'e göre gerekli giderler ödenerek, adliye içerisinde fotokopi yoluyla örnek çıkartılması mümkündür. Yasaya göre adliye binası içinde fotokopi yaptırılmayan durumlarda evrakın fotokopi amacıyla da olsa dışarıya çıkartılması mümkün değildir. Adliye binası içinde fotokopi olanağının bulunmaması halinde savunma hakkının kullanılmasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirler alınarak dosyanın dışarıya çıkartılmasına imkan sağlanmalıdır.

²⁹ Vidinli, s.1297; Tan, s.888

³⁰ Centel, s.117

³¹ Centel, s.117

³² Kanun No:4229 Kabul T. 6.3.1997 (R.G.12 Mart 1997, sy. 22931)

yürürlükten kaldırılan hükümlerin belirli bazı suçlar bakımından hala yürürlükte tutulması hukuk tekniğine aykırıdır. Eğer bazı suç failleri belirli haklardan yararlandırılmak istenmiyorsa yapılması gereken, kurala istisnalar getirmek şeklinde olmalı idi³³.

Bu yasal düzenleme karşısında DGM'nin görev alanına giren suçlardan sanık olan kişilerin müdafileri, hazırlık dosyasını inceleme bakımından CMUK'nun eski 143. maddesindeki düzenlemeye tabiidirler. Bu hükme göre, hazırlık soruşturmasının gizliliği esastır ve müdafii ancak iddianamenin mahkemeye verilmesinden sonra dava ile ilgili her türlü evrak ve belgeyi inceleyebilir. Bundan önce hazırlık evrakının incelenmesi, soruşturmanın gayesine zarar vermeyeceğinin anlaşılmasına bağlıdır. İncelemenin soruşturmanın gayesine zarar vermeyeceğinin anlaşılması üzerine hazırlık soruşturmasında savcı müdafie izin verebilir. Dolayısıyla DGM'nin görev alanına giren suçlar bakımından müdafinin hazırlık dosyasını incelemesi kural olarak izne tabidir.

Sanığın sorgusunu içeren tutanak ile bilirkişi raporlarının ve sanığın hazır bulunmağa yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların hazırlık soruşturmasında incelenmesi izne bağlı olmayıp, müdafii bu evrakları serbestçe inceleyebilme hakkına sahiptir.

İddianamenin mahkemeye verilmesinden sonra ise müdafii, dava ile ilgili her türlü evrakı inceleme ve istediği evraktan suret alma hakkına sahiptir.

³³ Demirbaş, s.139

İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA MÜESSESESİ

Murat ŞEN*

GİRİŞ

Araştırmamızın konusunu "İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi" oluşturmaktadır. Bilindiği gibi kamulaştırma, kamu menfaatleri namına, takdir edilen bedeli peşin verilmek üzere, bir gayrimenkulün malikinin rızasına bakılmaksızın elinden alınması işlemidir. Kamulaştırma, devlete, kamu menfaatlerinin korunması ve kamu hizmetlerinin görülmesi için tanınmış yetkilerden ve gayrimenkul mülkiyeti üzerine konulmuş tahditlerden biridir¹. Buna göre bu işlemle, mal sahibinin istekli olup olmamasına bakılmaksızın, özel mülkiyet içinde bulunan bir taşınmaz malın, kamu malları arasında yer alması sağlanır².

İslâm ve Osmanlı Hukukuna göre, mülkiyet hakkının kamu hukuku takyitleri kapsamında incelenmesi mümkün olan kamulaştırmayı, mülkiyeti devreden cebri akitler başlığı altında ele almak da mümkündür.

Mülkiyeti devren iktisap yollarından biri, mülkiyeti devreden akitler, diğeri ise halefiyettir. Mülkiyeti devreden akitler, Mecelle'nin 1248. maddesindeki ifadesiyle, satım ve bağışlama gibi mülkiyeti bir malikten diğer malike nakleden akitlerdir. Mülkiyetin nakli için, söz konusu akde ait bütün şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunların başında da, karşılıklı rıza gelir. Zira, mülkiyeti nakleden öyle akitler vardır ki, bu akitlerde taraflardan birinin rızası ve hatta onun irade beyanı yoktur. Cebri akitler olarak da isimlendirilen bu istisnai muameleler, cebri icra, şüf'a ve istimlak (kamulaştırma) olmak üzere üç tanedir³.

Ayrıca, mülkiyet hakkının kamu ve özel hukuktan kaynaklanan bir takım takyitleri, başka bir ifadeyle sınırlamaları söz konusudur. Kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalardan birisi de, kamulaştırma⁴.

Çalışmamızda, önce İslâm Hukuku kaynaklarında ve Osmanlı hukukunda kamulaştırma müessesesinin yerini belirleyecek, sonra da bu müessesenin nitelik ve unsurlarını tespit edeceğiz.

§ 1. Kamulaştırma Müessesesinin İslâm Hukuk Kaynaklarındaki Yeri

Bilindiği gibi, İslâm hukukunun kaynakları asli ve tali kaynaklar olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Asli kaynaklar, Kur'an, sünnet, icma ve kıyas; tali kaynaklar ise, istihsan, istishab, istislah (amme maslahatı), eski hukuk sistemleri, sahabelerin hukuki görüşleri, genel hukuk prensipleri ve örf-adet kurallarından ibarettir⁵.

* Arş.Gör.Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuku Bölümü İslam Hukuku Anabilim Dalı

1 Türk Hukuk Lügatı, 3.B., Ankara, s.171

2 Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, 2.B., Ankara 1987, s.173; Mukbil ÖZYÜREK, Kamulaştırma Hukuku, Nazari, Ameli ve Mukayeseli Etüt, Ankara 1948, s.18-20

3 Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C.II, İstanbul 1990, s.277-278; Hayreddin KARAMAN, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C.I, İstanbul 1987, s.270-271.

4 CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.279-281

5 İslâm hukukunun asli ve tali kaynakları konusunda geniş bilgi için bkz.CİN/AKGÜNDÜZ, C.I, s.148-165; KARAMAN, Anahatlarıyla C.I, s.110-132; Ahmet AKGÜNDÜZ, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyanı, Diyarbakır 1986,41-56; Abdülkerim ZEYDAN, İslâm Hukukuna Giriş, Çev.Ali ŞAFAK, İstanbul 1985, s.277-326.

Kamulaştırma müessesesi hakkında Kur'an'da, doğrudan konuyla alakalı her hangi bir hüküm mevcut değildir. İslâm hukukunda kural olarak, özel mülkün her türlü ihlalin dışında olduğu ve bir dokunulmazlığa sahip bulunduğu kabul edilmektedir⁶. Bu, mülkiyetin menşeinin Tanrı'da olduğu inancının bir sonucudur⁷. Başka bir ifadeyle, İslâm'da mülkiyetin menşeinin Tanrı'da olduğu inancı, mülkiyet hakkının mukaddes ve ihlal edilmezliği sonucunu doğurmuştur.

Kamulaştırma müessesesi hakkında, İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan Hz.Peygamber'in sünnetinde ise, konuyla ilgili bir kaç hüküm ve uygulamaya rastlanmaktadır. Hz.Peygamber'in kamulaştırma yaptığına dair ilk örnek, kamuya yararlı olacak tarzda bir koru oluşturmasıdır. Hz.Peygamber, Medine'de Naki'denilen ve mer'a olmaya uygun bulunan bir yeri müslümanların atları otlasın diye devlet korusu haline getirmiştir⁸. Bundan başka, Hz.Peygamber, Medine'de ilk mescidin yapılması sırasında buna benzer bir yola da müracaat etmiştir. "Hz.Peygamber, ilk mescidi inşa edeceği zaman, mescidin yerine sahip olan Beni Neccâr'a haber gönderip onlara şöyle söylemiştir: "Şu bahçenize fiyat biçin". Onlar da, "hayır, Allah'a andolsun onun bedelini, senden değil, Allah'tan istiyoruz" demişlerdir. Bu arsada hurma ağaçları, müşriklere ait kabirler ve bazı yıkıntılar bulunmaktaydı. Hz.Peygamber, hurma ağaçlarının kesilmesini, müşrik kabirlerinin kaldırılmasını, harabelerin de düzlenip arazinin tesviyesini emretmiştir"⁹.

Yine bu hususta Hz.Peygamber'in kamulaştırmayı tecviz ettiğini gösteren şu hadis de delil olarak zikredilebilir: "Ashaptan Semüra bir Cündüb'ün, ensardan olan bir komşusunun bahçesinde hurma ağaçları vardı ve bu ağaç yüzünden Semüre ile bahçe sahibi arasında bir anlaşmazlık olduğunda, bahçe sahibi Hz.Peygamber'e şikayette bulunmuştur. Bahçe sahibinin şikayeti üzerine Hz.Peygamber, Semüre'ye:"Ya (ağaçları) satmasını, ya bir başka yerdeki ağaçla değiştirmesini, yahut da bahçe sahibine bağışlamasını" teklif etmiştir. Semüra, bunları kabul etmeyince, Hz.Peygamber bahçe sahibine "git ağaçları sök" demiştir"¹⁰. Bu hadiste görüldüğü üzere, komşunun rahatsız olması mülkiyet konusu ağaçların satılması veya sökülmesine sebep teşkil etmektedir. Buradan hareketle müctehidler, amme ihtiyacı ve bunun giderilmemesi halinde, ammenin zarar görmemesi için kamulaştırma yoluna müracaat edilebileceğini belirtmişlerdir¹¹.

Görüldüğü üzere Hz.Peygamber, kamu menfaati için gerekli olan bir durumda, şahıslara ait özel mülkün önce rıza ile satın alınmasını belirtmiş bulunmaktadır. Bunun söz konusu olamaması durumunda, rayiç bedelinin verilmesi suretiyle cebren de olsa satın alınabileceği, başka bir ifadeyle kamulaştırılabileceği belirtilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, kamulaştırma, İslâm hukukuna göre, mülkiyetin cebri temellük yollarından biridir. Diğer bir ifadeyle, istemediği halde bir kimsenin mülküne el koyma, malının mülkiyetini başkasına geçirme, cebri icra, şüf'a ve istimlâk olmak üzere üç yoldan gerçekleşmektedir¹².

6 Halil CİN, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s.10, CİN'in belirttiğine göre, "İslâm hukukunda ferdi mülkiyet dünyanın hiç bir mevzuatında görülmeyen bir dokunulmazlığa sahiptir. Hatta bu durum, ferdi hakların kuvvetli bir tarzda himaye edildiği ve zaman zaman amme menfaatine üstün tutulduğu İngiltere'de bile yoktur." CİN, s.10, Osman Nuri ERGİN, İslâm'da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlak Meselesi, Adalet Dergisi, Yıl 40, s.12, 1949, s.1747-1749. Ergin'in kaydettiğine göre, "İslâm şeriatı nazarında, bir adamın mülküne taarruz ve tecavüz, bir melikin yani hükümdarın memleketine tecavüzün ayıdır" Ergin, s.1749.

7 CİN, s.10.

8 Hayrettin KARAMAN, Mukayeseli İslâm Hukuku, C.III, İstanbul 1991, s.84

9 İbrahim CANAN, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, C.15, Ankara 1992, s.320-321; Muhammed Abdülhay EL-KETTANI, Et-Terâtibu'l-İdâriyye, Hz.Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C.II, Çev.Ahmet Özel, İstanbul 1991, s.302.

10 CANAN, C.10, s.214-215

11 KARAMAN, Mukayeseli, s.85

12 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271

Hız Peygamber'in kamulaştırma yapmasına ve bu işlemi ayrıca sözle de tecviz etmesine rağmen, doktrinde bu müessesenin hukuka uygun olmadığını iddia eden görüşlere de rastlanmaktadır¹³.

Belirtmek gerekir ki, Hız Peygamber'in sünnetinden başka bu müessese ile ilgili asıl örnekler, ilk halifeler döneminde görülmüştür¹⁴. Bunlardan ilki, halife Hız Ömer dönemine aittir. Hız Ömer, halifeliği zamanında, Rabze denilen bir mıntıkayı devlet korusu (mer'â himâsi) haline getirmiş, o mıntikanın sahiplerinin "ey müminlerin emiri, buralar bizim yurtlarımızdır, cahiliyye devrinde oraların uğruna savaştık, İslâm gelince de üzerinde müslüman olduk, ne hakla buraları koru yapıyorsun" diye itiraz etmeleri üzerine şu cevabı vermiştir: "Mal Allah'ın malıdır, kulları da Allah'ın kullarıdır. Allah'a yemin ederim ki, Allah yolunda (cihadda) kullandığımız hayvanlar olmasaydı, bir karış toprağı bile koru yapmazdım"¹⁵.

Yine Hız Ömer, kendi döneminde Mescidi Haram'ı (Kâbe mescidini), insanlara dar geldiği ve etrafı da evlerle çevrili bulunduğu için kamulaştırma yoluyla genişletmiş¹⁶, ev sahiplerinden bir kısmını pazarlıkla razı etmiş, razı olmayanların evlerini ise cebren almış ve bedellerini, sahipleri istedikleri zaman alsınlar diye Kâbe hazinesine koymuştur¹⁷. Benzeri uygulamanın üçüncü halife Hız Osman döneminde de yapıldığı görülmektedir¹⁸.

Bundan başka, Hız Ömer, Medine'deki Mescidi Nebevî'yi de, Medine'nin nüfusunun hızla artması ve namaz kılanların hızla çoğalması üzerine mescidin yetersiz kalmasından dolayı, çevresindeki evleri kamulaştırarak genişletmiştir¹⁹.

İslâm hukuku açısından, Hız Peygamber'in sünnetinden başka, "sahabenin hukuki görüşleri" ile "kamu yararı"²⁰ bir kaynak teşkil etmekte ve kamulaştırma müessesesi de İslâm hukuku kaynaklarındaki yerini böylelikle almış bulunmaktadır. Çünkü, sahabelerin ve özellikle ilk halifelerin hukuk alanındaki görüşleri veya görüşlerini yansıtan davranışlarının hukukun bir kaynağı olmasından ve bunların kamulaştırma müessesesine kamu yararı için gerektiği zaman müracaat etmesinden dolayı bu müessese hukuki dayanağını bulmuş olmaktadır. Hatta, Hız Ömer ve Osman'ın hilafetleri döneminde menafi-i âmne (kamu yararı) için kamulaştırma yoluna gidilmesi ve bunun ashab tarafından da tasvib edilmiş olması, kamulaştırmanın meşruiyetinde icmâ'nın hasıl olduğunu da göstermektedir²¹. Bundan başka, büyük müctehitler tarafından kamulaştırmanın şartları ve hükümleri ile ilgili meselelerin ayrıntılarıyla açıklanması da, bu müessesenin İslâm hukukundaki yerini belirtmektedir²².

13 İslâm ve Osmanlı hukukunda Kamulaştırma Müessesesinin bulunmadığına dair görüş ve açıklamalar için bkz. ERGİN, s.1745-1763.

14 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.279-280; KARAMAN, mukayeseli, s.84; Hacı Reşit PAŞA, Ruh'ul Mecelle, C.VI, Kitab'uş Şirket Şerhi, İstanbul 1328, s.164; Servet ARMAĞAN, İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987, s.177.

15 İslâm hukuk doktrininde dört hukuk ekolüde (Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli), devlet başkanlarının, mücahidlerin atları, cizyeden elde edilen hayvanlar, zekattan gelen hayvanlar, bulunmuş hayvanlar vb. leri otlasın diye gerektiği kadar yeri istimlak edip (kamulaştırıp) koru haline getirilebileceği hükmünü benimsemişlerdir. M. Üneys İBRAHİM, El-Kuyûd Elletî Teridu Ale'l-Mülkiyye, Kahire, 1971, s.246 (KARAMAN, Mukayeseli, s.85, dn.43'den naklen).

16 Şibli NUMANİ, Bütün Yönleriyle Hız Ömer ve Devlet İdaresi, Çev.Talip Yaşar Alp, 4.B., C.II., İstanbul 1986, s.193-194.

17 KARAMAN, Mukayeseli, s.85.

18 Hoca Emin Efendizâde Ali HAYDAR, Dürer'ul-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm, C.III, İstanbul 1330, s.490; Reşid PAŞA, s.164.

19 NUMANİ, s.194-195

20 Bu konudaki geniş bilgi için bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, C.I, s.156-160

21 Reşid PAŞA, s.164

22 Reşid PAŞA, s.164

İslâm hukukçuları, bu düşüncelerden hareketle zorunlu hallerde kamulaştırma yapılmasının İslâm hukukuna uygun olduğu yönünde bir görüşe ulaşmışlardır²³.

§ 2. Kamulaştırma Müessesesinin Osmanlı Hukukundaki Yeri

I-Genel Olarak

İslâm hukuku kaynaklarında kamulaştırma müessesesinin yerini böylece belirttikten sonra Osmanlı hukukundaki durumuna da değinmek gerekir.

Bilindiği gibi, Osmanlı devleti bir İslâm devletidir ve İslâm hukukunu bütün yönleriyle tatbik etmiştir²⁴. Bu sebeple İslâm hukukundaki kamulaştırma müessesesi ile Tanzimata kadar yürürlükte kalmış ve klasik İslâm hukukunun uygulanmasından ibaret olan, Osmanlı hukukundaki kamulaştırma müessesesi arasında bir fark söz konusu değildir. Bu sebeple konuyu, Tanzimattan önce ve Tanzimattan sonra olmak üzere iki başlık altında incelemek gerekir.

II- Tanzimattan Önceki Durum

Osmanlı Devletinin, kamulaştırma hususundaki ilk düzenlemesi, 4 Recep 1272/1855 tarihli Nizamname ise de, kamulaştırmaya ait bir madde tahsis eden ve Osmanlı Devletinin Medeni kanunu kabul edilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye²⁵, bundan daha fazla önemi haizdir. Çünkü Mecelle, yeni bir hukuk ortaya çıkarmış değil, sadece mevcut hukuku başka bir ifadeyle, uygulanmakta olan İslâm hukukunu kod haline getirmiş, tedvin etmiştir²⁶. Mecelle, yüzlerce yıl önce İslâm hukukçuları tarafından ileri sürülmüş fikir ve kanaatlerden, zamanın ihtiyacına uygun olanlarını toplamakla yetinmiş ve yeni sayılabilen fikirler bulunmayan²⁷ bir kodifikasyondur.

Bu duruma göre, Mecelle'nin 1216 ncı maddesindeki kamulaştırma hakkındaki söz konusu sarîh hüküm, kamulaştırmanın İslâm ve Osmanlı hukukunda bir müessese olarak varlığını göstermekte ve yine bu müessesenin, İslâm ve Osmanlı hukukuna Tanzimat ile birlikte girmiş olmadığını belirtmektedir.

Tanzimat döneminde çıkarılan 1272 tarihli nizamnameye ve Mecelle'nin 1216 ncı maddesinin vaz'ına gelinceye kadar, İslâm ve Osmanlı hukukunda, günümüzdeki gibi bütün hüküm ve işlemleriyle derli toplu bir kamulaştırma müessesesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Çünkü her şeyden önce istimlak veya kamulaştırma tabiri bile, kamulaştırma konusundaki ilk yasal dayanak olan 1272 nizamnamesinden 22 sene sonra, 27 Ramazan 1294/23 Eylül 1293 (1877) tarihinde çıkarılan ve isimleri "Vilayet Belediye Kanunu" ile "Dersaadet Belediye Kanunu" olan kanunların 3. maddelerinde "menafi-i umumiye için istimlak" ifadesi ile hukukumuza girmiş bulunmaktadır²⁸. Bundan sonra da 21 Cemaziyelevvel 1296/24 Teşrinisani 1295 tarihli Karamameyle, 4 Recep 1272

23 Ancak hicri 4. asırda bazı müctehitler, mülkiyetin kamulaştırılması için haksız tasarrufları sebebiyle karşı çıkmışlardır. Bkz. Abdulhamit MÜTEVELLİ, Mebadiu Nizam'ül-Hukm fi'l-İslâm, Kahire 1966, s.323-325 (Armağan, s.176, dn.25'den naklen).

24 CİN, s.9.

25 Sava PAŞA, İslâm hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, C.I, Çev.Baha Arıkan, Ankara 1955, s.17; M.Akif AYDIN, Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX'dan ayrı basım, İstanbul 1989, s.31.

26 Ebül'ulâ MARDİN, Mecelle Maddesi, İslâm Ansiplopedisi, C.VII, İstanbul 1993, s.433-436; Sabri Şakir ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2.B., Ankara 1953, s.50; Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimaz, C.I, İstanbul 1940, s.188-192

27 Mustafa Reşit BELGESAY, Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İHFD, C.XII, S.2-3, s.562. Mecelle hakkında daha geniş bilgi için bkz. Ebül'ulâ MARDİN, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet PAŞA, İstanbul 1946

28 ÖZYÖRÜK, s.17

nizamnamesi ilga edilerek kamulaştırma müessesesi yeni baştan ve "Menafi-i umumiye için istimlak" adı altında düzenlenmiştir²⁹.

Kamulaştırma hususundaki ilk yasal metne gelinceye kadar bu müessese, İslâm hukukunun genel kurallarından bazılarına dayanılarak uygulanagelmıştır. Hukuk tarihimizde, uzun zaman kamulaştırma müessesesine hukuki birer dayanak olmuş olan bu prensipleri belirtmek gerekir.

Bu prensipler, bir İslâm hukuku kodifikasyonu ve Osmanlı Medeni Kanunu olan Mecelle-i Ahkamı Adliyye'nin kavaid-i külliye kısmında veciz sözlerle ifade edilmiştir. Aynı kuralları, az çok değişik ifadelerle, bütün İslâm hukuku kitaplarında (fıkıh kitaplarında) bulmak mümkündür³⁰.

İslâm hukukunda, kamulaştırmanın dayanakları olan kuralların başlıcaları Mecelle'nin 21.,22.,26.,27.,30.,58 ve 1216. maddelerinde belirtilmiştir.

Mecelle'nin 26. maddesi "zarar -ı âmmü def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur" hükmünü getirerek, etkisi umumi olacak bir zararı önlemek için, etkisi nisbi ve hususi bir zararın tercih edilebileceğini belirtmiştir. Bu maddede, umumi intizam ve menfaatin korunma ölçüsü belirlenmektedir³¹.

Mecelle'nin 58. maddesi, "Raiyye ya'ni teba'a üzerine tasarruf maslahata menuttur" hükmünü getirmiştir. Burada maslahat, fayda, yarar anlamına gelmektedir. Buna göre, teba'a üzerine âmirin tasarruf etmesi maslahata yani tasarruf etmesi maslahata yani tasarruf ve fiilinde faydanın bulunmasına bağlıdır³². Bu kuralın arapçadan tercemesinde, tasarrufu yapacak olan zikredilmediğine göre, tamim (umumileştirme) kastedilmiş ve böylece bu kural, kamu işlerini idare eden bütün memurlara hitap eder bir nitelik almıştır³³. Devletin teba'a üzerindeki tasarrufları, bir yararın sağlanmasını gaye edinmelidir. Teba'a, geniş anlamda anlaşılmalıdır. Raiyye terimi, Devlet başkanı, Millet Meclisleri ve halkı temsil ve idare eden diğer bütün makamlar gibi otoritelere bağlı bulunan kişileri de içine alır. Bakanlık memurları bakan'ın, şehir halkı belediyenin, küçükleri kanuni mümessillerinin ... raiyyeleridir. Aralarındaki niza ve ihtilafların çözülmesi için mahkemeye müracaat edenler de, hakimın raiyyesi olurlar³⁴.

Bu kuralın furuundan biri de, Mecelle'nin 1216 ncı maddesidir³⁵. Söz konusu maddeye göre, kamu yararının gerektirdiği durumlarda bir kimsenin mülkü, devlet tarafından kıymeti ile alınıp yola ilhak olunabilir. Bu muamele, o kimse aleyhinde bir tasarruf ise de, umurun fayda ve iyiliğini hedef tuttuğundan caizdir³⁶.

Mecelle'nin 21. maddesi de, "zaruretler memnû olan şeyleri mubah kılar" hükmünü getirerek, zaruret ve ihtiyacın sabit olması durumunda, memnû' (yasak) olan şeylerin mubah olacağını ve fâilinin sorumlu tutulmayacağını belirtmiştir³⁷.

Mecelle'nin 22. maddesi ise, "zaruretler kendi mikdarlarınca takdir olunur" hükmünü getirerek, zaruret sebebiyle tecviz edilen şeyin ancak zarureti bertaraf edecek kadar yapılmasının hukuka uygun olacağını; yoksa zarureti bahane ederek zaruret miktarından fazlasını yapmanın tecviz edilemeyeceğini belirtmiştir³⁸.

29 ÖZYÖRÜK, s.17

30 MARDİN, Medeni Hukuk Cephesinden, s.179.

31 A.Refik GÜR, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, 2.B, İstanbul 1977, s.142.

32 Ali HAYDAR, C.I, s.128.

33 Ali HAYDAR, C.I, s.128.

34 BELGESAY, s.586.

35 Hilmi ERGÜNEY, İzahlı ve Mukayeselei Mecelle Külli Kaideleri, İstanbul 1965, s.86.

36 Ali HAYDAR, C.I, s.129.

37 ERGÜNEY, s.42; GÜR, s.140.

38 Ali HAYDAR, C.I, s.79; ERGÜNEY, s.43; Mustafa BAKTİR, İslam Hukukunda Zaruret Hali, Ankara ty., s.253-254.

Mecelle'nin 27. maddesi, "zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur" hükmünü getirerek de, şiddeti ve tesir sahası geniş bir zararın, en hafif yani nisbi bir zararla önleneceğini belirtmiştir.

Mecelle'nin 30. maddesi ise, "Def'i mefâsid, celb-i menâfiden evladır" hükmü ile, herhangi bir şeyde, fesat ve zararlar menfaatin karşılaşması durumunda, menfaati elde etmeye bakmayıp zarar ve fesadın ortadan kaldırılmasına çalışılmasını belirtmektedir³⁹. Başka bir ifade ile, mevcut zarardan korunma, ilerdeki kazançtan üstün tutulmalıdır.

Mecelle'nin 1216. maddesi ise doğrudan kamulaştırma ile ilgilidir. Söz konusu madde İslâm ve Osmanlı hukukuna göre kamulaştırmanın niteliği ve unsurları bölümünde ele alınacaktır.

III- Tanzimattan Sonraki Durum

1- Genel Olarak

Osmanlı Medeni kanunu olarak kabul edilen Mecelle'nin 1216. maddesi, kamulaştırmanın, İslâm ve Osmanlı hukuku esaslarına göre bir ifadesi olmakla beraber, bu alandaki ilk yasal metin değildir. Tanzimatla birlikte girilen hukuk reformunda, kamulaştırma ile ilgili olarak kanun, kararname ve nizamname çıkarılmıştır. Belirtmek gerekir ki, çıkarılan 1272/1855 tarihli nizamname ile batı hukukundan istifade edilerek hazırlanan 1295/1878 tarihli Menafi-i Umumiye için İstimlak Karamamesi, şer'î hükümlere aykırı hükümler ihtiva etmemektedir⁴⁰.

2- Kamulaştırmayla İlgili Mevzuat

Osmanlı devletinde Tanzimattan sonra çıkarılan gerek doğrudan doğruya gerekse dolayısıyla kamulaştırmayı ilgilendiren mevzuat şu şekilde sıralanabilir⁴¹.

a- 4 Recep 1272 (1855) Tarihli Nizamname

Kamulaştırmayı, modern ve müstakil bir müesseseye haline koyan ilk düzenleme, "Saltanat-ı Seniyyenin, Menafi-i Umumiyyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mübayaa Edeceği Arazi Ve Saire Hakkında 4 Recep 1272 (1855) Tarihli Nizamname"dir. Bu nizamnamede dikkati çeken nokta, "istimlak" kelimesine yer verilmemesidir. Bunun sebebi de, kamulaştırma müessesesinin evvelce müstakil bir mahiyeti haiz olmamasından ve sade ve, umumi nitelikte bazı fıkıh kurallarının kıyas yoluyla elde edilmiş bir fer'i bulunmasındandır. Buna "temellükü cebri" adı da verilmiştir⁴². Dolayısıyla, 1272 nizamnamesi, istimlak veya temellük'ü cebri tabirlerini kullanmaksızın kamulaştırma müessesesini düzenlemektedir.

Bu nizamnameye göre, "Menafi-i umuma şamil olan demiryol, cetvel ve emrar-ı enhar ve tevsi-i turuk ve tezyin ve tathir-i belde gibi şeyleri, Saltanat-ı Seniyye tanzim ve küşad eylediği halde, alınması icabedecek arazi ve tarla ve hane ve emlak-i saire, bend-i âfide maharrer usule tatbikan, kıymet-i layikasının itasıyla mübayaa olunacaktır⁴³. Bu makule sahiplerinden işтира kılınacak arazi ve hane ve emlak-i saire, dersaadette şehir

39 ERGÜNEY, s.53; Ali HAYDAR, C.I, s.87.

40 CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.281.

41 ÖZYÖRÜK, s.62-65.

42 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271; Sulhi DÖNMEZER, İstimlak Hukuku, İÜHFD, C.VII, S.1, s.51; ÖZYÖRÜK, s.61.

43 Reşid PAŞA, s.164-165.

meclisi ve Ticaret Nezareti taraflarından ve taraf-ı hümayından birer kimse müvella⁴⁴ olarak memur ve tayin olunarak, anlar marifetiyle mesaha olunup mahal ve mevkice kıymet-i layıkası ne ise erbab-ı vukuftan ve bigaraz kimselerden tahkikiyle... bir mazbata yapıp cümlesi tarafından ve haber verenler canibinden temhir ve imza olunarak... ebniye meslisinden dahi zeyl ile tasdik olunup badehu Ticaret Nezareti tarafından bâ takrir, Bâb-ı Âli'ye takdim ile bâlasına buyruldu ve sahh-ı âli tasdir ve keşide olundukda iktizasî icra, yani pahası ita ile iskat-ı mülkiyeti suret-i ifa kılınacaktır"⁴⁵.

Taşralardaki kamulaştırma için de, hemen hemen aynı usulle muamele yapılmakta ve kamu yararı kararı mahiyetinde karar da, gene Bâb-ı Âli tarafından verilmektedir⁴⁶.

Bâb-ı Âli'den istihsal edilen bu karardan sonra "... lüzumlu olan arazi vesairenin kıymet-i lâıykasının itâsî ile, sahibi vermekte izhar-ı rıza etmezse, mademki bu şeyin menfaati umuma aittir ve pahası dahi kıymet-i layıkası olarak verilecektir, artık sahibinin adem-i rızasına bakılmayarak akçesi verilip alınacaktır. Bu suretle işira olunan emlakın bahası, sahiplerine kamilen teslim ve itâ olunmazdan evvel, ol mülkte ikametden veya intifadan men olunamayıp, akçesi kamilen eline girdiği vakit hukuk-u mülkiyeti iskat olunacaktır"⁴⁷.

Mabetler kamulaştırılmaz, fakat bunlara ve tekke ve manastırlara ait arazi hakkında sözü edilen şekilde kamulaştırma yapılabilir. Vakıf dahilinde olan arazi ve emlakın kamulaştırılması halinde, bunların bağlı buldukları vakfa sağladıkları menfaat, devlet tarafından temin edilecektir.

Görüldüğü üzere bu nizamnamede, muamelatın herhangi bir safhasında, fertle idare arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözüm yeri gösterilmiştir⁴⁸.

b-Turuk ve Ebniye Nizamnamesi (7 Cemaziyelevvel 1280)

Bu nizamnamenin birinci maddesiyle sokaklar derecelendirilerek genişlikleri tayin olunmakta ve ba'dema yapılacak inşaatın tabi olacağı hükümler tesbit edildikten sonra, üçüncü maddesiyle de, yolların genişletilmesi için kişilerden alınacak özel yerler mukabilinde hiçbir bedel ödenmeyeceği bildirilmektedir. Yalnız lüzumundan fazla olarak alınmış bulunan yerler için, bir heyet marifetiyle takdir edilecek bir bedel ödenecektir.

c-Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi (18 Cemaziyelevvel 1285)

Bu nizamnamenin üçüncü maddesi belediye idaresine terettüp eden vazifeleri saymakta, bu arada "... yolların tevsi ve tanzimine ... iskelelerin tanzim ve tevsiine... şehrin havayic-i zaruriyesinin... vaz'ı için her tarafa semt ve civar olan münasip mevkilerde meydanlar teşkiline..." de gayret edileceğini bildirmektedir. Menafi-i umumiye için ledel-hace alınacak emlakın tazminatı deavisine... de, Şehremaneti meclisi bakacak ve karar verecektir (m.11). Bu son hüküm, yalnız bedel üzerindeki uyuşmazlıklara inhisar etmekle beraber, kamulaştırmalardan doğacak herhangi bir anlaşmazlığın çözüm yerini ilk olarak belirlemiş bulunmaktadır.

44 Müvellâ, kelime anlamı olarak belirli bir dava veya ihtilafı hâl için veyahut hakem, birliki olmak üzere kadılar tarafından tayin edilen salahiyyetli kimsedir. Bir hukuk terimi olarak ise, bir kazada vaki' bazı muayyen davaları o kaza hakiminin görmesinde mahzur veya mani bulunduğu surette yalnız mezkûr davaları istima ve fasletmek üzere tayin olunan hakimdir anlamına gelir. Türk Hukuk Lûgati, s.264

45 Aynı anlamda bkz. Reşid PAŞA, s.165

46 ÖZYÖRÜK, s.61

47 Reşid PAŞA, s.163

48 ÖZYÖRÜK, s.62

d-Kanun-ı Esasi (7 Zilhicce 1293)

Kamulaştırma, Osmanlı Devleti'nin 1876 tarihli Anayasasıyla⁴⁹, ilk defa kişi hürriyeti bakımından ele alınmakta, sınır ve prensipleri belirtilmektedir. Kanun-ı Esasi 21. maddesinde bu müesseseyi, "Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafi-i umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer pahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz" diyerek düzenlenmiş bulunmaktadır.

e-Dersaadet Belediye Kanunu ve Vilâyet Kanunu (23 Eylül 1293)

İstimlak kelimesinin hukukumuzda ilk kez girdiği bu iki kanunun da 3. maddelerinde, "... tevs-i turuk ve sair menafi-i umumiye için istimlak..." denilerek belediyelerin yapmak durumunda buldukları umumi vazifeleri de sayılmıştır.

f-Menafi-i Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi (24 Teşrin-i Sani 1295)

Bu kararnamenin hükümleri, başlangıçta her türlü kamulaştırma işlerini içine almış ve 1272 nizamnamesini yürürlükten kaldırmıştır.

Kararname, Ahkâm-ı Umumiye (1-4 üncü maddeler) Kavâid-i İstimlakiye (5-20 nci maddeler), Hakem Encümeni (21-31 nci maddeler) ve Tediye-i Bedel (32-34 nci maddeler) olmak üzere dört fasıldan meydana gelmiş ve yakın zamana kadar kamulaştırma mevzuatını tanzim etmiş, yürürlükte kaldığı dönem için mükemmel bir düzenlemedir⁵⁰.

g-Ebniye Kanunu (24 Teşrin-i evvel 1298)

Bu kanun, 8 ve 9 ncu maddeleriyle, sokakları sınıflandırarak genişliklerini tespit etmekte ve bu nispetlerden daha dar olanların da, icabı halinde, bedelsiz bir kamulaştırma ile alınacağı, ancak fazla alınan yerler için bedel verilebileceği prensibini koymuştur⁵¹.

h-Ebniye Kanunu (11 Ağustos 1307)

Bu kanun bir evvelki Ebniye Kanununu ilga ederek yürürlüğe girmiştir. Fakat kısa bir süre sonra 1298 tarihli Ebniye Kanunu tekrar konulmuştur.

ı- İstanbul'da ve Vilâyatta Daire-i Belediye Namına İstimlak Olunacak Mahallelerin Suret-i İstimlaki Hakkında Kanun-u Muvakkat (21 Kanun-i sani 1329)

Bu kanun, istimlak kararnamesinin, belediye kamulaştırmalarına da olan şümülünü ortadan kaldırarak (m.17) hukuk tarihimizde ilk belediye kamulaştırma kanununu teşkil etmiştir.

⁴⁹ Hüseyin Nail KÜBALI, Kanun-ı Esasi, İslâm Ansiplopedisi, C.VI, İstanbul 1993, s.168; Orhan ALDİKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.B.,1982, s.56

⁵⁰ ÖZYÖRÜK, s.64.

⁵¹ Reşid PAŞA, s.163.

§ 3.İslâm ve Osmanlı Hukukuna Göre Kamulaştırmanın Niteliği ve Unsurları

I-Genel Olarak

İslâm ve Osmanlı Medeni Kanunu olan Mecelle'ye göre kamulaştırmanın niteliği ve unsurlarını belirtmeden önce, kamulaştırmanın bir tanımını yapmak gerekir. Osmanlı hukuk mevzuatında kamulaştırma ilk kez, 24 Teşrin-i Sani 1295 tarihli Menafi-i Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi'nin, 17 Nisan 1330 tarihli kanunla değişen 1 nci maddesinde tanımlanmıştır.

Söz konusu maddeye göre "Müceddeten sokak ve meyadan ve pazar yerleri ve iskele küşad ve tesis veya tevsii... ile menafi-i umuma şamil hususati saire için bit-takdir bedeli verilerek ashabından ebniyeli ve ebniyesiz arazi ve çiftlikat mübayanasına, menafi-i umumiye için istimlak ıtlak olunur" denilerek kamulaştırma, doğrudan doğruya tanımlanmış bulunmaktadır⁵².

II-Niteliği

Mecellenin 1216. maddesi, "Ledel-hâce emr-i sultani ile bir kimsenin mülkü, kıymeti ile alınıp tarika ilhak olunabilir. Fakat tediye-i semen olunmadıkça mülkü yed'inden alınamaz."⁵³ hükmü ile İslâm ve Osmanlı hukukunda kamulaştırma müessesesini düzenlemiş bulunmaktadır.

Mecelle'nin bu hükmü, devlet ile fert arasında bir cebri satım sözleşmesinin yapıldığı izlenimini vermektedir. Bilindiği gibi, satım sözleşmesi, genellikle tarafların rızalarına ve irade beyanlarına bağlıdır. Ancak bazı durumlarda satıcının rızasına bakılmaksızın satım sözleşmesi yapılabilir. İşte bu durumlardan biri de, kamulaştırmadır⁵⁴. Kamulaştırmada, emr-i sultani olarak belirtilen selahiyetli makamın tasarrufu, mal sahibinin iradesi yerine geçmekte ve zimnî bir sözleşme meydana gelmektedir⁵⁵.

Yine, maddenin ikinci fıkrasında, " tediye-i semen " denilmek suretiyle, satım sözleşmesindeki semenin ödenmesinden söz edilmektedir. Kaldı ki, fıkranın devamında da, Mecelle'nin 51-262 nci maddelerine bakılması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu maddeler, Mecelle'de satım sözleşmesini düzenleyen maddelerdendir.

Mecelle'nin 251. maddesi, "Bey'i mutlak peşin olmak üzere mün'akid olur. Fakat bey'i mutlak bir müddet-i ile muvakkat ve mukassat olmak üzere örf ve âdet olan yerde ol müddete masruh olur.

Mesela peşin veya veresiye lâkırdısı olmaksızın çarşıdan biri bir şey alsa akçesini peşin vermesi hâzım gelir. Fakat ay veya hafta başında semenin tamamı yahut bir mikdar-ı muayyeni alınmak adet-i belde ise ol adete riayet olunur" hükmünü getirerek satım sözleşmesinin, kural olarak, semenin peşin ödenmesi üzerine kurulacağını belirtmiştir.

Mecelle m.262.'de ise, "Bey'de kabz şart değildir. Ba'del-akd evvela müşterî semeni bâyi'a ve saniyen bâyi', mebi'i müşteriye vermeye borçlu olur" denilerek, önce, malı alanın semeni ödemesi, sonra ise, mal sahibinin malı teslim etmesi yükümlülüğünden söz edilmiştir.

⁵² ÖZYÖRÜK, s.19.

⁵³ Mecelle'nin metni için bkz.Ali Himmet BERKİ, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990, s.248.

⁵⁴ ÇİN / AKGÜNDÜZ, C.II, s.277-278; KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II,s.270-271.

⁵⁵ Vehbe ZUHAYLİ, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, Çev.Ahmet Efe/Beşir Eryarsoy/H.Fehmi Ulus/Abdürrahim Ural/Y.Vehbi Yavuz/Nurettin Yıldız, C.V, İstanbul 1994, s.64; KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.270-271.

Söz konusu maddelerin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuca göre, bu, mülkiyeti nakleden cebri sözleşmelerden biridir ve ortada bir bey' akdi (satım sözleşmesi) söz konusudur⁵⁶. Devletin, emr-i sultanî ile satın aldığı gayrimenkulün karşılığı olan semen, maddede belirtildiği üzere peşin olarak verilecek ve gayrimenkul sahibi semeni elde edinceye kadar malî devlet tarafından elinden alınamayacaktır.

III-Unsurları

Mecelle'nin 1216 ncı maddesi, uzun zamandır çeşitli fetva ve içtihatlarla gerçekleşmiş olan kamulaştırma hükümlerini bir prensip haline getirmekten ibarettir. Bu maddeye göre, kamulaştırmanın, ihtiyaç emri sultanî, gayrimenkul mülk, rayiç kıymet (bedel) ve peşin ödeme olmak üzere beş unsuru vardır.

1-İhtiyaç Olması

Mecelle'ye göre kamulaştırmanın birinci şartı, buna lüzum görülmesi, ihtiyaç hissedilmesi durumudur. Bu, Mecelle'de "ledel-hâce" denilerek belirtilmiştir. Buna göre, "ihtiyaç görüldüğü zaman, lüzum halinde" kamulaştırma yapılabilecektir.

O halde ihtiyaç hissedilmekten ne anlaşılmalıdır ? Maddedeki ifadesiyle, kamuya ait bir yol dar olupda, insarların bundan tam anlamıyla yararlanmasını azalttığı için yolun genişletilmesi gerekiyorsa, kamunun menfaati için söz konusu yolun genişletilmesine dolayısıyla, kamulaştırmaya ihtiyaç var demektir⁵⁷.

Ancak, maddenin genel ifadesinden, Mecelle'nin bu lüzumu, bu ihtiyacı, sadece yolların genişletilmesi hakkında kabul ettiği zannedilmemelidir⁵⁸. Zira İslâm ve Osmanlı hukuku, çeşitli sebeplerle kamulaştırma yapılmasını kabul etmiştir⁵⁹. Söz konusu maddede sadece yoldan bahsedilmesi, ihtirazî değil, vukuîdir⁶⁰. Başka bir ifadeyle, kayıtlayıcı ve sınırlayıcı değil, örnek kabilindedir. Buna göre, cami, yol, su yolu, hastane, park ve meydan gibi kamu yararı bulunan müesseselerin kamulaştırma yapılarak genişletilme yapılması mümkün olabilecektir⁶¹. Hz.Ömer ve diğer halifeler, yol için olduğu gibi, cami ve mescitler için de, kamulaştırma yapmış ve kamulaştırmanın uygulama alanı bu şekilde genişletilmiştir. Hatta, daha önce de belirtildiği gibi⁶², Mescid-i Haram (Kabe Mescidi) dahi, kamulaştırma suretiyle genişletilmiştir⁶³.

Osmanlı Devleti Şeyhülislâmlarından olan Ebussuud efendi tarafından verilen şu fetva konuya bu açıdan bir açıklık getirmektedir:

" Suâl: Bir cami-i şerif, namaz kılan müslümanlara müzayaka üzere olup kendini ve harimini tevsi mühim olmağla cami-î mezbur'a muttasıl Zeyd'in milk yeri olup andan kifayet miktarı yer alınması lazım olacak, talep olundukta Zeyd inad edüp vermeyecek, hüküm-ü şer'î nedir ?

El cevap: Zeyd'in rızasına bakılmaz, cami ve harimine kifayet miktarı yerin kıymeti verilip cebren ve kerhen elinden alınıp cami tevsi olunur"⁶⁴.

56 ZUHAYLİ, C.V, s.64; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.277-278; KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271.

57 Ali HAYDAR, C.III, s.489.

58 Ali HAYDAR, C.III, s.489-490

59 Ömer Nasuhi BILMEN, Hukukî İslâmiyye ve İslahatı Fıkhiyye Kamusu, C.VII, İstanbul 1985, s.181; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.278; KARAMAN, Mukayeseli, s.65.

60 ÖZYÖRÜK, s.57.

61 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271

62 Bkz.yuk.ş 1 (Kamulaştırma Müessesesinin İslâm Hukuku Kaynaklarındaki Yeri).

63 NUMANİ, s.193-194

64 Cami'ül- İcareteyn, Fetvalar, Matbaa-i Amire, İstanbul 1252, s.56.

Söz konusu fetva aynı zamanda Osmanlı Şeyhülislâmlarından Yenişehirli Abdullah Efendi tarafından da teyit edilmiştir⁶⁵.

Yine aynı şekilde, mesela, kamunun ihtiyacı olan bir suyun geçeceği yerin değer pahası (rayiç kıymeti) verilerek sahibinin rızasına bakılmaksızın kamulaştırılabileceğine dair Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin fetvaları vardır⁶⁶.

2-Emr-i Sultanî Bulunması

Mecelle'de "emr-i sultanî" olarak ifade edilen ve sultanın yani devlet başkanının emri anlamına gelen bu kavram, günümüzde, kamu yararı kararının yerini almaktadır⁶⁷.

Bilindiği gibi, İslâm hukukunun uygulandığı bir devlette devlet başkanı, ki buna emirülmü'minin de denir, tebaası üzerinde umumi velâyet anlamına gelen velâyet-i âmmeye sahiptir ve bundan dolayı da, yangınların sirayetini önlemek ve yıkılmak üzere olan yapıların birdenbire çökerek halka zarar vermesine engel olmak için kişilere ait özel gayrimenkullerin yıkılmasına karar vermek hakkı da onundur⁶⁸.

İşte sözünü ettiğimiz durumlardaki gibi, emir-ül mü'minîn, umumi velayet hakkına dayanarak kamulaştırma kararı da verebilir⁶⁹.

Maddedeki emr-i sultanî, ihtirazî kayıt, yani ön koşuldur. Dolayısıyla, bu şart gerçekleşmedikçe, isterse mülkün kıymetinin birkaç misli değer ödensin, kimsenin mülkü elinden alınamaz⁷⁰.

Kamu yararının mevcudiyetini ve derecesini sadece devlet başkanı değil, onun yerine geçen yetkili makamlar takdir edecektir. Bu yetkili makam kamu kuruluşları da olabilir⁷¹. İhtilaf halinde yargı organlarına müracaat edilebilir⁷².

3-Özel Mülkiyete Ait Gayrimenkul Olması

Mülkiyet (milk)⁷³ lügatta, "şeyi ele geçirmek ve onun üzerinde tek başına söz sahibi olma gücü" anlamına gelir⁷⁴. Terim olarak ise mülkiyet, başkasını ondan men'eden ve hukuki bir engel olmadığı taktirde sahibine doğrudan doğruya tasarruf imkanı veren bir aidiyettir⁷⁵. Buradan hareketle de mülkiyet hakkı, hukuki bir engel bulunmadığı

65 Cami'ül- İcareteyn, s.56

66 BİLMEN, s.181; Ali HAYDAR, C.III s.490.

67 ÖZYÖRÜK, s.57.

68 Ali HAYDAR, C.I, s.83

69 Ali HAYDAR, C.I, s.83

70 Atıf BEY, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden, Kitab'üş-Şirket Şerhi, İstanbul 1328, s.108; Ali HAYDAR, C.III, s.490; Reşid PAŞA, s.164-165

71 MÜTEVELLİ, s.323 (Armağan, s.176'dan naklen).

72 ARMAĞAN, s.176

73 Fıkıh kitaplarında hemen hemen hiç görülmeyen fakat günümüz İslâm hukukçularınca kullanılan "mülkiyet" kelimesi, "milk" mastarından yapılmış bir isimdir ve tamamen "milk" anlamında kullanılmaktadır. Mülkiyet, fıkıh kitaplarında "milk" olarak ifade edildiğine ve Arapça kullanma şekline bakarak kelimeyi "mülkiyet" şeklinde kullanmak gerekir ise de, dilimizde "mülkiyet" şeklinde yerleşmiştir. Bkz. Fahri DEMİR, İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1988, s.99-100. Mülk ise terim olarak, saltanat, insanlar üzerinde hakimiyet anlamına gelmektedir. Bkz. KARAMAN, Mukayeseli, s.28.

74 KARAMAN, Mukayeseli, s.28.

75 ZUHAYLİ, s.49; Mecelle 125. maddesinde mülkü, insanın malik olduğu şeydir; gerek a'yan olsun ve gerek menafi olsun şeklinde tanımlanmıştır.

sürece⁷⁶ kişiye bir şey üzerinde tasarruf yetkisi veren ve başkalarının tasarrufunu engelleyen bir hakimiyet hakkıdır biçiminde tanımlanabilir⁷⁷.

Kamulaştırmanın söz konusu olabilmesi için, ortada, özel mülkiyete ait bir gayrimenkulün bulunması gerekmektedir. İslâm hukukuna ve bu arada Mecelle'nin 129. maddesine göre gayrimenkul, "akar denilen ev ve arazi gibi başka yere taşınması mümkün olmayan şeydir"⁷⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bina ve arsa gibi gayrimenkullerin bulunduğu yerler, kamu yararının gerektirdiği hallerde devletçe (emr-i sultanî ile) kamulaştırılabilecektir.

4-Rayiç Kıymetinin Takdir Edilmesi

Kıymet, değer paha anlamına gelir. Bu maddede, gayrimenkulün kıymetinin nasıl tesbit ettirileceğine dair bir açıklık yoktur. Ancak Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde çıkarılan kanun, kararname ve nizamnamelerde, herkese ait bütün kıymet takdirlerinde muhammin (ekspert)ler kullanıldığı belirtilmektedir⁷⁹.

Kamulaştırılacak gayrimenkulün rayiç kıymeti, başka bir ifadeyle kıymet-i lâıykası, Osmanlı Devleti'nce 4 Recep 1272 tarihinde çıkarılan nizamnamede, "...mahal ve mevkiye kıymet-i lâıykası ne ise erbâb-ı vukûftan ve bigaraz kimselerden tahkiki ile... bir mazbata yapıp cümlesi tarafından ve haber verenler canibinden temhir ve imza olunarak... ebniye meclisinde dahi zeyl ile tasdik olunup ba'dehu Ticaret Nezareti tarafından bâ taktır, Bâb-ı Âli'ye takdim ile bâlâsına buyruldu ve sahh-ı âlf tasdir ve keşide olundukda iktizası icra, yani pahası ita ile iskat-ı mülkiyeti suret-i ifa kılınacaktır" denilerek açıklanmıştır. Buna göre, rayiç bedelini belirleyecek olanlar, tarafsız bilirkişilerdir⁸⁰.

Bu şekilde tespit edilen kıymete razı olmayan gayrimenkul sahipleri, İstimlak nizamnamesi ve Ebniye Kanunundaki hükme göre, idare meclisinin üstündeki kurullar ile Şûra-yı Devlete müracaatla itiraz ettikleri halde, mecalis-i idare (idare meclisleri) ve Şûra-yı Devletçe veya olağanüstü olarak da Meclisi Vükelaca (Bakanlar Kurulunca) itirazları, tahkik ve tetkik olunur⁸¹.

5-Peşin Ödeme Yapılması

Mecelle'nin 126. maddesinin ikinci fıkrası, "fakat tediye-i semen olunmadıkça mülkü yed'inden alınamaz" hükmünü getirerek özel mülkiyete ait bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının, ancak kıymetinin peşin ödenmesi suretiyle elinden alınabileceğini belirtmiştir. Başka bir ifade ile, özel mülkiyete ait bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının kaldırılması, ancak peşin ödeme ile mümkündür. Meğer ki sahibi, bedelini sonradan almak üzere rızası ile devretmiş bulunsun⁸².

76 Hukuki engelden maksat, malikin ehliyetsiz veya mahcur olması gibi hallerdir. Bu engeller mülkiyet hakkının özünü zedelemeye sadece tasarrufa mani olur. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ C.II, s.269.

77 Richard A DEBS/Farhat J. ZIADEH/Konrad DILGER, İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı, Çev.Halit Ünal, Kayseri 1994, s.107-108; CİN/AKGÜNDÜZ C.II, s.269.

78 İslâm Hukukçuları akar kelimesini aşında arazi anlamında kullanmış, boş veya üzerinde bina bulunan toprağa arazi demişlerdir. Hanefi hukukçular, arazi üzerindeki bina ve ağaçlara iki yönden bakmışlar, tek başına olunca bunları menkul, arazi ile beraber düşünülünce ona tabi olarak gayrimenkul saymışlardır. Maliki hukukçular ise, bu konuda farklı düşünmüş, bina ve ağaç gibi şeyleri de taşınmaz mal saymışlardır. Çünkü bunların önemli vasıfları bozulmadan, meselâ ağaç odun haline, bina da enkaz halini almadan taşınmaları mümkün değildir. Bunları vasıflarını bozmadan korumak arazi üzerinde kalmalarına bağlıdır; bu devamlı kalma zarureti de onları taşınmaz mal saymamızı gerekli kılmaktadır. Bkz.CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.269; KARAMAN, Mukayeseli, s.18-19; Ali HAYDAR, C.I, s.129.

79 ÖZYÖRÜK, s.57; Reşid PAŞA, s.164.

80 Reşid PAŞA, s.164.

81 Reşid PAŞA, s.164.

82 Atif BEY, s.108.

SONUÇ

"İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi" adını verdiğimiz çalışmanın sonuna gelmiş bulunuyoruz. Görüldüğü üzere, kamulaştırma müessesesi İslâm ve Osmanlı hukukunda da günümüz hukukunda olduğu gibi düzenlenmiş bulunmaktadır.

İslâm hukuku ve bunun uygulaması olan Osmanlı hukuku, özel mülkiyete çok büyük önem vermiş ve ona adeta bir dokunulmazlık kazandırmıştır. Ancak bu dokunulmazlık, kamu menfaatlerinin gerektirdiği hallerde, devlet başkanının veya yetkili diğer devlet organlarının vereceği bir kararla kaldırılabilir. Başka bir ifadeyle, kamu yararı kararının bulunması halinde, özel mülke ait bir gayrimenkul, kıymeti ile satın alınıp kamu mülkü haline getirilebilir. Gayrimenkulun sahibinden mülkünün alınıp kamu mülkü haline getirilmesi için, mülkün kıymetinin sahibine teslim edilmesi şartı aranmaktadır. Böyle bir durumda bu müessese, cebri satım sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir.

Kamulaştırma müessesesi, İslâm ve Osmanlı hukukunda mevcut olan bir müessese olmasına rağmen, yapılan işlemin cebri satım sözleşmesi olarak değerlendirilmesinden dolayı, "istimlak ve kamulaştırma" olarak isimlendirilmemiştir. Bu müessesenin "istimlak" olarak nitelendirilmesi, ancak Tanzimattan sonra çıkarılan nizamname ve kararnamelerle mümkün olmuştur. Genel itibariyle İslâm ve Osmanlı hukukuna aykırılık teşkil etmeden hazırlanan bu düzenlemelerden en önemli ikisi, 1272/1855 tarihli nizamname ile 1295/1878 tarihli Menafi-i Umumiye için İstimlak Kararnamesidir.

Bu müessese, kamulaştırmayla ilgili olarak çıkarılan mevzuat yürürlüğe girmezden evvel, bir takım genel fıkıh kurallarına dayanmaktaydı. Bu kurallara, İslâm ve Osmanlı Medeni Kanunu olarak kabul edilen Mecelle'nin kavâid-i fıkhiye kısmında yer verilmiştir. Mevzuat açısından Mecelle'i Ahkam-ı Adliyye'nin, diğerlerine nazaran ayrı bir yeri vardır. Çünkü Mecelle, o zamana kadar yürürlükte bulunan İslâm hukuk kurallarını bir kod halinde tedvin etmiş iken, diğer mevzuat, batı hukukundan istifade edilerek hazırlanmış fakat şer'i hükümlere de ters düşmeyecek şekilde düzenlenmiştir. İstimlak edilecek malların rayiç bedelinin peşin ödenmesini düzenleyen hükmü bunun en önemli göstergesidir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKGÜNDÜZ, Ahmet :Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986
- ALDIKAÇTI, Orhan :Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.B, İstanbul 1982
- Ali HAYDAR, Hoca Ermin Efendizade :Dürrer'ül Hükâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C.I,III, İstanbul 1330.
- ANSAY, Sabri Şakir :Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2.B.,Ankara 1953
- ARMAĞAN, Servet :İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987
- Atıf BEY :Mecelle'i Ahkâm-ı Adliyyeden, Kitab'üş-Şirket Şerhi, İstanbul 1328.
- AYDIN, M.Akif :Meceile'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX'dan ayrı basım, İstanbul 1989.
- BAKTIR, Mustafa :İslâm Hukukunda Zaruret Hali, Ankara ty.
- BELGESAY, Mustafa Reşit :Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İHFD, C.XII, S.2/3.
- BERKİ, Ali Himmet :Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi :Hukuki İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, C.VII, İstanbul 1985.
- Cami'ül -İcareteyn :Fetvalar, Matbaa-i Amire, İstanbul 1252.
- CANAN, İbrahim :Kütüb-i Sitte Muhtasarı, Tercüme ve Şerhi, C.10, 15, Ankara 1992.
- CİN, Halil :Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992.
- CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmet :Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C.I-II,İstanbul 1990
- DEBS, Richard A./ZİADEH, Farhat J./ DİLGER, Konrad :İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı, Çev.Halit Ünal, Kayseri 1994.
- DEMİR, Fahri :İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1988.
- DÖNMEZER, Sulhi :İstimlak Hukuku, İÜHFD, C.VII, S.1.
- ERGİN, Osman NURİ :İslâm'da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlak Meselesi, Adalet Dergisi, Yıl 40, S.12, 1949.
- ERGÜNEY, Hilmi :İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri, İstanbul 1965.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref :Yönetim Hukuku, 2.B., Ankara 1987.

- GÜR, A.Refik :Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, 2. Basım, İstanbul 1977.
- İBRAHİM, M.Üneys :El-Kuyud Elleti Teridu Ale'l-Mülkiyye, Kahire 1971.
- KARAMAN, Hayreddin :Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C.I-II, İstanbul 1987 (Ana Hatlarıyla)
- KARAMAN, Hayreddin :Mukayeseli İslâm Hukuku, C.III, İstanbul 1991.
- EI-KETTANİ, Muhammed Abdülhay :Et-Terâtibü'l-İdâriyye, Hz.Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C.II, Çev.Ahmet Özel, İstanbul 1991.
- KÛBALI, Hüseyin Nail :Kanun-ı Esasi, İslâm Ansiplopedisi, C.VI, İstanbul 1993.
- MARDİN, Ebül'ulâ :Mecelle Maddesi, İslâm Ansiplopedisi, C.VII, İstanbul 1993.
- MARDİN, Ebül'ulâ :Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet PAŞA, İstanbul 1946(Medeni Hukuk Cephesinden)
- MÛTEVELLİ, Abdulhamit :Mebadiu Nizami'l-Hukm fi'l-İslâm, Kahire 1966.
- NUMANİ, Şibli :Bütün Yönleriyle Hz.Ömer ve Devlet İdaresi, Çev.Talip Yaşar Alp, 4.B., C.II., İstanbul 1986.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil :Kamulaştırma Hukuku, Nazari, Ameli ve Mukayeseli Etüd, Ankara 1948.
- PAŞA, Hacı Reşid :Ruhu'l Mecelle, C.VI, Kitabü'ş-Şirket Şerhi, İstanbul 1328.
- Sava PAŞA :İslâm Hukuk Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, C.I, Çev.Baha Arıkan, Ankara 1955.
- Türk Hukuk Lügatı :3.B., Ankara, s.171.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet :Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, C.I., İstanbul 1940.
- ZEYDAN, Abdülkerim :İslâm Hukukuna Giriş, Çev.Ali Şafak, İstanbul 1985.
- ZUHAYLİ, Vehbe :İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, Çev.Ahmet Efe / Beşir Eryarsoy/H.Fehmi Ulus/Abdürrahim Ural/Y.Vehbi Yavuz/Nurettin Yıldız, C.V, İstanbul 1994.



SOSYALİZM SONRASI DÖNEMDE MACARİSTAN CUMHURİYETİNİN SİYASAL, ANAYASAL VE İDARİ YAPISI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Mustafa YILMAZ*

GİRİŞ

Demokrasiye ve istikrarlı bir anayasaya barışçı bir geçişin esas temeli, bütün toplumsal ve siyasal güçlerin birlikte hareket etmesidir. Post-sosyalist dönemde Doğu Avrupa ülkelerinde de böyle bir geçiş süreci yaşanmaktadır.

Macaristan Cumhuriyeti'nde de özellikle 1989'dan sonra anayasal ve siyasal değişim sonucu köklü değişiklikler olmuştur. 1989'da Macar Anayasası büyük çapta değiştirilmiş, çok partili sistemi gerçekleştirecek, parlamenter demokrasiyi getirecek, sosyal pazar ekonomisini benimseyecek anayasal devlete bir anayasa hazırlanmıştır. Siyasal partiler serbestçe kurulup faaliyet gösterebilecek ve serbest seçimler yapılabilecektir.

Nitekim 1990 ve 1994 yıllarında yapılan serbest seçimlerde, çoğulcu parlamenter sistemin gereklerine uygun bir şekilde tablolar çıkararak koalisyon hükümetleri kurulmuştur.

Demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin hemen hepsi Macar Anayasasında ve hukuk düzeninde yer almış ve gerekleri yapılmaya devam edilmektedir.

Biz de bu çalışmamızda özellikle sosyalist sonrası dönemde Macaristanın anayasal, siyasal ve idari yapısını inceleyeceğiz. Önce Macaristan Cumhuriyeti'nin sosyalist dönem öncesi ve sosyalist dönemdeki siyasal ve anayasal hareketlerini kısaca ele alıp esas konumuz olan sosyalist sonrası dönemde Macaristan Cumhuriyeti'nin demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları durumunu irdelleyeceğiz.

Ancak bu konuda yazılmış ciddi manada Türkçe herhangi bir eser ya da makale olmadığından yaptığımız araştırma Macaristan Büyükelçiliğinden elde edilen İngilizce kaynakların tercümesi ile bu inceleme ortaya çıkmıştır.

I- GENEL BİLGİLER

Macaristan; Avrupanın orta kesiminde, Çekoslavakya, Rusya, Avusturya ve Yugoslavya ile çevrili bir ülkedir. Başkenti Budapeşte olup ülke nüfusu 1994 verilerine göre 10,5 milyon civarındadır. Nüfusunun büyük çoğunluğunu oluşturan Macarlardan başka, 200-220 bin Alman (toplam nüfusun %2,3), 100-110 bin Slovak (%1), 80-100 bin Güney Slavları (%0,9), 500-700 bin Çingene (%5-7) etnik azınlıkları oluşturmaktadır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında bazı Macar topraklarının komşu devletlere bırakılması nedeniyle ülke dışında yaşayan Macarların sayısı 3 milyonu bulmaktadır. 1980 verilerine göre toplam nüfusun %83'ü Hristiyandır. Katoliklerin oranı 2/3'ü geçer. Ayrıca çok küçük azınlıklar olan Yahudiler bulunmaktadır.

Macaristandaki kentlerin çoğunun nüfusu 40 binin altındadır. Geniş bir hinterlandla çevrili kentler birkaç il merkeziyle sınırlıdır. En büyük kentleri Budapeşte (2 milyon), Debrecen (218 bin), Miskolc (190 bin), Szeged'dir (180 bin).

Macaristan, eski bir devlet geleneğine sahip olup kökleri 5. yy'a kadar dayanmaktadır ve Macar Krallığı olarak ortaya çıkmıştır. Osmanlı Devleti ile sık sık karşılaşmışlar ve uzun müddet Osmanlıların hakimiyeti altında yaşamışlardır. XIX. yy sonu ile XX. yy'ın başında Avusturya ile birlik yaparak Avusturya-Macaristan İmparatorluğunu kurmuşlardır. Birinci Dünya Savaşında Osmanlı Devleti ve Almanya ile İttifak Devletlerini oluşturarak savaşa girmişler ve yenilgiden sonra 1920'de

* Arş.Gör.Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Anabilim Dalı

Avusturya'dan ayrılarak kendi cumhuriyetlerini kurmuşlardır.

İkinci Dünya Savaşı'nın başlangıcında savaşın dışında kalmaya çalışan Macaristan, SSCB'nin Besarabya'yı işgalinden sonra Üçlü Pakt'a katılmıştır. Kaybedilen savaş sonrasında savaş tazminatı ödenmesi ve Macar Silahlı kuvvetlerinin sınırlandırılmasını öngören andlaşmanın uygulanmasını denetleme görevi, Sovyet işgal kuvvetlerine verilmiştir.

Savaş sonrası geniş tabanlı bir koalisyon hükümeti kurulmuş ve hükümet programında büyük mülklerin kamulaştırılması, bankaların ve ağır sanayi kuruluşlarının devletleştirilmesi öngörülmekle beraber, demokratik hak ve özgürlüklerle özel mülkiyet konusunda güvenceler getirilmiştir. Macaristan Sosyalist İşçi Partisi, 1949 seçimlerinden kesin bir üstünlükle çıkarak yeni anayasayı yürürlüğe koymuş ve sosyalist yönetime geçilmiştir.

Sovyet Birliklerinin Macaristandan çekildiği sırada, Macaristan Varşova Paktı'ndan ayrılacağını açıklayarak Birleşmiş Milletler aracılığıyla büyük devletlerin korumasını istemiş, bunun üzerine Sovyet Birlikleri Budapeşte'yi işgal etmiştir. "Kadar Yönetimi" iş başına getirilmiş ve bu yönetim dış politikada Moskova çizgisine bağlı kalmıştır. Ancak içeride esnek politikalar izleyerek özgürlük ortamı sağlanmış, ekonomide SSCB'de uygulanan liberalleşmeden daha ileri giderek piyasa ve özel mülkiyet alanını genişletmişlerdir. Sovyet etkisinin zayıflamasına bağlı olarak siyasal sistemde bir dönüşüm sürecine gidilmiş, yönetim kademelerinde önemli değişikliklerin yanı sıra çok partililik ve serbest seçimler gibi kapsamlı siyasal reformlar benimsenmiştir. Şu anda Macaristan, Avrupa Konseyi'ne girmiş, NATO ve Avrupa Birliği'ne giriş süreci yaşamaktadır.

Macaristan tarihindeki ilk yazılı anayasa, 1949'da çıkan 20. Yasa ile yürürlüğe konulmuş anayasadır ve bu anayasa, Macaristan yasal sisteminin temelidir. 1949 Anayasası, 1936 Sovyet Anayasasından (Stalin Anayasası olarak bilinir) büyük ölçüde etkilenmiştir. 1949 Anayasası bütün anayasal normları ihtiva eden kapalı bir sistemdi ve bu anayasanın en belirleyici özelliği, normlarının büyük ölçüde genelliğe sahip olması ve soyutluğu idi. Zaten Sosyalist anayasaların belirgin özelliği, medeni hakları, vatandaşlık hakları adı altında, belirsizliğe varacak kadar soyut düzenlemeleridir¹.

1949 Anayasası birçok değişiklikler geçirmiş, 1972 yılında yapılmış olan değişikliğe göre daha önceden "insan hakları" olarak tanımlanmayan haklar, anayasaya "insanların menfaati için teminat altına alınmış medeni hak ve özgürlükler" adı altında düzenlenmiştir. Çünkü 1949 Anayasası'nda "sosyalizm ve insan menfaati için" ibaresi bulunmaktaydı².

1988'de başlayan köklü politik değişim neticesinde temelde yeni bir anayasanın hazırlanmasının zorunlu bir gereksinim haline geldiği görülmüş, yeni anayasa, serbest seçimle belirlenen bir parlamento tarafından kanunlaştırılıncaya kadar eskisi köklü bir değişikliğe tabi tutulmuştur.

II- SOSYALİZM SONRASI DÖNEMDE MACARİSTAN CUMHURİYETİNİN SİYASAL, ANAYASAL VE İDARİ YAPISI

Tek partili sistem, 1989 yılına kadar devam etmiş, Macaristan Sosyalist İşçi Partisi Ekim 1989'da son kongresinde kendini feshettiğini ilan ederek sosyal demokrat eğilimli bir parti olan Macaristan Sosyalist Partisi adıyla tekrar kurulmuştur. Delegeler, yeni partiyi feshettikleri MSİP'nin "hukuksal ve gerçek ardılı" olarak tanımlamışlar ancak, "sayısal ardılı" olarak görmemişlerdir. 1989 Temmuzunda 740.000 üyesi bulunan

¹ Macaristan Anayasa Mahkemesi Raporu, Anayasal Normların Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev: Arıl Cansel, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.4, s.311-316.

² Cansel, age, s.312.

partide Ekim ayında 50.000 üye kalmıştır³.

Geleneksel partiler yeniden organize olmuşlar, şimdiki çok partili sistem 1988-1990 geçiş döneminde şekillenmiştir. Ekim 1989'da Ulusal Meclis, 1990 parlamento seçimleri için bir çerçeve ortaya koyan Siyasal Partiler Kanununu kabul etmiştir ve Macaristan'ın bir cumhuriyet olduğu ilan edilerek "halk" kelimesi resmi isminden silinmiştir.

1990 Seçimlerinde toplam 65 parti, seçimlere girmek için kurulmuşken, yalnızca 12 parti, düzenlenen ve ileri sürülen şartları taşıdığından seçimlere katılabilmiş ve yapılan seçim neticesinde, milliyetçi muhafazakar çizgideki Macaristan Demokratik Forumu, 386 sandalyeli Ulusal Mecliste 165 sandalye elde ederek %42,75 çoğunlukla en büyük parti olmuştur. Macaristan Sosyalist Partisi, 33 sandalye ile 4. olabilmıştır. Macaristan Demokratik Forumu, Hıristiyan Demokrat Partisi ve Bağımsız Küçük Çiftçiler Partisi ile koalisyon hükümeti kurarak temmuz 1994'e kadar devam etmiştir.

1994 baharında Macaristan'da ikinci serbest seçimler, anayasal teminat altında yapılmış ve iki türlü seçimlerde 6 parti parlamentoya girmiştir. Ancak oy oranlarında büyük değişiklikler olmuş, Macaristan Sosyalist Partisi, Parlamento'da 209 milletvekili elde ederek % 54 oy oranıyla en büyük parti olmuştur. Macaristan Demokratik Forumu ise 38 milletvekili ile 3. Parti olabilmıştır. Mayıs seçimlerinden sonra MSP, ikinci parti olan Özgür Demokratlar Birliği (oy oranı %17,8, sandalye sayısı 69) ile koalisyon hükümeti kurmuş ve bu hükümet, temmuz 1994'te göreve başlamış ve halen de bu görevi sürdürmektedir.

Değiştirilen anayasa, 23 ekim 1989 tarihinde "çok partili sistemi gerçekleştirecek, parlamenter demokrosiyi getirecek, sosyal pazar ekonomisini benimseyecek anayasal devlete, barışçı siyasal geçişi sağlamak amacıyla" başlangıç kısmıyla XXXII sayılı Anayasa Kanunu ile yürürlüğe girmiştir. Değiştirilen anayasa, Macaristan'ı bir cumhuriyet ve bağımsız, demokratik anayasal bir devlet olarak tanımlamıştır. Macaristan'ın bir cumhuriyet olduğu tekrar edilip "halk" kelimesi resmi isminden silinmiştir.

Anayasanın XII. Bölümünde, sağlanan temel hak ve özgürlüklerle bir çok çağdaş batı anayasalarında bulunan temel hak ve özgürlükler yer almıştır. Ancak yeni düzenleniş biçimiyle, temel hakların ana karakteristikleri açısından vurgulanması gereken bir kavramsal değişiklik vardır, o da daha önceki anayasa metni yalnızca "vatandaşlık hakları" kategorisini kabul ederken, yenisi dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilmesi mümkün olmayan "insan hakları" fikrinden bahsetmektedir. Bu insan hakları, vatandaşlık ile sınırlandırılmamış olup bütün insanlar için geçerlidir. "Vazgeçilmez haklar"a yapılan atıf, kuşkusuz ki 40 yıldan beri inkar edilen bir doğal hukuk prensibinin yeniden canlanışını göstermektedir⁴.

Ayrıca lex superior (üstün kanun) prensibine göre kurulan normlar hiyerarşisi anayasaya dercedilmemiştir. Ancak yasama düzenini gösteren 1987 tarihli XI sayılı kanunda gösterilmiştir. Lex posterior (sonra gelen kural önceki kuralı iptal eder) prensibi, yürürlükteki anayasa normları ile eski anayasa metni arasında bir çatışma getirmemektedir. Diğer ülkelerin anayasa uygulamalarından farklı olarak, Macar Esas (Kardinal) kanunlarının -ki bu kanunlar 1949'dan önce devletin temel kurumlarını ve tarihi anayasanın temel prensiplerini düzenleyen esas kanunlardır- kanunlaştırılması herhangi bir usul sorunu yaratılarak engellenmemiş, diğer hukuk kuralları gibi benzer yasal işlemlerden geçmiştir⁵.

³ Engin, Aydın; "Komünist Partiler ve Zümrüdüanka", Cumhuriyet, 14.3.1996.

⁴ Cansel, age, s. 312.

⁵ Cansel, age, s. 312.

A- Demokrasinin Temel İlkeleri Açısından Macaristan Cumhuriyeti

1- Siyasal Çoğulculuk

Macaristan Cumhuriyeti'nde 1956'dan önce de birden fazla siyasal parti iktidarı meşru şekilde ele geçirmek için seçimlerde mücadele vermişlerdir. 1956-1988 arası tek parti egemenliğinden sonra 1988'de birçok siyasal parti kurulmuş, 1990 ve 1994 seçimlerinde 6 siyasal parti Ulusal Meclise girmişlerdir.

1989 Anayasasının başlangıcında çok partili sistemi ve parlamenter demokrasiyi gerçekleştirecek anayasal bir devlete geçilmesi öngörülmüştür. Yine anayasada Macaristan Cumhuriyeti'nin bağımsız ve demokratik bir anayasal bir devlet olduğu vurgulanmıştır.

2- Egemenliğin Kullanılması

Macaristan Cumhuriyeti'nde "halkın egemenliği" ilkesi geçerlidir. Tüm güç halka ait olup halk, direkt veya temsilciler vasıtasıyla egemenliğini kullanır (Any.m. 2/2). Macaristan Devletinde Meclis, halk egemenliğinden kaynaklanan hakların kullanılmasını sağlar⁶.

3- Güçler Ayrılığı

Güçler ayrılığı ilkesi, Macaristan Anayasa'sında açıkça yer almamakla birlikte anayasanın düzenleniş biçiminden ve organların oluşturulmasından bu ilkeye uygun şekilde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Zaten parlamenter sistem, güçler ayrılığı ilkesine dayanır. Yasama ve yürütme ayrı güçlere verilmekle birlikte aralarında sıkı bir işbirliği vardır, birbirlerini karşılıklı etkileme imkanına sahiptirler. Macaristan Cumhuriyeti'nde de yasamayı Parlamento, yürütmeyi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu, yargıyı Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, Başkent Mahkemesi ve mahkemeler oluşturur.

4- Parlamenter Sistem

Macaristan 1989 Anayasası'nın başlangıcında, "parlamenter demokrasiyi getirecek" anayasal devlete geçiş gerçekleştirilmesinden söz edilmektedir. Bütün parlamenter sistemlerde olduğu gibi Macaristan'da da yürütme iki başlıdır. Yürütmenin sorumsuz kanadını cumhurbaşkanı, sorumlu kanadını ise başbakan ve bakanlar kurulu oluşturur. Macaristan Cumhuriyeti'nde parlamenter sistem, tek meclisli olarak çalışmaktadır.

a- Cumhurbaşkanı

Macaristan Cumhurbaşkanı devletin başıdır, ülkenin birliğini sembolize eder ve demokratik devlet düzenini korur. Silahlı kuvvetlerin başkomutanıdır ve özellikle olağanüstü durumlarda önemli rol oynar. Parlamento tarafından seçilen Cumhurbaşkanının kanunları ilan etmek, uluslararası anlaşmaları imzalamak gibi yetkilerinin yanı sıra parlamentoyu feshetme ve kanunları imzalamayı veto etme yetkisi de vardır. Büyükelçi ve elçilere görev verir ve kabul eder. İdari gücün en üst makamlarının hemen hepsi (bakanlar, devlet sekreteryalari, generaller) Cumhurbaşkanının gücü içindedir. Ancak burada belirtilmesi gereken çok önemli bir nokta vardır, devletin üst yönetiminde yapılan atamaların tamamına yakınında "Cumhurbaşkanının önermesiyle Parlamento tarafından atanması" söz konusudur. Parlamento en yüksek güçtür.

Yargı üzerindeki yetkisi, hakimlerin atanması ve bireysel davalarda af gücünü

⁶ Bilindiği gibi ülkemiz anayasal sistemi "ulus egemenliği" ilkesine dayanmakta ve egemenlik ulusun temsilcileri vasıtasıyla kullanılmaktadır. (Gözübüyük, şeref; Anayasa Hukuku, Ankara-1995, s. 56-57).

kullanması şeklinde kendini gösterir. Anayasa Mahkemesinin işleyişinde de inisiyatif sahibidir, işlemleri başlatabilir.

Cumhurbaşkanı görevi sırasında anayasa ve kanunlara açıkça aykırı bir şekilde davranırsa görevinden uzaklaştırılabilir ve Anayasa Mahkemesi'nce yargılanır.

Kısacası, yürütmenin sorumsuz kanadını teşkil eden Cumhurbaşkanı uzlaştırıcı ve uyarıcıdır. Cumhurbaşkanı hükmeder, ancak hükümet etmez.

Macaristan Cumhurbaşkanlığının şu anki statüsü, bizim 1961 Anayasası bünyesinde oluşturulan Cumhurbaşkanlığı makamına benzemekte ve hatta ondan daha az yetkiye sahip bulunmaktadır. Çünkü bazı önemli atamaları dahi kendisi yapamamakta, ancak önerdiği adaylar Parlamento tarafından atanmaktadır.

b- Başbakan ve Bakanlar Kurulu

Yürütmenin ikinci kanadını, yani hükümeti Bakanlar Kurulu ve Başbakan oluşturur. Macar Parlamenterizminin özelliklerinden birisi de anayasaya göre, Başbakanın yürütme gücünün uygulanmasında etkin bir rol oynamasıdır. Başbakan, hükümetin yetki alanının merkezi olup tüm görevlendirilmiş bakanların temsilcisi ve vekilidir. Parlamantonun çoğunluğu prensibi sözkonusudur ve Başbakan, milletvekillerinin basit çoğunluk oyuyla seçilir.

Bakanlar, Başbakanın önerisiyle Cumhurbaşkanı tarafından göreve atanır veya görevinden alınır. Hükümet ayrıca parlamantonun güvenini almak zorundadır. Güvensizlik oyu hareketi, Başbakana karşı oluşturulabilir, ancak bakanlara karşı oluşturulamaz.

Hükümet, Parlamento'ya karşı sorumlu olup düzenli olarak faaliyetlerinin hesabını vermekle yükümlüdür. Hükümet üyeleri, görevlerinde hükümete ve parlamento'ya karşı sorumlu olup her ikisine birden faaliyetleri ile ilgili rapor verirler.

Parlamento, hükümeti çeşitli yollarla denetlerken (örn. güvenoyu yoklaması) Cumhurbaşkanı da, acil durumlarda ve silahlı çatışmaların yayılması halinde Parlamantonun faaliyetlerini kriz sürecince feshedebilir. Ancak Parlamantonun feshinden önce, Cumhurbaşkanı, Başbakana, Meclis Başkanına ve parlamentoda temsil edilen siyasi parti liderlerine danışmak zorundadır.

5- Seçim

Bütün çoğulcu demokrasilerde olduğu gibi, Macaristan Cumhuriyeti'nde, halk adına hareket edecek olan temsilcilerin seçim yolu ile belirlenmesi esastır. Bu da genel ve eşit oy ilkesinin gerçekleştirilmesi ve gizli oylama ile mümkündür (Any. m.71/1).

İkametgahları Macaristan olan tüm reşit vatandaşların hepsi, parlamento ve yerel yönetim seçimlerine girme ve eğer seçim günü ülkede iseler oy kullanma hakkına sahiptirler. 1990 seçimlerinde Macaristanda hem çoğunlukçu hem de oranlı karma seçim sistemi uygulanmıştır.

6- Siyasal Partiler

Macaristan'da şu anda 8 siyasal parti parlamentoda temsil edilmektedir. Ayrıca parlamentoda temsil edilmeyen çok sayıda siyasal parti bulunmaktadır. Macaristan Cumhuriyeti'nde en önemli sorun, modern anlamda siyasal partilerin kurulup yaşatılmasıdır.

Macaristan Cumhuriyeti'nde siyasal partiler, özgürce kurulabilirler ve anayasa ve hukuk kurallarına saygı göstererek bu özgürlük içinde hareket edebilirler. Partiler halkın isteklerini ifade etme ve açıklamalarını sağlarlar. Kamu gücünü doğrudan kullanamazlar. Hiçbir parti, hiçbir devlet organını kontrol veya idare edemez (Any. m.3).

7- Kanun Önünde Eşitlik

Macaristan Cumhuriyeti'nde herkes, kanun önünde eşittir (Any. m.54/1). Yine Macaristan Cumhuriyeti, ırkına, rengine cinsiyetine, diline, dinine, siyasi ve diğer görüşlerine, milli ve sosyal kimliğine, mal varlığına, doğumuna ve diğer hiç bir faktöre bakmaksızın topraklarında yaşayan herkes için medeni ve insani hakları garanti altına almıştır. İnsanlar hakkında herhangi bir şekilde ayırım yapmak, kanunlar dahilinde yasaktır. Macaristan Cumhuriyeti fırsat eşitsizliklerini ortadan kaldırıcı tedbirler alır ve kanun önünde eşitliği gerçekleştirir (Any. m. 70/A). Yine, medeni, siyasal, ekonomik ve sosyal haklar alanında kadın-erkek eşitliğini garanti altına alır (Any. m. 66/1).

B- Hukuk Devleti İlkeleri Açısından Macaristan Cumhuriyeti

1- Temel Hak ve Özgürlükler

a- Düzenlenmesi ve Korunması

Hukuk devleti olmanın ilk gereği, temel hak ve özgürlüklerin yani insan haklarının güvence altına alınmış olmasıdır. Gerçi, Macaristan Cumhuriyeti, Anayasasının başlangıcında kendini hukuk devleti olarak tanımlamamış, “anayasal devlet” olarak tanımlamıştır. Ancak, burada sözü geçen “anayasal devlet” deyiminin hukuk devleti yerine kullanıldığını söyleyebiliriz. Çünkü, hukuk devleti ile ilgili tüm hususlara yer vermiştir.

Temel hak ve özgürlükler anayasada çok dağınık bir biçimde düzenlenmiş, bazı temel hak ve özgürlükler çeşitli maddelerde tekrar edilmiştir. Anayasanın “genel hükümler” bölümünde bir kaç temel hak ve hürriyetten bahsedildikten sonra XII. bölümde “temel haklar ve vatandaşların görevleri” başlığı altında düzenlenmiştir.

Macaristan Cumhuriyeti insanların dokunulmaz ve devredilemez haklarını tanır. Bu haklara saygının sağlanması ve korunması devletin birincil görevidir ve borcudur (Any. m. 8/1). Macaristan Cumhuriyeti ırkına, rengine, cinsiyetine, diline, dinine, siyasi ve diğer görüşlerine, milli ve sosyal kimliğine, mal varlığına, doğumuna ve diğer hiçbir faktöre bakmaksızın topraklarında yaşayan herkes için medeni ve insan haklarını garanti altına almıştır (Any. m. 70/A-1). Macaristan Cumhuriyetinde hukuk, temel hak ve ödev kurallarını kapsar. Temel hakların asıl içerik ve anlamlarına sınırlandırmalar konulmamalıdır (Any. m. 8/2).

Genel hükümlerde “miras hakkı” tanınmıştır (Any. m. 14). “Mülkiyet hakkı” garanti altına alınmıştır (Any. m. 13/1). Evlilik, aile (Any. m. 15), gençlerin eğitimi ve korunması (Any. m. 16), sağlıklı çevre hakkı (Any. m. 18), ticari birliklerin ve kooperatiflerin korunması (Any. m. 12) gibi temel hak ve özgürlükler yer almıştır.

XII. bölümde ise şu temel hak ve özgürlüklere yer verilmiştir: Kişinin yaşama, onurlu hayat sürme hakkı ve dokunulmazlığı (Any. m. 54), kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı (Any. m. 55), kişinin var olmakla ilgili hakları (Any. m. 56), kanun önünde eşit muamele görme hakkı, hak arama hürriyeti ve savunma hakkı (adil yargılanma hakkı) (Any. m. 57), seyahat ve yerleşme özgürlüğü (Any. m. 58/1), özel hayatın, eşyaların, konutların korunması ve dokunulmazlığı (Any. m. 59), düşünce, vicdan ve din hürriyeti (Any. m. 60), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, basın hürriyeti (Any. m. 61), toplanma hürriyeti (Any. m. 62), dernek ve siyasal parti kurma hürriyeti (Any. m. 63), şikayette bulunma ve dilekçe hakkı (Any. m. 64), sığınma hakkı (Any. m. 65), kadın hakları ve haklarda eşitliği (Any. m. 66), eğitim hakları ve aile, çocuk ve gençlerin korunması (Any. m. 67), milli ve etnik azınlıkların hakları (Any. m. 68), vatandaşlık hakları (Any. m. 69), seçme ve seçilme hakkı (Any. m. 70), çalışma hakkı (Any. m. 70/B-1), eşit işe eşit ücret hakkı (Any. m. 70/D), sendika ve grev hakkı (Any. m. 70/C-1,2), fiziki ve akli sağlığa sahip olma hakkı (Any. m. 70/C-3), sosyal güvenlik hakkı (Any. m. 70/E), kültür hakkı ve ödevi (Any. m. 70/F), bilim, sanat, öğretme ve öğrenme özgürlüğü (Any. m. 70/G), ülkesini savunma hak ve ödevi (Any. m. 70/H), vergi ödevi (Any. m. 70/I), ailelerin eğitimi sağlama ödevi (Any. m. 70/J).

Bütün bu hak ve özgürlükler anayasanın büyük ölçüde temel hak ve özgürlükleri

kapsamı altına aldığı göstermektedir. Temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi açısından söylenebilecek önemli bir husus, özellikle ailelerin, çocukların, kadınların ve gençlerin korunmasına, çocukların eğitim ve gelişmesine, ulusal ve etnik azınlık haklarının korunmasına önem vermesidir. Aile ve çocuklarla ilgili hem "genel hükümler"de hem de "temel haklar" bölümünde geniş bir düzenleme yapılmıştır. Medeni hakların ve ulusal ve etnik azınlık haklarının korunması konusunda özel önlemler alınmıştır. Bu hakların korunması için ombudsman (kamu denetçisi) kurumu oluşturulmuştur. Anayasanın V. bölümünde "medeni hakların korunmasında ve ulusal ve etnik azınlık haklarının korunmasında ombudsman" başlığı altında düzenleme yapılmıştır.

b- Sınırlandırılması ve Durdurulması

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması, acil durumlarda, ulusal krizlerde veya aşırı tehlikede askıya alınabilir veya sınırlandırılabilir (Any. m. 8/4). Ancak, Anayasanın 54, 55, 56, 57/2-3-4, 60, 66, 67, 68, 69, 70/E maddeleri bu hükmün dışındadır.

Temel hakların ihlali iddiaları ve devlet idari kararları mahkemelere götürülebilir (Any. m. 70/K). Macaristan Cumhuriyeti'nde herkes haklarını ve kanuni çıkarlarını çiğneyen mahkeme veya idari kararlara veya herhangi bir otoritenin kararlarına karşı tashuh ve üst mahkemeye başvurma hakkına sahiptir (Any. m. 57/5).

Macaristan Cumhuriyeti, temel hak ve özgürlükleri anayasa ve anayasal hükümlerle korumakla birlikte ayrıca uluslararası hukukun gerektirdiği durumlarda yükümlülüklerini yerine getirmeyi taahhüt etmiştir. Nitekim, anayasanın 7. maddesinde "Macar Cumhuriyeti, hukuk düzeni, tanınan evrensel kuralları ve uluslararası düzenlemeleri kabul eder ve ülkenin iç hukuk kurallarını, uluslararası hukuk tarafından yüklenen zorunluluklara göre uygun hale getirir" denmiştir. Ancak, olağanüstü durumlarda parlamentonun, Cumhurbaşkanının ve hükümetin yetkilerini kullanan Milli Savunma Konseyi, belli kanunların kullanımını askıya alabilecek veya belli yasal hükümlerden sapabilecek şekilde kararlar alabilir, fakat anayasadan sapamaz.

2- Yasaların Anayasaya Uygunluğu

Yasaların anayasaya uygun olması hukuk devletinin gereklerindedir. Lex superior (üstün kanun) prensibine göre kurulan normlar hiyerarşisi Macaristan Anayasasına dercedilmemiştir. Ancak, yasama düzenini gösteren 1987 tarihli XI sayılı kanunun 1/2. fıkrasında gösterilmiştir.

Yasaların anayasaya aykırı olamayacaklarını belirtmek yeterli değildir. Bunun yanında yasaların anayasaya uygunluğunu sağlayacak bir denetim mekanizmasının da kurulması gerekir. İşte bu görev de Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Macaristan Anayasa Mahkemesi, Ekim 1989'da kurulmuş ve Ocak 1990'da faaliyete geçmiştir⁷. Anayasa Mahkemesi, kanunların ve diğer hukuk kurallarının anayasaya uygunluğunu denetler. Anayasaya aykırı bulunan yasa veya yasal düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlükten kaldırılır⁸. Anayasa Mahkemesinin faaliyetleri olağanüstü hallerde bile sınırlanmaz.

⁷ Macaristan'da 1984 yılında dar yetkilerle donatılmış Anayasal Konsey olarak bilinen bir kurum oluşturulmuştur. Ancak, sosyalist devlet teorisi, güçlerin ayrılığı fikrini reddettiği için bağımsız bir anayasa mahkemesi gibi çalışmamıştır (Cansel, agc., s.314).

⁸ Anayasal hükümlerin medeni haklar ve ulusal, etnik azınlık haklarının korunması hususunda ombudsmana yetki verilmiştir. Ancak, O'nun yargılama yetkisi olmadığı gibi anayasaya aykırı kanunları ve diğer hukuk kurallarını iptal etme yetkisi bulunmadığından sadece gözetim ve denetimle yetinmektedir. Bağımsız idari otorite niteliğindedir ve meclise rapor vermektedir.

3- Yasal Yönetim

Hukuk devleti ilkelerinin biri de “yasal yönetim” ilkesidir. Hiçbir kamu kuruluşu kendiliğinden ortaya çıkıp görev ve yetkilerini yürütemez; yasal bir dayanağının bulunması zorunludur. Macaristan Anayasası'nın 3. maddesinde “Sosyal bir kuruluşun veya devlet kuruluşunun hiçbir aktivitesi ve hiçbir vatandaşın teşebbüsü bu ülkede zorla güç kullanma veya oluşturmaya yönelemez. Hiç kimsenin bu tip teşebbüslere kanuni olmayan bir biçimde karşı koyma sorumluluğu ve hakkı yoktur” diyerek yasal yönetim ilkesi vurgulanmıştır.

4- İdarenin Denetlenmesi

Macaristan Anayasasının 77. maddesi, anayasa ve anayasal hükümlerin, tüm toplumsal kuruluşlar, devlet organları ve vatandaşlar için bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. İdarenin de bu bağlamda kamu hizmetlerini anayasa ve yasalara bağlı olarak yerine getirmesi zorunludur.

İdarenin kamu hizmetlerine ilişkin faaliyetlerde bulunurken tabi olduğu denetim şekilleri vardır. Macaristan Cumhuriyeti anayasal düzeni için bu konuda söylenebilecek önemli hususlar vardır:

1. Macaristan hukuk düzeninde adli yargı - idari yargı ayrılığı bulunmamaktadır. Yani, idare, özel ve ayrı hukuk kurallarına tabi tutulmadan adliye mahkemelerinde yargılanmaktadır. Türk hukuk sisteminde olduğu gibi Danıştay müessesesine rastlanmamaktadır. Macaristan Yüksek Mahkemesi (= Yargıtay, Supreme Court) hem adli hem de idari yargının başıdır. Yüksek Mahkemenin kararları ve direktifleri ülkenin tüm mahkemelerini bağlar. Adli-idari yargı ayrılığı olmadığına kanıtı anayasanın 50/2. maddesinde görülmektedir. Buna göre mahkemeler, kamu idarelerinin kararlarının yasallığını denetlerler.

2. Macaristan hukuk düzeninde idarenin yargısal denetimi dışında idari yoldan denetlenmesini sağlayan müesseseler vardır. Ombudsman müessesesi, yargı birliği bulunan rejimlerde idarenin idari yoldan denetlenmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Macaristan hukuk düzeninde de ombudsmanların, medeni haklar ile ulusal ve etnik azınlık haklarının korunması ve anayasal düzeni korumakla ilgili görev ve yetkileri bulunmaktadır.

Cumhurbaşkanının aday göstermesi ile parlamento tarafından seçilen ombudsmanlar, faaliyet ve çalışmalarını yıllık olarak parlamentoya rapor ederler. Kanunda belirtildiği gibi, herhangi bir kimse, ombudsmanın harekete geçmesini önerebilir.

Ombudsmanlar, sadece parlamentoya karşı sorumludurlar. Ombudsmanların, diğer bazı ülkelerde olduğu gibi tüm kamu kurum ve kuruluşlarını, devlet organlarını, yargı organlarını denetleyip denetlemedikleri konusunda anayasada açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, sadece medeni haklar ile ulusal ve etnik azınlık haklarının korunması ile ilgili olduğunu düşünüyoruz. Zaten anayasada düzenleniş biçimi de bunu göstermektedir.

C. Devlet Sistemi ve Temel Organları

Macaristan Cumhuriyeti, sosyalist sistemden çoğulcu-parlamente sistemine geçişi yumuşak olan ülkelere aittir. 1989 Macaristan Anayasasının başlangıcında belirtildiği gibi “çok partili sistemi gerçekleştirecek, parlamente demokrasiyi getirecek ve sosyal pazar ekonomisine dönüştürecek anayasal bir devlete geçişte, barışçı siyasi bir değişimi oluşturmak için” parlamento, Macaristan anayasasının yenisi tasdik edilene kadar şu anki versiyonunu ortaya koymuştur.

1- Yasama

Yasama hakkı parlamentoya aittir. Macaristan Cumhuriyeti'nde yasama, Cumhurbaşkanı, hükümet, meclis komisyonu ve meclis üyelerinden önce gelir.

a- Parlamento

Devlet otoritesinin en üst organı ve halkın temsilcisi, dört yıllık bir dönem için seçilen ve 386 üyeden oluşan Parlamentodur. Macaristan parlamentosu erkler yapısında önemli bir rol oynar. Parlamento; Cumhurbaşkanı, Başbakanı, Anayasa Mahkemesi Üyelerini, Ombudsmanları, Meclis Başkanını, Yüksek Mahkeme Başkanını, Devlet Hesap Birimi Başkanı ve yardımcılarını ve Başsavcını seçer.

Anayasaya göre belli kanunların ve kararların geçmesi için 2/3 çoğunluk gerekmektedir. Bu da muhalefetin haklarını koruma açısından önemli bir unsurdur. Parlamento faaliyetlerinin kontrol edilebilmesi, parlamento komitelerinin işlemesi aracılığıyla soru önergeleri ve gensorularla gerçekleşir.

Parlamento toplantıları halka açık olup çerçevesi oluşturulan kanunlar 15 gün içerisinde Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır. Onaylanan kanunlar resmi gazetede yayımlanmak zorundadır.

Olağanüstü bir durumda parlamentonun yetkileri, geçici bir süre için Milli Savunma Konseyine bırakılabilir. Ancak olağanüstü durum geçtikten sonra bu yetkisini derhal kullanmaya başlar ve Parlamento olmaksızın Milli Savunma Konseyi tarafından çıkarılan kanunlar, acil durumun kalkmasından itibaren derhal yürürlükten kalkarlar.

Bu bilgiler doğrultusunda parlamento Macaristan Cumhuriyeti'nde halkın temsil edildiği devlet gücünün en yüksek organıdır. Parlamento, halk egemenliğinden kaynaklanan hakların kullanılmasını ve anayasal toplum düzeninin gereklerini sağlar.

aa- Parlamentonun Görevleri

Macaristan Cumhuriyeti Anayasasını yapar. Kanun çıkarır. Ülkenin ekonomik ve sosyal hedeflerini belirler. Devlet mali kaynaklarının ayarlanmasını ve bütçenin onaylanmasını ve uygulanmasını kontrol eder. Hükümet programını kabul eder. Uluslararası anlaşmaları tasdik eder. Bir devlete savaş veya barış ilan etmeye yetkilidir. Anayasal düzeni devirmeyi hedefleyen bir faaliyet ortaya çıkması durumunda, vatandaşların can ve mal güvenliğini tehlikeye atan kişisel çapta şiddet faaliyetleri durumunda, tabii afetlerde, ciddi ekonomik olaylarda olağanüstü hal ilan eder. Silahlı kuvvetlerin ülke içi ve dışında kullanılmasına karar verir. Anayasaya aykırı faaliyette bulunan bölgesel temsilcilerin, hükümetin Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği sorunları çözer, coğrafi isimleri, yerleşim yerlerini ve sınırları belirler. Genel af çıkarır.

bb- Parlamento Üyelerinin Hukuki Statüleri

Parlamento üyeleri kamu yararı için dört yıllık bir dönem süresince görev yaparlar. Parlamento üyelerinin hiç birisi, Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeliği, Ombudsman, Sayıştay Başkan ve üyeliği, hakim savcı ve devlet müsteşarlıkları dışında devlet idaresinin herhangi bir organında görev alamazlar. Üyeliğin sona ermesi ise şu hallerde sözkonusu olabilir: Yasama döneminin sona ermesi, parlamento üyesinin ölümü ve istifası, milletvekilliğiyle bağdaşmazlık durumu ve dokunulmazlığın kaldırılması durumu.

b- Milli Savunma Konseyi

Acil tehlike veya savaş nedenleriyle meclisin karar alması engellenirse, Cumhurbaşkanı olağanüstü hal ilan ederek Milli Savunma Konseyini oluşturur. Bir kriz ve tehlikenin varlığı halinde parlamentonun yetersizliğine karar verilmesi Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Başbakanın katılmasıyla Meclis Başkanı tarafından duyurulur.

Yetersizliğine karar verildikten sonra ilk dönemde parlamento kriz veya olağanüstü hal ve savaş durumunu değerlendirir. Alınan önlemlerin yasallığına ilişkin kararlar verir. Olağanüstü bir durumda Milli Savunma Konseyi, ülke içinde ve dışında silahlı kuvvetlerin savaş hali hariç kanunlarda tanımlanan olağanüstü önlemler hakkında karara varır. Cumhurbaşkanı, Milli Savunma Konseyine başkanlık eder. Konseyin üyeleri: Meclis Başkanı, Parlamentoda temsil edilen siyasal parti grup başkanları, Başbakan, bakanlar, kuvvet komutanları ve Genelkurmay Başkanından oluşur. Milli Savunma Konseyi, Parlamento tarafından geçici olarak verilen yetkileri, Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini ve hükümetin yetkilerini kullanır. Milli Savunma konseyi belli kanunların kullanımını askıya alabilecek veya belli yasal hükümlerden sapabilecek şekilde kararlar alabilir; ancak anayasadan sapamaz. Meclis olmaksızın Milli Savunma Konseyi tarafından çıkarılan bu kanunların geçerliliği acil durumun kalkmasından itibaren derhal yürürlükten kalkarlar.

2- Yürütme

Macaristan Cumhuriyetinde merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkeleri uygulanmaktadır. Merkezi yönetimin en üstünde devletin başı olan Cumhurbaşkanı bulunur. Bakanlar Kurulu ve Başbakan hükümet olarak yürütmenin ve merkezi yönetimin sorumlu kanadını oluşturur. Bakanlıklar ise, en üst idari birimlerdir. Başbakanlığa bağlı birtakım birimler ve bakanlıklara bağlı bazı birimler bulunmaktadır. Ayrıca merkezi yönetimde yardımcı kuruluşlar bulunmaktadır. Örneğin Devlet Hesap Kurumu (=Sayıştay) ve Macaristan Milli Bankası gibi.

Bundan başka sadece parlamentoya karşı sorumlu, bağımsız idari otorite niteliğinde bulunan ombudsmanlar vardır.

Merkezden yönetimde genel yönetimi oluşturan bu birimlerden başka, merkezin illerdeki uzantısı olan taşra örgütü, Macaristan idari düzeninde bulunmamaktadır. Yani, bizdeki gibi illerde vali ve ilçelerde kaymakam gibi teşkilatlanmaya gidilmemiştir.

Yerinden yönetim kuruluşlarının en önemlisi yerel yönetimlerdir. Her dört yılda bir seçimle işbaşına gelirler.

a- Merkezden yönetim

aa. Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanı, devletin başı olup ülkenin birliğini sembolize eder ve devlet örgütünün demokratik işlemlerini sağlar. Silahlı kuvvetlerin başkomutanıdır ve olağanüstü durumlarda önemli rol oynar.

Cumhurbaşkanı, Parlamento tarafından 5 yıllığına gizli oyla seçilir. Seçim günü 35 yaşını tamalamış, oy hakkına sahip bir vatandaş cumhurbaşkanlığı makamına seçilebilir. Ancak ek bir dönemden sonra bu göreve yeniden seçilemez. Görevinin sona ermesi ise; görev süresinin dolması, Cumhurbaşkanı'nın ölümü, 90 günün üzerinde görevlerini yerine getirmesini imkansız kılan bir durumun ortaya çıkması, Cumhurbaşkanı ile bağdaşmazlığın ilan edilmesi, istifa etmesi ve görevinden bırakılması ile sözkonusu olur. Cumhurbaşkanı'nın kişiliği dokunulmazdır. Aynı bir kanun tarafından özel olarak korunur. Ancak Meclis üyelerinin 1/5'i, Cumhurbaşkanı, anayasaya ve diğer hukuk kurallarına karşı bir suç işlemesi durumunda, Meclise suçlama teklifi getirebilir. Meclis üyelerinin 2/3 oyu ile yargılanmasına izin verilir. Yargılama ise Anayasa Mahkemesince yapılır. Yargılama sonucunda Anayasa Mahkemesi, hukukun çiğnendiğini tespit ederse görevinden alınır.

Macaristan anayasal sistemi, Cumhurbaşkanı'nı III. bölümde ele almıştır. Biz de Cumhurbaşkanı hakkında daha önceden bilgi verdiğimiz için burada bitiriyoruz.

bb. Hükümet-

Macaristan Anayasasının VII. bölümü "hükümet"e ayrılmıştır. Hükümet, Başbakan ve bakanlardan oluşur. Hükümet, yürütme erkinin sorumlu kanadını oluşturur. Başbakan, tüm görevlendirilmiş bakanların temsilcisi ve vekilidir. Hükümetin görevleri şunlardır:

- Anayasal düzeni, vatandaşların haklarını sağlamak ve korumak
- Kanunların gereğini yerine getirmek
- Bakanlıkların ve bakanlıklara bağlı diğer birimlerin birbirleriyle uyumlu bir şekilde çalışmasını sağlamak
- Ekonomik ve sosyal planlar yapmak ve bunları uygulamak
- Bilimsel ve kültürel kalkınmada devletin rolünü saptamak ve gerekli şartları sağlamak
- Sosyal refah ve sağlıkla ilgili devlet politikasını belirlemek
- Silahlı kuvvetler, polis ve diğer yasal muhafaza birliklerinin operasyonlarını denetlemek ve idare etmek
- Uluslararası anlaşmaların gereğini yerine getirmek
- Yaşam güvenliğini tehlikeye sokan ve vatandaşların mal güvenliğini tehdit eden doğal afetlere karşı önlemler almak ve kamu düzenini ve güvenliğini sağlamak
- Kanunların kendisine verdiği tüm yetkileri kullanmak

Görevlerini ve yetkilerini kullanırken Hükümet, Parlamentaoya karşı sorumludur. Parlamentaoya düzenli olarak faaliyetlerinin hesabını vermekle yükümlüdür. Hükümet üyeleri, görevlerinde hükümete ve Parlamentaoya karşı sorumludur ve her ikisine birden faaliyetleri ile ilgili rapor verirler.

Hükümet; yeni seçilmiş parlamentonun teşkil etmesiyle, Başbakanın veya hükümetin istifa etmesiyle, Başbakanın ölümüyle ve Başbakan hakkında güvensizlik önergesinin kabul edilmesiyle son bulur.

cc- Bakanlıklar

Bakanlıklar, en üst idari birimlerdir. Bakanlıkların oluşturulması Parlamentaonun görevidir. Bakanlık dağılımı, Parlamentaodaki güç durumuna göre belirlenir. Macaristan Cumhuriyetinde 14 bakanlık bulunur.

Bakanlıklar içinde ayrı ayrı devlet sekreteryaları bulunmaktadır. Devlet sekreteryaları ikiye ayrılır: a) Devlet politik sekreteryaları b) Devlet idari sekreteryaları.

Devlet politik sekreteryaları, koalisyon üyelerinin belirlediği Parlamenta üyeleri arasında oluşturulur. Hükümet devam ettiği müddetçe varlığını korur. Devlet politik sekreteryası, öncelikle parlamentaodaki kendi bakanlığını temsil etme sorumluluğunu taşır. Devlet idari sekreteryaları ise bakanlıkların fiili idarecileridir ve belli bir süre için atanmazlar.

Bakanlıklara bağlı bir takım bürolar oluşturulmuştur. Örn, Macaristan Enerji Bürosu, tüketici sorunlarını çözmek için kurulmuş Endüstri ve Enerji Bakanlığına bağlı olarak çalışan bir organdır.

dd- Yardımcı Kuruluşlar

Macaristan Hesap Birimi (Sayıştay), yardımcı kuruluşlara verilebilecek örneklerden birisidir. Devlet harcamalarını kontrol etmek amacıyla kurulmuştur. Yine Macaristan Milli Bankası da bu bağlamda ele alınabilir.

b- Yerinden Yönetim

Yerinden yönetimler demek, halkın yararına yerel kamu otoritesini icra etmek ve ilgili topluluklar tarafından birimlerin, özerk ve demokratik yönetimi demektir. Bütün bölgesel otoriteler aynı temel haklara sahiptir.

Yerinden yönetim kuruluşlarını yerel yönetimler ve üniversiteler olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Yerel yönetim olarak Macaristan Cumhuriyeti'nin toprakları iller, şehir (merkez) ler, kasabalar ve köylerden oluşmuştur⁹.

Macaristan Anayasası'nda IX. bölüm "Yerel Yönetimler"e ayrılmıştır. Köy, kasaba, şehirler, başkent ve bölümlerinde yaşayan özgür vatandaşlar, kendi yerel yönetimlerini oluşturma haklarına sahiptirler. Yerel yönetimlerin hak ve görevleri, kanun tarafından tesbit edilir. Mahkemeler, yerel yönetimleri yargılamak yetkisine sahiptirler. Yerel yönetimler, haklarının korunması için Anayasa Mahkemesine gitmede serbesttirler. Yerel yönetimlerin üyeleri dört yıllık bir dönem için seçilirler.

Kanun içerisinde kalmak şartıyla görevlerini yerine getirmek için yerel otoriteler, kendisine ait olan yeterli gelirler elde etme hakkına ve görev alanında devlet desteğine sahiptirler. Kanunların sınırı içerisinde yerel vergi koymaya, gelirlerini bir bütçe haline getirmeye yetkilidirler. Ayrıca diğer temsilci organlarla birlikte yararlı örgütlenmelere gidebilir, yerel yönetimlerle ilgili uluslararası örgütlere üye olabilirler.

Belediye başkanı yerel temsilci organın başıdır ve diğer organlar gibi 4 yıl görev süresi vardır.

3- Yargı

Yargı, Macaristan Anayasasının temellerinden birisidir ve hukuk devleti olmasının ana koşuludur. Macaristan hukuk sisteminde adli yargı - idari yargı ayrılığı yoktur. Macaristan Anayasası, X. bölümde yargıyı, Yüksek Mahkeme (=Yargıtay), Başkent Mahkemesi, bölge mahkemeleri ve yerel mahkemeler olarak ele almış, anayasa yargısını yargı içinde değerlendirmemiştir. Anayasa Mahkemesi, Macaristan Anayasasında yargı örgütünden bağımsız bir kurum olarak IV. bölümde düzenlenmiştir¹⁰. Yargı örgütü ise biraz önce de değindiğimiz gibi X. bölümde düzenlenmiştir.

a- Anayasa Mahkemesi

Demokrasiye geçiş sürecinde anayasa mahkemelerinin kurularak yasaların anayasaya uygunluk denetimi yapılması hukuk düzenlerinin en önemli yapı taşlarını oluşturur. Sosyalist rejim, erkler ayrılığı fikrini reddettiği için anayasallık ilkesinin korunması ve bunun için bir organ oluşturulması gereği duyulmamıştı. Macaristan'da, 1984 yılında dar yetkilerle donatılmış Anayasal Konsey olarak bilinen bir kurum oluşturulmuş, ancak bağımsız bir anayasa mahkemesi gibi çalışmamıştır. Post-sosyalist dönemin başlamasıyla anayasa yargısı gelişmiş ve Macaristan'da da Anayasa Mahkemesi kurulmuştur¹¹.

23 Ekim 1989'da kurulan Anayasa Mahkemesi, ocak 1990'da göreve başlamıştır. Kanunların ve hukukun diğer kurallarının anayasaya uygunluğunu denetlemekle yetkili olan Anayasa Mahkemesi, ülkede anayasaya uygunluk denetimi

⁹ Macaristan Cumhuriyetinde eyalet bulunmaktadır. "Counties" kelimesi Türk idari yapısında illere karşılık gelmektedir. Yani, ilçelerle merkez ilçe ile birlikte oluşan ilce tekabül etmektedir. "Cities" ise, şehir merkezlerine karşılık gelmektedir. Ayrıca başkent Budapeşte bölümlere ayrılmıştır.

¹⁰ Tunç, Hasan; Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar: İşlevsel Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi ile Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması, Anayasa Yargısı, Ankara-1995, s. 289.

¹¹ Kaboğlu, İbrahim Ö; Anayasa Yargısı, İstanbul-1994, s. 16-17. Macaristan Anayasa Mahkemesi, Astro- Kelsen modelinden etkilenmiştir.

yapan tek yargısal kurum niteliğindedir¹².

Macaristan Anayasa Mahkemesinin 15 hakimi, Ulusal Meclis tarafından 2/3 çoğunluk oyu ile seçilir. Parlamentoda temsil edilen her partiden bir üyeyi kapsayan ve seçilen komite, Anayasa Mahkemesi üyeliği adaylarını önerir. Meclis de 2/3 çoğunluk oyu ile seçer.

Ulusal Meclis, mahkeme hakimlerini; seçkin hukuk yazarları, üniversite profesörleri, hukuk ve politika bilimi doktorları, dalında yirmi yıl uygulamalı hizmeti bulunan hukukçular arasından seçmektedir. Hukuk formasyonuna sahip olmak, Anayasa Mahkemesi üyesi olabilmenin ön şartıdır¹³.

Anayasa Mahkemesi hakimlerinin görev süresi 9 yıldır. Tekrar seçilmek de mümkündür. Üyeler, kendi aralarında üç yıl görev yapacak olan başkan ve ikinci başkan seçer. Macaristan Anayasa Mahkemesi üyeleri, milletvekillerinin sahip oldukları ayrıcalıklardan (dokunulmazlık ve sorumsuzluk) tam olarak yararlanırlar. Suç üstü hali dışında mahkeme kararı olmaksızın hiçbir üye tutuklanamaz ve haklarında cezai takibat yapılamaz. Mahkeme üyeleri, görev sırasında ileri sürdüğü görüş ve düşüncelerinden dolayı suçlanamazlar ve dava konusu edilemezler. Mahkeme Başkanı, protokolde Başbakana, ikinci başkan dahil üyeler bakanlara eş kabul edilmektedir. Milletvekilliği veya siyasi parti üyeliği mahkeme üyeliği ile bağdaşmayan işlerdendir. Bilimsel, edebi, sanatsal ve eğitim ile ilgili etkinlikler dışında hiçbir ödüllü aktiviteye katılamazlar. Yaş haddi 70'dir.

Macaristan Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri oldukça fazladır:

- Kanun tasarılarının Meclisce kabul edilmiş fakat henüz yayınlanmamış kanunların, Meclis içtüzüğünün ve uluslararası sözleşmelerin anayasaya uygunluğunu denetlemek (a priori denetim).

- Kanunların ve diğer yasama tasarruflarının anayasaya uygunluğunu denetlemek (a posteriori denetim).

- Yasama tasarruflarının uluslararası sözleşmelere uygunluğunu denetlemek.

- Anayasa ile teminat altına alınmış hakların ihlali nedeniyle oluşan anayasa şikayetlerini incelemek.

- İhmal ile ortaya çıkan anayasa aykırılıklarını gidermek.

- Devletin üst organları ile özerk bölgeler arasında ve bunların birbirleri arasında oluşan yetki ihtilaflarını çözmek.

- Anayasa hükümlerini yorumlamak.

- Cumhurbaşkanı'yı yargılamak.

Macaristanda normun yürürlüğe girmesinden önce yapılmakta olan denetimin (önleyici denetim) işleyebilmesi için Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Ulusal Meclis sürekli komisyonlarından birisi veya elli milletvekilinin Anayasa Mahkemesine konuya ilişkin başvurusu gerekmektedir. Normun yürürlük kazanmasından sonra yapılan denetimin (giderici denetim) ise soyut norm denetimi (dava yolu) ve somut norm denetimi (itiraz yolu) yollarıyla yapılması mümkündür. Ayrıca, bireysel başvuru hakkı da sözkonusudur.

Macaristan Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi sonucunda denetim konusu olan kanunları kısmen veya tamamen iptal edebilir. Mahkeme kararları kesindir. Kararlar aleyhine başka bir organa başvurulamaz. Kural olarak Anayasa Mahkemesi kararları yayımlandığı tarihten itibaren geçerlidir. Fakat mahkeme gerekli gördüğü hallerde kararların yürürlük tarihini ayrıca belirleyebilmektedir. Kararlar resmi gazetede yayınlanır.

Anayasa Mahkemesinin faaliyetleri olağanüstü hallerde de devam eder.

¹² Tunç, age, s.290.

¹³ Tunç, age, s.292.

b- Genel Mahkemeler

Macaristan Cumhuriyeti'nde, Yargıtay, Başkent Mahkemesi, bölge mahkemeleri ve yerel mahkemeler yargı örgütünü oluşturur. Yüksek mahkemenin direktif ve kararları ülkenin tüm yargı yerlerini bağlar. Macaristan Cumhuriyeti'nin mahkemeleri anayasal düzeni, vatandaşların hak ve menfaatlerini ve yasaya aykırı hareket edenleri cezalandırır. Mahkemeler, kamu idarelerinin kararlarının yasallığını da denetlerler. Hakimler, kanunda kararlaştırıldığı şekilde Cumhurbaşkanı tarafından atanırlar. Prosedüre uygun olarak belli sebeplerle yer değiştirebilirler. Bağımsız olup ancak yasa ile bağımlıdırlar. Hakimler hiçbir partiye üye olamazlar ve politik faaliyetlerde bulunamazlar. Yargıtay başkanı, Cumhurbaşkanı'nın önerisi ile parlamento tarafından 2/3 çoğunluk oyu ile seçilir.

Macaristan anayasal sisteminde XI. bölümde "Başsavcılık" makamı ihdas edilmiştir. Aslında yargı bölümü altında oluşturulması gereken bu makam ayrı olarak düzenlenmiştir. Başsavcı, vatandaşların haklarının korunması için tüm gereksinimleri sağlar ve vatanın bağımsızlığı ve güvenliğini tehlikeye sokan her türlü ihlal edici hareketin kovuşturulmasından sorumludur.

SONUÇ

Sosyalist sonrası dönemde Macaristan Cumhuriyeti, çok partili parlamenter demokrasiyi gerçekleştirmek için anayasal ve siyasal yapısında köklü değişikliklere gitmiştir.

1989'da, anayasasını köklü bir biçimde değiştirerek bağımsız ve demokratik bir hukuk devleti olmayı kendine ilke edinmiştir. Demokrasi ve hukuk devleti ilkelerini yerine getirmenin şartlarını oluşturmuştur. Anayasasına çağdaş batı anayasalarında bulunan demokratik ve hukuk devleti ilkelerine göre yeniden sistematize etmiş, siyasi partilerin serbestçe kurulup faaliyet göstermelerini sağlamıştır. Temel hak ve hürriyetlere geniş bir yer vermiştir. İsminden "halk" kelimesini kaldırarak Macaristan Cumhuriyeti olmuştur.

1990 serbest seçimlerinde Macaristan Sosyalist Partisi, büyük bir yenilgiye uğrayarak Macaristan Demokratik Forumuna iktidarı teslim ederken, 1994 seçimlerinde büyük bir üstünlükle iktidara en büyük ortak olarak girmiştir.

Egemenliğin kullanılmasını halka verip, sosyalist sistemin reddettiği güçler ayrılığı prensibini benimsemiştir. Batılı anlamda parlamenter sistemi oluşturarak karşılıklı denetim mekanizmalarını ihdas etmiştir.

Kanun önünde eşitlik, yasal yönetim, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine uygun düzenlemeler getirmiştir. Temel hak ve hürriyetler konusunda ayrıntılı ve oldukça geniş bir düzenleme yaparak güvence altına almış ve korunması konusunda devlet organlarını görevlendirmiştir. Özellikle medeni haklar ile ulusal ve etnik azınlık haklarının korunması konusunda özel denetim mekanizmaları (ombudsmanlar) oluşturmuş, ailelerin, çocukların, gençlerin korunması ve yetiştirilmesi hususunda birçok kere düzenlemelere gitmiştir.

İdari teşkilatlanma bakımından bizdeki gibi genel yönetimin taşra teşkilatı Macaristan idare sisteminde yoktur. Sadece, merkezden yönetim ve yerinden yönetim (özellikle yerel yönetimler) bulunmaktadır.

Cumhurbaşkanı devletin başı olup sembolik bir hüviyete sahiptir. Olağanüstü durumlarda önemli rol oynar. Başbakan ve Bakanlar Kurulu ise yürütmenin sorumlu kanadını oluşturur.

Ulusal Meclis ise Macaristan Cumhuriyetinde devlet sisteminin en önemli organıdır ve yasama faaliyetini yerine getirir. Genellikle kararlarını 2/3 çoğunlukla alması gerekir. Anayasayı kurar; kanun çıkarır; Cumhurbaşkanı ve Başbakanı, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Yüksek Mahkeme Başkanını, ombudsmanı ve bazı üst düzey devlet yöneticilerini seçer.

Adli yargı-idari yargı ayrılığı olmayan Macaristan Cumhuriyetinde idare ve kararları genel mahkemelerde yargılanmaktadır. Macaristan yargı sisteminde, Anayasa Mahkemesi ayrı bir öneme sahiptir ve anayasada yargı bölümünden ayrı olarak bir bölüm içinde ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi anayasanın, demokrasinin, hukuk devletinin ve insan haklarının temel güvencesidir. Sadece kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle kalmayıp birçok görev ve yetkileri bulunmaktadır. Olağanüstü hallerde bile Anayasa Mahkemesinin yetkileri sınırlanmamaktadır. Bireysel başvuru hakkının da tanınmış olması hukuk devleti olma yolunda büyük bir kazançtır.

BİBLİYOGRAFYA

- “Macaristan Anayasa Mahkemesi Raporu :Anayasal Normların Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”: Çev: Arıl Cansel, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 4.
- ENGİN, Aydın :“Komünist Partiler ve Zümrüdüanka”, Cumhuriyet, 14 Mart 1996.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref : **Anayasa Hukuku**, Ankara 1995.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. : **Anayasa Yargısı**, İstanbul 1994.
- TUNÇ, Hasan:
- “Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar :İşlevsel ve Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi ile Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1995.

TÜRKİYE'NİN ANAYASAL EKONOMİK DÜZENİ

Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı ve Bunun Doktrinde Meydana Getirdiği Tartışmalar

Nihat BULUT*

1- Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasaların hukuk sisteminin temelini teşkil ettiğini biliyoruz. Yine biliyoruz ki, tıpkı diğer alanlar gibi, ekonomik alanın da örgütlenişi ve işleyişinin hukuk kurallarına bağlanması zorunludur. Bu zorunluluk, anayasaların hukuk sisteminin temeli olarak, ekonomik sistemin de temelini teşkil etmesi sonucunu doğurmuş ve bu bağlamda "devletin ekonomik anayasası"ndan söz edilmeye başlanmıştır¹.

1924 Anayasası, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin etkisinde kalarak, sosyal ve ekonomik haklara yer vermemişse de, Anayasada 1937 yılında yapılan bir değişiklikle, Türkiye Cumhuriyeti'nin "devletçi" olduğu hükme bağlanarak, bir ekonomik sistem tercihi yapılmıştır. Aslında devletçilik ilkesi Anayasaya girmeden önce de Türkiye'nin bir ekonomik sistem tercihi vardı. Bu sistem, 1923 İzmir İktisat Kongresinde kabul edilen "karma ekonomi sistemi" idi.

Karma ekonomi sistemi, esas olarak piyasa ekonomisinin kurallarını geçerli sayan, bu mekanizma içinde özel sektör ile kamu sektörünü yan yana bulandıran, ayrıca kişisel hak ve özgürlüklerin yanında, sosyal ve ekonomik haklara yer vererek, sosyal adaletin sağlanması ve sosyal devlet ilkesinin uygulamaya geçirilmesi gibi ilkelere de yer veren bir sistemdir².

Bu çerçevede 1924 Anayasası döneminde bir yandan özel teşebbüsü teşvik yoluna gidilirken, öte yandan özel teşebbüsün istenilen düzeye gelememesinin de etkisiyle KİT'lerin kurulmasına ağırlık verilerek, devletin kalkınmada öncülük yapması sağlanmıştır.

1961 Anayasası ise geniş bir sosyal ve ekonomik haklar listesi öngörmüş, ayrıca 1982 Anayasasındaki gibi ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiş olmasa bile, iktisadi ve mali hükümler (planlı kalkınma, tabii kaynakların aranması ve işletilmesi.. gibi) getirerek, ekonomik düzene ilişkin temel ilkeler öngörmüştür.

Bu arada Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 38.maddesi ile çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 40.maddesini, karma ekonomik düzenini benimsediğinin bir göstergesi saymıştır³. Zaten 1961 Anayasasının karma ekonomi modelini benimsediği Türk Doktrinde de kabul edilmektedir⁴.

* Arş.Gör., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

1 Turgut Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı 1990, s.61; Hukuk-Ekonomi İlişkisi için bkz. Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara 1984, s.3; Ahmet Kılıçbay, Hukuk-İktisat İlişkisi ve Ekonomik Kalkınma Ankara 1975, s.5; Abdullah Dinçkol, Sosyal Güvenlik Açısından Toprak ve Tarım Reformu, MÜ.Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 1992, s.42 vd.; Ayrıca konuya ilişkin geniş bir araştırma için bkz. Meltem Caniklioğlu, Ekonomik Anayasa Arayışları ve Türkiye, İÜSBE Doktora Tezi, İstanbul 1996.

2 Bkz. Ahmet Kılıçbay, Türk Ekonomisi, Ankara 1992, s.39.

3 Bkz. Mehmet Akad, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. maddesi, İstanbul 1984, s.186.

4 Akad, s.186; Kılıçbay, "Hukuk Ekonomi İlişkisi...", s.13.

1982 Anayasası da tıpkı 1961 Anayasası gibi geniş bir sosyal ve ekonomik haklar listesi öngörmüş, fakat 1961 Anayasasından farklı olarak mali ve ekonomik hükümleri ayrı bir kısımda toplamıştır. Bu kısımda planlı kalkınmayla birlikte, devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı tedbirlerle, piyasalarda tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirleri alması hükmüne yer vermiştir (m.167). Anayasa bu kısımda, tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi (m.168), ormanlar ve orman köylülerinin korunması (m.169-170), kooperatifçiliğin geliştirilmesi (m.171), tüketicilerin korunması (m.172) ile esnaf ve sanatkarların korunmasına ilişkin (m.173) kuralları da ekonomik ve mali hükümler arasında saymıştır.

Görüldüğü gibi, devletin ekonomiye müdahalesinin yollarını gösteren 1982 Anayasası, pazar ekonomisi ve serserst piyasa ekonomisinin hukuki altyapısını da düzenlemektedir. Gerçekten 1982 Anayasasına göre, piyasa ekonomisi için gerekli olan hukuka aykırı rekabet sınırlamalarına karşı önlemler alarak pazarın sağlıklı ve düzenli biçimde işlenmesini sağlamak devletin anayasal bir görevi olduğu gibi, aynı görev tüketicilerin korunması açısından da söz konusudur⁵.

1982 Anayasasının ekonomik alana ilişkin hükümlerini böylece gördükten sonra, hemen ifade edelim ki, 1961 Anayasası döneminde, Anayasasının karma ekonomi modelini benimsediğini ifade eden Yüksek mahkeme, 1982 Anayasası döneminde, 2983 sayılı kanunun iptali için açılan davada, "...Çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahalece veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır..."⁶ diyerek, ekonomik alanda siyasal iktidara geniş bir taktir yetkisi tanımıştır.

Anayasa Mahkemesi 3082 sayılı "Devletleştirme Kanunu" ile ilgili kararında ise, "Anayasa liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar, karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir. ... Devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığı vurgulanmalıdır." diyerek, aynı doğrultuda görüş belirtmiştir⁷.

2- Doktrindeki Tartışmalar

Anayasa Mahkemesinin özelleştirme ve devletleştirme kanunları ile ilgili kararlarında geçen bu ifadeler, doktrinde farklı tepkilerin doğmasına yol açmıştır.

Duran, Anayasa Mahkemesi kararlarından bir yandan, KİT'lersiz ve karma ekonomisiz bir sosyal devletin varlığından söz edilebileceği anlamının çıkarılabileceğini belirtirken, öte yandan yüksek mahkemenin, Anayasasının öne çıkardığı ekonomik politikayı belirlemek için güçlük çektiğinin anlaşılabilirliğini vurgulamaktadır. Yazara göre, "Anayasa Mahkemesi, bir yandan liberal ekonomi politikasının karşıtı olarak müdahaleciliği kabul ederken, öte yandan karma ekonomi politikasını öne sürmektedir. Oysa liberal ekonomi politikası da az çok devlet müdahalesine yer verdiğine göre müdahaleciliğin karşıtı değildir. Bunun gibi liberal iktisadi politikanın karşıtı, karma iktisadi politika olmayıp, sosyalist ekonomi düzenidir."⁸.

Tan da, Yüksek Mahkemenin yukarıda ele aldığımız görüşlerinden, karma ekonomik sistemin müdahalecilikle eş anlamlı olduğu ve liberal iktisat politikasının karşıtısında bulunduğu gibi bir anlamın çıkarılabileceği kanaatinde dir. Tan'a göre, liberal ekonomi politikası kamunun ekonomiye müdahalesini tümüyle dışlamamıştır. Zaten

⁵ Turgut Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı-28, Ankara 1990, s.164-165; Fakat Tan, piyasa ekonomisinin gerektirdiği rekabet koşullarını sağlayacak düzenlemelerin yapılmadığı gibi, 80'li yıllarda devletin ekonomiye müdahalesinin piyasa ekonomisinin gerekleriyle ne ölçüde bağdaşır olduğunun hep tartışıldığını söylemektedir.

⁶ E:1984/9, K:1985/4, K.T.18.2.1985, AMKD, sy.21, s.59.

⁷ E:1985/1, K:1985/16, K.T. 27.9.1985, AMKD, sy.21, s.222.

⁸ Lütfi Duran, "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni-II," Amme İdaresi Dergisi, C.19, sy.1, s.4-9.

devletin ekonomiye müdahale etmediği bir ekonomik düzen de yoktur. Başka bir deyişle, piyasa ekonomisiyle karma ekonomi arasında bir bağdaşmazlık bulunmamaktadır⁹.

Zaten Kılıçbay da, karma ekonomiye sadece özel teşebbüs-kamu teşebbüs kıyaslaması açısından bakmanın yetersiz olduğunu; karma ekonominin, kişisel refah kriteri ile sosyal refah ölçütlerini ahenkli kılan bir boyutunun bulunduğunu ifade etmektedir¹⁰.

Özbudun ise, KİT'leri ve devletçiliği, sosyal devletin vazgeçilmez şartları saymanın sosyal devletin çağdaş anlamına ve çağdaş Batı Demokrasisinin uygulamalarına uygun olmadığını belirtmekte ve Anayasanın devletçi ve müdahaleci bir ekonomik politikanın izlenmesini zorunlu kıldığı şeklindeki bir kabulün, çok partili demokratik rejimin mahiyetine aykırı düşeceğini ifade etmektedir. Anayasadaki sosyal devlet anlayışının, siyasal iktidarlara belli bir ekonomik politika empoze etmediğini Anayasa açısından söylenebilecek olan şeyin, Anayasa ile ne saf liberal, ne de saf devletçi ekonomi modelinin uygulanmasının mümkün olmadığını vurgulayan Özbudun Anayasa Mahkemesinin yaklaşımını doğru bulmaktadır. Yazara göre, 1982 Anayasasında ekonomik bir sistem tercihi varsa, bunun sosyal piyasa ekonomisi olarak adlandırılması doğru olur¹¹.

Görüldüğü gibi, Özbudun, özel mal ve hizmet üreten KİT'lerin sosyal devletin vazgeçilmez şartı olarak görülmesini onun çağdaş anlamına uygun bulmamaktadır. Eren de, sosyal devletin özel malları kimin ürettiği ile değil, bölüşümde adaletin sağlanması ve geniş kitlelerin yaşam düzeyinin yükseltilmesiyle ilgili olduğunu belirterek aynı görüşe katılmaktadır¹².

Zaten özel mal ve hizmetlerin üretiminde kamu girişimi, esas olarak keynesyen iktisatla birlikte gerçekleşmiştir. Keynesyen iktisat, kaynak kullanımında ve dağılımında etkinlik sağlamayı adil bir gelir ve servet dağılımını gerçekleştirmeyi, ekonomik istikrar, iktisadi büyümeyi ve kalkınmayı temini devletin görevi olarak kabul etmiş ve 1940' lardan sonra pek çok ülkede uygulama alanı bulmuştur¹³.

Şüphesiz keynesyen iktisat ile sosyal devlet, devletin ekonomiye müdahale etmesi gerektiğini ifade etmede birleşiyorlar. Fakat buradan yola çıkarak, bu iki anlayışın müdahale gerekçelerini birbirine karıştırmamak gerekir. Eren'in de belirttiği gibi sosyal demokrasi için amaç özgürlükle eşitliği bir arada gerçekleştirmek sosyal adaleti sağlamaktır. Keynesyen iktisatın amacı ise, özgürlüğe sınır getirmeksizin ekonomik istikrarı, büyümeyi ve kalkınmayı sağlamaktır. Elbette keynesyen iktisadın öngördüğü ilkeler sosyal devletin amacı olan sosyal adaleti sağlamaya yardımcı olabilir, ancak garanti edemez. Örneğin, Kore ve Singapur gibi ülkelerde, ekonomik istikrar ve hızlı kalkınma gerçekleşmiş ama sosyal adalet sağlanamamıştır¹⁴.

Sosyal Devlet ve keynesyen iktisadın gerekçeleri farklı da olsa, devletin ekonomiye müdahale etmesi gerektiği konusunda birleştiklerini ifade ettik. Bu müdahalenin, devletin büyümesi, bürokrasinin artması, rant toplumunun yaratılması, bütçe açıklarının artması, insanların tembelleğe itilmesi ve rekabetin zayıflaması ... gibi istenmeyen sonuçlar doğurduğu kabul edilmektedir¹⁵.

⁹ Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", s.164.

¹⁰ Kılıçbay, *Türk Ekonomisi*, s.39.

¹¹ Egun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1993, s.102-103.

¹² Ercan Eren, "Sosyal Demokrasi, Kamu Girişimciliği ve Özelleştirme" *Sosyal Demokrat Dergisi*, sy.57, Ocak 1993, s.32.

¹³ Keynesyen iktisat için bkz. Coşkun Can Aktan, *Kamu Ekonomisinden Piyasa Ekonomisine Özelleştirme*, Ankara 1993, s.38 vd.

¹⁴ Eren, s.33.

¹⁵ Sosyal devlet ve refah devleti anlayışının yol açtığı sorunlar için bkz. Giovanni Bogneri, "Liberal Demokrasilerde Ekonomik ve Sosyal Düzen", *Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler* (Uluslararası Seminer), İstanbul 1982; Eren, s.32-36.

Fakat özel mal ve hizmetlerin üretilmesine değindiğimiz bu noktada Eren'in de belirttiği gibi sosyal devlet için uygun olan üretimde doğrudan kamu girişimi yerine, ekonomide denetleme fonksiyonunu yerine getirmektir. Sosyal devlet açısından önemli olan bölüşüme yapılan müdahaledir. Bunun ise amacı, mutlak eşitlik yanında ve onun ötesinde fırsat eşitliğini sağlamak olmalıdır. Çünkü mutlak eşitliğe yönelik uygulamalar zamanla toplum dinamizmini azaltmakta ve tembelliğe yol açmaktadır¹⁶.

Bütün bunları söylerken, sosyal devletin özel mal ve hizmetlerin üretiminden tümüyle soyutlanması gerektiğini savunmuyoruz. Kuşkusuz sosyal devlet özel mal ve hizmetlerin devletçe üretilmesini gerekli kılan sosyo-ekonomik nedenlerin bulunduğu yerde bu alana el atacaktır. Vurgulamak istediğimiz asıl nokta, sosyal devletin özel mal ve hizmet üretimiyle özdeş olmadığıdır.

Şu ana kadarki uygulamalarıyla, sosyal devlet anlayışının bir takım sakıncalar doğurduğu ya da sorunlara yol açtığı gerçektir. Fakat bu aksaklıkların sosyal adalet, gerçek eşitlik ve özgürlük amaçlarından sapmaksızın, yine sosyal devlet anlayışı içinde çözülebileceği de açıktır. Yapılacak şey, araçların gözden geçirilmesi ve gerekiyorsa değiştirilmesidir. Bu bağlamda çağdaş devletin düzenleyicilikten denetleyiciliğe doğru kaymasını önemli bir adım olarak görmek mümkündür.

Çalışmamızın bu noktasında Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına dönecek olursak, Yüksek Mahkemenin, Anayasanın belli bir ekonomik politika empoze etmediği şeklindeki görüşünün yerinde olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü böyle bir yaklaşım çok partili demokratik rejimin vazgeçilmez sonucudur. Fakat bunu söylerken Anayasanın ekonomik politikaları şekillendiren bazı esaslar getirdiğini bu esasların en önemlisinin de sosyal devlet ilkesi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Elbette burada sosyal devlet anlayışını statik bir olgu saymayıp; onu değişen koşullarla birlikte, araçlarını gözden geçiren ve değiştiren bir ilke olarak saymak yerinde olacaktır.

¹⁶ Eren, s.36.

I- TAKYİDİ ŞART KAVRAMI VE TARİFİ

Şart, Arapça bir kelime olup, lügatta, hâl, durum, bir şeyin gerçekleşmesi için gerekli olan veya hiç ayrılmaksızın mutlaka birlikte bulunan alamet-i lâzime anlamlarına gelen genel bir kavramdır¹. Hukukta da farklı anlamlarda kullanılmasına rağmen burada inceleme konumuz olan şart, bir şeyin gerçekleşmesi için gerekli olan şey anlamındaki yerini tespit etmek gerekecektir. Belirtmek gerekir ki, eski hukukumuzda şart kavramı öncelikle kanunî ve iradî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucu tarafından vaz' edilmiş olan şartlara kanunî (şer'î) veya hakiki şartlar; kişilerin kendi iradeleri ile hukukî işlemlerde ileri sürdükleri şartlara ca'li (iradî) şartlar denmektedir². Eski hukukumuzda özel hukuk kavramı olarak şart deyince bunlardan sadece iradî şartlar anlaşılmaktadır³. İradî şartlar da kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. İlki, bir hukukî işlemi her hangi bir şarta bağlamadan bir kayıtla takyit etmek şeklinde tarif edilen şartlardır⁴ ki, bunlara akdî şartlar⁵, akte yakın olan şartlar⁶ veya takyidî şartlar denmektedir⁷. İkincisi yani talikî şart ise, bir hukukî işlemin hükümlerinin işlemeye başlaması veya sona ermesinin kendisine bağlandığı, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olaydır⁸. Biz burada sadece birinci anlamda yani takyidi şarta bağlı işlemler üzerinde duracağız. Esasen eski hukukumuzda şart deyince ilk akla gelen de bu nevi şartlardır.

Takyit, lügatta kayıt ve şarta bağlama, şart koşma, kısıtlama ve bağlama anlamlarına gelmektedir⁹. Hukukî kavram olarak ise, bir hukukî işlemi herhengibir şart edatı olmaksızın bir kayıtla takyit etmektir şeklinde tarif edilmektedir. Takyit işlemine şart,

* Yrd. Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü İslam Hukuku Anabilim Dalı

- 1 Develioğlu, şart maddesi; Topaloğlu/Karaman, şart maddesi; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 84; Şa'ban, 229; Atar, Fıkıh Usûlü, 137; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 91; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/176-177; Bilmen, I/35.
- 2 Şa'ban, 230 vd.; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 85 vd.; Atar, Fıkıh Usûlü, 138.
- 3 Mecelle m. 82, 83, 186-189; Mürşidü'l Hayran, m. 221-225; Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/169 vd.; İbn-i Hümmam, V/251 vd.; Şirazî, I/268 vd.; Hattab, 373; İbn-i Rüşd, II/133 vd.; İbn-i Kayyım, II/162 vd. ve III/288 vd.; Halebi, 102; Şevkanî, VI/100 vd.; İbn-i Nüceym, 367 vd.; Suyutî, 481 vd.; İbn-i Teymiyye, Feteva, III/3 vd., III/326 vd., ve Mecmuu'l Feteva, XI/89 vd., XX/155 vd., XXIX/337 vd. ve Nazariyetü'l-Akid, 12 vd.; Senhûrî, III/112 vd.; Ahmet İbrahim, 177 vd.; Ebu Zehra, 245 vd., 257 vd.; Zeydan, 309 vd., 327 vd.; Ali Haydar, I/179 vd. ve 290 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/184 vd. ve Kitabü'l Büyü', I/65 vd.; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 93 vd. Kitabü'l Büyü', 47 vd.; Mesut Efendi, 52 vd.; Ziyaeddin, 85; Cemaleddin, 22 vd.; Seyyid Nesib, 408 vd.; DFHFM, 1338, S. XII, s. 161 vd.; CA, 1338, S. IV, s. 190 vd.; Bilmen, VI/23 vd; Ceziri, III/1372; Karaman, II/187 vd.; Çeker, 100 vd.; Cin/Akgündüz, II/197 vd.; Cin, Mürî, 188.
- 4 Mecelle m. 83, 186-189; Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/169 vd.; İbn-i Hümmam, V/251 vd.; Şirazî, I/268 vd.; Hattab, 373; İbn-i Rüşd, II/133 vd.; İbn-i Kayyım, II/162 vd.; Halebi, 102; İbn-i Nüceym, 367 vd.; Suyutî, 481 vd.; İbn-i Teymiyye, Feteva, III/326 vd., XI/89 vd., XX/155 vd., XXIX/337 vd. ve Nazariyetü'l-Akid, 12 vd.; Senhûrî, III/112 vd.; Ebu Zehra, 245 vd.; Zeydan, 327 vd.; Ali Haydar, I/179 vd. ve 290 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/184 vd. ve Kitabü'l Büyü', I/65 vd.; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 93 vd. Kitabü'l Büyü', 47 vd.; Mesut Efendi, 52 vd.; Ziyaeddin, 85; Cemaleddin, 22 vd.; Seyyid Nesib, 408 vd.; DFHFM, 1338, S. XII, s. 161 vd.; CA, 1338, S. IV, s. 190 vd.; Bilmen, VI/23 vd; Ceziri, III/1372; Karaman, II/187 vd.; Çeker, 100 vd.; Cin/Akgündüz, II/197 vd.
- 5 Cin/Akgündüz, II/228.
- 6 Ebu Zehra, 245; Senhûrî, III/112; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 87.
- 7 Şa'ban, 231; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 87; Atar, Fıkıh Usûlü, 138.
- 8 Mecelle m. 82; Mürşidü'l Hayran m. 221-225; Şa'ban, 231; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 87; Atar, Fıkıh Usûlü, 138; İbn-i Kayyım, III/288; Şevkanî, VI/100 vd.; İbn-i Nüceym, 367 vd.; İbn-i Teymiyye, Feteva, III/3 vd.; Senhûrî, III/113 ve IV/262 vd.; Ahmet İbrahim, 177 vd.; Zeydan, 309 vd.; Ebu Zehra, 257 vd.; Ali Haydar, I/174 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/175 vd.; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 91 vd.; Karaman, II/574 vd.; Çeker, 112 vd.; Cin/Akgündüz, II/228.
- 9 Develioğlu, takyit maddesi.

takyid edilen şeye de meşrut denmektedir. Takyidî şartları ifade etmek üzere “şartla bey’ “, “akte yakın olan şartlar” gibi kelimeler de kullanılmaktadır¹⁰.

Takyidî şart, bir cümlenin içeriğinin meydana gelmesinin, şart edatı ile başka bir cümlenin içeriğinin gerçekleşmesine bağlamaktır¹¹ şeklinde tarif edilmektedir. Başka bir ifade ile takyid, hukukî işlemi bir şarta bağlamaksızın belli bir kayıtla takyid etmektir. Bu şartlar, “üzere, kaydıyla, şartıyla” gibi kelimeler ile ifade olunmaktadır¹². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu nevi şarta bağlı bir işlemden söz edebilmek için mutlaka söz konusu edatların kullanılması gerekmez. Yani “üzere”, “şartıyla”, “kaydıyla” edatları kullanılmadan da da takyid işarta bağlı işlem yapılabilir. Şart edatı kullanılmadan yapılan şarta bağlı işlemlerde hukukî işlemin niteliğine bakarak sonuca gitmek gerekecektir.

II- TAKYİDÎ ŞARTIN ESKİ HUKUKUMUZDAKİ YERİ

A- İslam Hukuku Kaynaklarında

İslam hukukunda bütün müesseseler hukukî dayanağını aslî veya tâlî kaynaklardan alır. Buna meşrûiyet denmektedir. Bunlardan aslî kaynaklar bilindiği üzere Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas olmak üzere dört tanedir. Tâlî kaynaklar ise, mezheplere göre farklılık arz etmekle birlikte ilk akla gelenler, örf ve adet, eski şeriatlar, istihsan, amme maslahatıdır¹³. Hemen ifade edelim ki, İslam hukukunun birinci kaynağı olan Kur’an’da şart ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. Konu Hz. Musa’nın evliliği ile ilgilidir. Koyun olatmakta olan Hz. Şuayb’ın kızlarının diğer çobanların arasına girip koyunlarını sulayamadıklarını gören Hz. Musa, kızlara yardım etmiş ve koyunlarını sulamaları hususunda onlara yardımcı olmuştur. Bu anlamlı davranış çok hoşlarına giden kızlar, babaları Hz. Şuayb’dan, Hz. Musa’yı ücretle çoban tutmasını istemişlerdir. O’da sekiz yıl koyunlarına çobanlık etmesi şartıyla kızlarından birini nikahlamayı taahhüt etmiş ve Hz. Musa’nın dilerse bu süreyi on yıla çıkarabileceğini de ifade etmiştir. Hz. Musa’da kabul etmiş ve sürenin sonunda bu kızlardan birisi ile evlenmiştir¹⁴. Olaydan da anlaşılacağı üzere burada kelimenin tam anlamı ile takyidî şarta bağlı bir evlilik söz konusudur.

Hz. Peygamberin söz, fiil ve taktır (yapılan bir işlem karşısında sükût etme)lerine sünnet dendiğini biliyoruz. Üzerinde durduğumuz şart kavramı ile ilgili olarak Hz. Peygamberden birden fazla hadis nakledilmiştir. Ne var ki, bu hadislerde bir hüküm birliği mevcut değildir. Hadislerin hepsi de sahih, yani sağlam yollarla nakledilmiş olmalarına rağmen, ilk bakışta birbirine zıt görünen hükümler ihtiva etmektedirler¹⁵.

Berire hadisi diye meşhur olan birinci hadiste “Allah’ın kitabında bulunmayan hiç bir şart (yüz tane de olsa) geçerli değildir”¹⁶ denilmektedir. Bu hükme göre şarta bağlı bir işlem yapabilmek için o şartın Allah’ın Kitabı’nda yani Kur’an’da bulunması gerekmektedir. Bu hadisi delil olarak kabul eden ve diğerlerini çeşitli sebeplerle red eden İslâm hukukçuları Kur’an’a sıkı sıkıya bağlı kalarak şarta bağlı bir işlem yapılamayacağı veya çok istisnai hallerde yapılabileceği sonucuna varmışlardır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere Kur’an’da şartla ilgili hükümler oldukça kısıtlıdır.

10 Senhûri, III/112; Ebu Zehra, 252.

11 Mürrşidü’l Hayran m. 221; İbn-i Nuceym, 367; Ahmed İbrahim, 177; Ebu Zehra, 257; Zeydan, 309-310; Ali Haydar, I/174; H. Reşit Paşa, I/177; Atıf Bey, Kavaid-i Külliye, 91; Bilmen, I/25; Yıldırım, IV/449; Karaman, II/575; Çeker, 112.

12 Ali Haydar, I/180; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliyyenin Şerhi, I/184-185; Bilmen, I/25; Cemaleddin, 27.

13 İslâm hukukunun aslî ve tâlî kaynakları hakkında geniş için bkz. Zeydan, 158 vd; Cın/Akğündüz, 147 vd; Aydın, Tarih, İstanbul 1996, s. 33 vd.

14 Kasas, 27-28; Sabûni, 425.

15 İbn-i Rüşt, II/133.

16 Malik, İtk, No: 1019; Buhari, Büyûf, No: 2168; Müslim, İtk, No: 1504; Ebu Dâvut, İtk, No: 39, Bu Hadisin bütün hadis kitaplarındaki kaynağı için bk.Canan, III/71.

Amr b. Şuayb'ın naklettiği ve Ebu Hanife'nin de delil olarak aldığı ikinci hadiste, "Peygamber Efendimiz şartlı satışı yasak etmiştir"¹⁷ denilmektedir. Bu hadisi delil olarak kabul edenler ise, kesinlikle şarta bağlı işlem yapmanın yasak olduğuna hükmetmektedirler.

Cabir'den rivayet edilen üçüncü hadiste ise, "Peygamber Efendimiz benden bir deve satın aldı ve Medine'ye kadar binme hakkını bana şart koştu"¹⁸ ifadesine yer verilmektedir. Bu hadisi nazara alan İslâm hukukçuları da şarta bağlı işlem yapmanın caiz olduğu sonucuna varmışlardır.

Görüldüğü üzere konumuzla ilgili üç hadis, birbirine zıt hükümler ihtiva etmektedir. Bu nedenle bu hadislerden birini nazara alan ve diğerlerini her ne şekilde olursa olsun delil kabul etmeyen İslâm hukukçuları değişik fikirler ileri sürmüşlerdir¹⁹. Bu hususu ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Burada belirtilmesi gereken husus, İslâm hukukunda Kitap ve Sünnet'te hüküm bulunması durumunda diğer kaynaklara başvurmaya gerek kalmayacağıdır. Mecelle'nin ifadesi ile "Mevrid-i nassda içtihadı mesâğ yoktur"(m. 14). Gerçekten bu iki kaynağın dışındaki kaynaklarda yer alan hususlar içtihatı ve nass bulunan hususlarda içtihat etmeye gerek yoktur. Şimdi İslâm hukukçularının şart ile ilgili görüşlerini incelemeye geçebiliriz.

B- İslâm Hukukçularının Şartla İlgili Görüşleri

İslâm hukukçularının şartla ilgili görüşleri genel olarak hukukî işlem yapma hürriyeti ile ilgilidir. Hukukî işlem yapma ve muhtevasını belirleme açısından insan iradesinin sınırlarını en dar tutan Zahirî mezhebi hukukçuları olmuştur. Hukukî işlemler ve şartlar konusunda insan iradesine en geniş yer verenler ise, Hanbelî mezhebi hukukçularıdır. Bunlar içinde de bilhassa İbn-i Teymiye'dir²⁰.

Burada hemen şunu ifade edelim ki, Hanefî ve Şafî'î mezhebi hukukçuları, teferuatı farklı görüşler ileri sürseler bile, şartlar konusunda genelde fikir birliği içerisindeyler²¹. Maliki hukukçuları ise, değişik görüşlerin sentezini esas almışlardır. Zira Maliki hukukçulara göre sentez, tercihten üstündür²². Bu kısa girişten sonra çeşitli mezheb hukukçularının şart ile ilgili görüşleri üzerinde ayrı ayrı duralım.

1- Şartı Kabul Etmeyenler

Bunlar genellikle Zahirî mezhebine mensup hukukçulardır. Bu görüş sahipleri, insan iradesine müdahale edip, hukukî işlemlerin şarta bağlanmaları konusunda irade serbestisinin sınırlı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, izin verildiğine dair hukukî bir hüküm bulunmayan her hukukî işlem ve şart yasaktır. Câiz olduğuna dair Kitap, Sünnet ve İcma'da hüküm bulunan hukukî işlem ve şartı kabul, bu kaynaklarda câiz olduğuna dair hüküm bulunmayan hukukî işlem ve şartı yasak saymak gerekir. Yani insan iradesi, ancak kanun koyucunun izin verdiği ölçüde ve muhtevada hukukî işlem yapabilir²³. Zira İslâm'ın hiç olmazsa çerçevesini belirlemediği hukukî işlemleri yapmak, şartları ileri sürmek; Allah'ın koyduğu hükümleri çiğnemek ve O'nun dininde fazlalık meydana getirmek demektir. Kur'an'da "... Kim Allah'ın sınırlarını aşar, tecavüz ederse, onlar zâlimlerin ta kendileridir."(Bakara 229) buyurulmaktadır. Ayrıca Kur'an'da "...bugün sizin dininizi tamamladım..."(Maide 3) denilerek dinin tamamlandığı, ondan sonra yeni hükümler vaz' edilemeyeceği açıkca belirtilmektedir.

Ayrıca İslâm'ın izin vermediği sahalarda hukukî işlemler yapmayı ve şartlar ileri sürmeyi yasaklayan hususî hadisler vardır. Meselâ "Kim emrimizin olmadığı bir işi

17 Hattabî, Mealimü's Sünen, V/154; İbn-i Hazm, Muhalla, VIII/414, no:1445 (İbn-i Rüşt, II/132).

18 Buhari, Şurûh, no: 2718; Müslim, Musâkât, no: 715.

19 İbn-i Rüşt, II/134.

20 İbn-i Teymiye, Feteva, III/335 vd.; Ebu Zehra, 246; Zeydan, 327; Çeker, 112.

21 Kâsânî, V/175; Senhûrî, III/191 vd.; Ebu Zehra, 248.

22 İbn-i Rüşt, II/134.

23 İbn-i Teymiye, Feteva, III/323; Ebu Zehra, 246

işlerse o iş red edilir”²⁴, “İnsanlara ne oluyor ki, Allah’ın Kitabı’nda bulunmayan şartları ileri sürüyorlar. Kim Allah’ın Kitabı’nda olmayan şartları ileri sürerse, (yüz tane de olsa) geçerli değildir”²⁵.

Bütün bu açıklamalar nazara alındığında Zahiri mezhebine mensup hukukçulara göre, İslâm hukukunda bir konu ile ilgili hukukî işlem yapılabilineceğine dair hiç olmazsa çerçeve niteliğinde bir hüküm bulunmadığı hallerde hukuki işlem yapmak ve buna bağlı olarak şartlar ileri sürmek mümkün değildir²⁶. Normalde her hangi bir işlem yapmak böyle bir izne bağlı ise, şarta bağlı hukukî işlem yapmada da evleviyetle böyle bir izin gerektirmektedir. İslam hukukunda da bu hususta izin bulunmayıp, bilakis yasak bulunduğuna göre şarta bağlı hukukî işlem yapmak mümkün değildir.

2- Şartı Kabul Edenler

Bunlar Zahirî mezhebi hukukçularının aksine tam bir irade serbestisi taraftarıdır. Bu görüş, Hanbeli mezhebi hukukçuları ve ayrı bir mezhep sahibi olmasına rağmen sonradan takip edenleri kalmayan İbn-i Şübrüme tarafından savunulmaktadır. Buna göre genel olarak hukukî işlemlerin şarta bağlanması mümkündür²⁷. Hanefî mezhebinin kurucusu Ahmet b. Hanbel, şartları yasak kabul eden Amr b. Şuayb hadisinin devamında “ Bir satışta iki şart... câiz değildir” kısmını delil göstererek bir hukukî işlemde bir şartın câiz olduğunu, buna mukabil birden fazla şartın hukukî işlemi geçersiz kıldığını ifade etmiştir²⁸. Yine temelde Hanbeli olan İbn-i Teymiye ve talebesi İbn-i Kayyım da şart hakkında iradeye en geniş serbestî tanıyan İslâm hukukçularıdır. Bunlara göre, hukukî işlemler ve şartlarda asıl olan sıhhat ve cevazdır. Bir şeyin İslâm’a göre yasak olabilmesi için o konuda nass (Kitap, Sünnet ve İcma)da o şeyin yasak olduğuna dair bir hüküm bulunması gerekir²⁹. Kitap’ta ve İcma’da şartın câiz olduğuna dair deliller vardır³⁰. Meselâ Kur’an’da Musa peygamberin evliliğinin, sekiz yıl çobanlık yapması şartına bağlandığı ifade edilmektedir (Kasas, 27-28).

Ayrıca “Ey iman edenler, ahitlerinizi yerine getiriniz” (Maide, 1), “ ...Birde ahdi yerine getirin. Çünkü ahid (den cayanlar) sorumludur”(İsra 34) şeklindeki ayetler ile, “Münafıkın alameti üçtür; verdiği sözü tutmaz...”³¹ şeklindeki genel anlamda vaadleri yerine getirmeyi tavsiye eden hadisler, şartları geçerli kabul etmek için yeterlidir. Yine İbn-i Teymiye’ye göre, şartları geçerli kabul etmenin caiz olduğuna ilişkin bu nakillerden başka bir de akli delili vardır. Gerçekten şart, adî (basit) işlerdendir. İbadetler gibi aslı işlerden değildir. Bu nedenle şartlarda asıl olan geçerli değildir. Şayet şartlarda yasaklık esas olsaydı o zaman kanun koyucu serbest bıraktıklarını sayardı. Meselâ bir kimseyi öldürmek yasaktır. Kanun koyucu hangi hallerde bir kimsenin öldürülebileceğini açıkça belirtmiştir³².

Ayrıca Hz. Peygamberden nakledilen ve özellikle şartın câiz olduğunu ifade eden hadisler de mevcuttur. “Müslümanlar arasında sulh anlaşması câizdir. Ancak helali haram, haramı helâl hale getirenler yasaktır. Müslümanlar arasında her türlü şart muteberdir, yerine getirmek mecburîdir. Ancak helâli haram, haramı helâl kılan şartlar yerine getirilmez”³³. Buna göre, İslâmın açık hükümlerine aykırı olarak bir şartın ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak açıkça İslâma aykırı olmayan hususlarda şart câizdir ve ifâ edilmesi lazımdır.

24 Hanbel, VI/146,180.

25 Bu hadisin kaynakları için bk. 29 no’lu dipnot.

26 İbn-i Hazm, V/32; İbn-i Teymiye, III/326.

27 Serahsî, XIII/13; Kasânî, V/175.

28 Ebu Davut, No: 3504; Tirmizi, No: 1234; İbn-i Rüşd, II/133; Seyyit Nesib, 410.

29 İbn-i Teymiye, Feteva, III/329 vd.; İbn-i Teymiye, Nazariyetü’l Akit, 15; Ebu Zehra, 245-246; Senhûrî, III/187.

30 İbn-i Kayyım, II/162.

31 Buhari, No: 32, 33, 383; Miras, I/45.

32 İbn-i Teymiye, Feteva, III/334; İbn-i Kayyım, II/34; Ebu Zehra, 246.

33 Şevkani, Neylül Evtar, V/225.

Ayrıca hukukî işlemlerde asıl olan karşılıklı rızadır. Karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uyduğu ve bunların yasak olduğuna dair bir delil bulunmadığı takdirde, bu hukukî işlemi ve şartları yasak kabul etmek için hiç bir neden yoktur³⁴.

Görüldüğü üzere Hanbeli hukukçularına, bilhassa İbn-i Teymiye'ye göre bir şeyin yasak olduğuna ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı takdirde o şeyi caiz olarak kabul etmek gerekir. Buna mukabil Zahirî mezhebi hukukçularına göre ise, bir şeyin caiz olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığı takdirde o şeyi yapmak mümkün değildir. Yani esas alınan ölçüler birbirinin zıddı olduğu için şartla ilgili genel hükümler her iki mezhep hukukçularınca farklı şekillerde değerlendirilmiştir.

3- Şartı İstisnai Olarak Kabul Edenler

Bunlar genel olarak Hanefî ve Şafî'i mezhebine mensup hukukçulardır. Bu hukukçular, şartın öncelikle hukuka aykırı olduğunu iddia etmişlerdir³⁵. Hanefî mezhebinin kurucusu Ebu Hanife, yukarıda zikredilen Amr b. Şuayb hadisini hukukî delil göstererek şartı fâsîs saymıştır³⁶. Bu hadiste Hz. Peygamber şartların yasak olduğunu ifade etmiştir. Ebu Hanife'nin yalnız bu hadise dayanarak içtihat etmesi ve diğer hadisleri nazara almamasının sebebi, özel ve genel hükümlerin delil olma niteliğine dayanmaktadır. Hanefî hukukçularına göre, genel hükümler de özel hükümler gibi kesin delil niteliğindedir³⁷. Aynı tarihi taşıyan özel ve genel hükümler birbirine zıt düştüğü takdirde, tabii olarak özel hüküm tercih edilecektir. Ancak bunlardan biri sonraki bir tarihi taşıyorsa, sonraki tarihi taşıyanı delil olarak kabul etmek gerekir. Eğer tarihleri bilinmiyor ve içerdikleri hükümlerde de bir zıtlık söz konusu ise, durum ne olacaktır? Yani özel hüküm mü, yoksa genel hüküm mü tercih edilecektir?

Hanefî hukukçularına göre, bu sorunun cevabı yasak ve câiz olma ölçüsünde aranmalıdır. Araştırma konumuz olan şartta hem hükümlerin tarihlerinin bilinmemesi hem de yasaklık ve serbestlik söz konusudur. İslâm hukukunda kabul edilen genel bir kaideye göre, tarihleri bilinmeyen ve bir şeyi câiz kabul eden hükmün, yasak kabul eden hükümden önce konulduğu kabul edilir. Yani bir şeyi yasaklayan hükmün daha sonra konmuş olması genel kuraldır. Ebu Hanife'ye göre, şartta da böyle bir durum söz konusudur. Amr b. Şuayb hadisi şartı yasak; Cabir hadisi ise, şartı câiz kabul etmiştir. Bundan dolayı şartı yasak sayan hükmün daha sonra konulmuş olduğunu kabul etmek gerekir³⁸. Hanefîlere göre, şartların genel olarak yasak olmasının birden fazla sebebi vardır. İlk olarak, şartlarda faiz veya faiz şüphesinin olmasıdır. Faiz ise İslâm hukukunda câiz görülmemiştir. İkinci olarak, şartlarda garar olmasıdır. Yani gerçekleşmelerinde şüphe olması ve bu nedenle kumara benzemesidir. Üçüncü olarak, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmasıdır³⁹.

Hanefî hukukçularına göre, hukukî işlemin iktizasından olan, hukukî işlemin amacına uygun (mülaim) olan, hukuken izin verilmiş (şer'an mesağ) bulunan veya örf ve adet haline gelmiş olan şartları geçerli kabul etmek gerekir. Zira bunlar hukukî işleme yabancı bir unsur olmayıp, nitelikleri gereği hukukî işlemde olması gereken durumlardır. O halde genel olarak şartları fâsîs, fakat böyle istisnai hallerde geçerli kabul etmek gerekir⁴⁰. Hanefî hukukçular istisnaların sınırını biraz geniş tutarak şartları câiz, fâsîs ve

34 İbn-i Teymiye, Feteva, III/334; Senhûrî, III/178; Ebu Zehra, 246; Zeydan, 331.

35 Kâsânî, V/175; Ebu Zehra, 245.

36 İbn-i Rüşd, II/135; Seyyit Nesib, 411.

37 Kâsânî, V/175 vd.

38 Seyyid Nesib, 411 vd.

39 Kâsânî, V/175-176; Ali Haydar, I/299; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/181.

40 Mecelle m. 186, 251, 278; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümam, V/80; Senhûrî, III/119, 170, 173; Ebu Zehra, 248; Şirazî, I/268; Zeydan, 331-332; Ali Haydar, I/291; Atıf Bey, Kitabü'l Büyü', 48; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66; Cemaleddin, 28; Karaman, I/195; Seyyit Nesib, 411, 417.

lağv olmak üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutmuşlardır⁴¹. Mecelle de bu görüşü kanunlaştırmıştır⁴².

Şafi'i mezhebinin kurucusu İmam Şafi'i de, Amr b. Şuayb hadisini delil göstererek, şarta bağlı hukukî işlemleri geçersiz saymıştır⁴³. Ancak gerek Hanefi hukukçuları, gerekse Şafi'i hukukçuları gerekçeleri farklı olsa da, Berire hadisini nazara alarak, bazı hukukî işlemlerin şarta bağlı olarak yapılabileceği sonucuna varmışlardır⁴⁴. İmam Şafi'i'ye göre, genel hüküm, özel hüküm gibi kesin delil niteliğinde değildir. Ancak yine de özel hüküm, genel hükmü tahsis edeceğinden; özel hüküm koyan Berire hadisi, genel hüküm koyan Amr b. Şuayb hadisini tahsis etmiştir. Yani Şafi'i, sonuncu hadise dayanarak şarta bağlı hukukî işlemlerin yasak olduğunu, ancak bundan velâ hakkının köleyi hürriyete kavuşturana ait olacağını Berire hadisine dayanarak istisna etmektedir⁴⁵.

Hanefi ve Şafi'i hukukçuları Cabir hadisini şart konusunda delil kabul etmemişlerdir. Bilindiği üzere bu hadiste, Hz. Peygamber Cabir'den bir deve satın almış ve Mediye kadar binmesine izin vermişti. İlk olarak Hanefi ve Şafi'i hukukçuları, Cabir ile Hz. Peygamber arasında alım-satım aktinin değil, bir hibenin söz konusu olduğu fikrindedirler. Gerçekten hadisin son kısmından, devenin bedelinin Hz. Peygamber tarafından Cabir'e hibe olarak verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Zira hadisin sonunda Hz. Peygamberin, "Deveni al, bedeli de senin olsun!" dediği belirtilmektedir. Yani Hanefi ve Şafi'i hukukçularına göre, Hz. Peygamber deveyi satın almamış sadece devenin bedelini hibe etmek istemiştir. Dolayısıyla burada bir şarttan söz edilemez⁴⁶.

İkinci olarak; burada bir alım-satım aktinin varlığı kabul edilse bile, ileri sürülen şart, akit esnasında değil, daha sonra ileri sürülmüştür. Akit meydana geldikten sonra ileri sürülen şartlar ise, İslam hukukunda hâkim olan fikre göre akte tesir etmez⁴⁷.

Üçüncü olarak ise, hadisin başka bir rivayetinde Hz. Peygamberin "Bu deveyi senden satın aldım, Medineye kadar da binmen için zahrını (sırtını) sana ariyet verdim" ifadesine yer verilmektedir. Bu ifade nazara alındığında burada şarta bağlı bir alım-satım akti değil, belki bir ariyet akti söz konusudur⁴⁸.

Görüldüğü üzere, Hanefi ve Şafi'i hukukçuları, Cabir hadisinde nakledilen olayda öncelikle bir hibenin veya ariyetin söz konusu olduğunu, bu nedenle burada şarta bağlı bir işlemden söz edilemeyeceğini; şarta bağlı işlem olarak kabul edilse bile, şartın akit kurulduktan sonra ileri sürüldüğünü, bunun ise, aktin geçerliliğine her hangi bir tesiri olamayacağını ifade etmektedirler.

4- Sentezci Görüş

Maliki hukukçuları da genel olarak, Şafi'i ve Hanefi hukukçuları gibi, şartları yasak saymışlardır. Ancak bunların yaklaşımı biraz farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; İslam hukukunda şarta bağlı işlemler genel olarak yasaktır. Ancak bunlardan bir kısmını istisna etmek gerekir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, Maliki hukukçuları bu istisnaların sınırını biraz geniş tutmuşlardır. Öyle ki, adeta şartları yasak kabul eden hadisler ile câiz kabul eden hadislerin sentezini yapmışlardır. Zaten bu mezhep hukukçularına göre, fikirlerin sentezi, onlardan birinin tercihinden üstündür. Bunlara göre, şartların yasak olmasının nedeni, şartların içerdikleri faiz veya garardır. Yani taraflardan birine karşılıksız bir yarar sağlaması veya ileride gerçekleşmelerinin şüpheli

41 Muhammed Y. Musa, 420.

42 Mecelle 186-189; Ali Haydar, I/290 vd.

43 İbn-i Rüşt, II/133.

44 Bazı hukukî işlemlerin şarta bağlanabileceği hususunda Hanefi ile Şafi'i hukukçularının aynı gerekçeye dayandığını iddia eden hukukçular da vardır (Bk. Seyyit Nesib, 414).

45 İbn-i Hümmam, V/215 vd.

46 Serahsî, XIII/14; Seyyit Nesib, 416; Miras, VI/405.

47 Kâsânî, V/176; İbn-i Rüşt, III/196; Ali Haydar, I/296; Bilmen, VI/24; H. Reşit Paşa, Kavâid-i Külliyyenin Şerhi, I/185 ve Kitabül' Büyû', I/67; Atf Bey, Kitabül' Büyû', 49; Seyyit Nesib, 415; Miras, VI/405.

48 Miras, VI/405; Nesâî, VII/299; İbn-i Rüşt, II/136.

olmasıdır. Her şartta mutlaka ya faiz ya da garar vardır. Ancak bu bazılarında az bazılarında çoktur. İşte şartları içerdikleri faiz ve gararın azlık-çokluğuna göre birbirinden ayırmak gerekir. Meselâ Cabir hadisinde, bir tarafın karşılıksız olan yararı az olduğu için câiz olmuştur. Eğer karşılıksız yarar fazla olsaydı yasak olacaktı⁴⁹.

5- Şartlı Geçersiz Kabul Edenler

Bir kısım İslâm hukukçularının şartla ilgili olarak ileri sürmüş oldukları fikirleri, yukarıda belirli başlıklar altında toplananlardan ayrı incelemek gerekir. Zira bu hukukçular, şartı geçersiz fakat şarta bağlı olan hukukî işlemi geçerli kabul etmişlerdir. Bu görüşün en önemli temsilcisi İbn-i Ebi Leyla'dır⁵⁰. Gerçekten öneminden dolayı, diğer hukukçuların görüşleri ile mukayeseli olarak Mecelle Komisyonunca Esbab-ı Mucibe Layihasında bu hukukçunun görüşlerine de yer verilmiştir. İlgili kısmı sadeleştirerek buraya aynen alıyorum⁵¹:

“... Zamanımızda cereyan eden satım akti çok kere bazı şartlara bağlı olup, Hanefî mezhebinde ise, akdin yapıldığı anda ileri sürülen şartların çeşitlerinin çoğu satım aktini fâsit kılması sebebiyle kitab'ül buyû'un en önemli konusu şarta bağlı satım faslı, komisyonumuzda çeşitli fikirlerin ileri sürülmesine sebep olduğundan bu tartışmaları özetleyerek buraya almak gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Şarta bağlı satım hakkında İslâm hukukçularının çoğunluğunun fikirleri birbirine uymaz. Maliki mezhebinde kısa bir süre için ve Hanbeli mezhebinde her zaman satıcı kendisi için, satılan şeyde şahsî bir menfeati şart olarak ileri sürebilir. Fakat satıcıya böyle bir yetkinin tanınıp alıcıya tanınmaması İslâm hukukçularının görüşlerine ve kıyasa ters düşer. İmam A'zam hazretleri ile çağdaş olup da sonraları kendi yolunu takip edenleri kalmayan İslâm hukukçularından İbn-i Ebi Leylâ ile İbn-i Şübrüme hazretleri bu hususta birbirine tam olarak zıt olan birer fikir ileri sürmüşlerdir. Şöyle ki, İbn-i Ebi Leyla' ya göre, genel olarak satım ve şart fâsit, İbn-i Şübrüme' ye göre ise, hem satım hem de şart geçerlidir.

İbn-i Ebi Leyla' nın fikri “El müslimûne 'inde şurûtihim”⁵² hadisine ters düşmektedir. İbn-i Şübrüme'nin fikri bu hadise tamamen uygun ise de, satıcı veya alıcı, yerine getirilmesi câiz ve mümkün olmayan şartlar öne sürebilirler. İslâm hukukçularına göre, şartı yerine getirmek imkansız ölçüsünde olacağından, bu mesele, tahsis ve istisna kabul eder bir kaidedir. Bundan dolayıdır ki, Hanefî mezhebinde orta bir yol takip edilerek şartlar; câiz, müfsit ve lağv olmak üzere üç kısma ayrılmıştır. Şöyle ki, satım aktinin gereklerinden olmayıp veya akti teyit de etmeyip taraflardan birinin yararına olan şart müfsit ve ona bağlı olan satış fâsit olur. Bir tarafın yararına olmayan şartla ise, satım geçerli ve şart lağv (yok) dır. Zira satımdan maksat temlik ve temellük hususudur. Yani her hangi bir engel olmaksızın alıcının satılan şeye, satıcının ise paraya malik olması halidir. Halbuki yararı bir tarafa olan şartın yerine getirilmesini bir taraf ister, diğer taraf ise istemez ve böylece bir anlaşmazlık ortaya çıkabilir. Fakat örf ve adet anlaşmazlığı giderici olduğundan herkes tarafından kabul edilen şart ile satış geçerli kabul edilmiştir.

... İnsanların muamelelerinin kolaylaştırılması için Hanefî mezhebinin dışında İbn-i Şübrüme'nin fikirlerini kabul etmeye gerek görülmeyip diğer fasılarda olduğu gibi birinci babın dördüncü faslında da Hanefî mezhebi esas alınarak satımı ifsat etmeyen şartların izahıyla yetinilmiştir.”

Mecelle komisyonunun ileri sürdüğü bu fikirler haklı olarak doktrinde⁵³ bir kısım tenkitlere uğramıştır. Gerçekten Ebu Hanife, şarta bağlı işlemlerin fâsit, İbn-i Şübrüme câiz, İbn-i Ebi Leyla ise, şartın fâsit, işlemin câiz olduğunu ileri sürmüşlerdir⁵⁴.

49 İbn-i Rüşd, II/133; Seyyit Nesib, 410.

50 Serahsî, XIII/13-14; Kâsânî, V/175.

51 Düstur, I. Trüp, C. 1, s. 21 vd.

52 Türkçesi: “Müslimanlar şartlarına sadıktırlar” (Keşf'ül Hafa, El Aclûni, C. II, Beyrut 1351, s. 209, 2303).

53 Seyyit Nesib, 410.

54 Serahsî, III/Kâsânî, V/175; İbn-i Rüşd, III/133; Seyyid Murtaza, II/20

Bundan dolayı şarta bağlı işlemlerin fâsıt olup olmaması hususunda birbirine zıt fikir ileri sürenler İbn-i Ebi Leyla ile İbn-i Şübrüme olmayıp, Ebu Hanife ile İbn-i Şübrüme'dir. Bu ikisinin arasında bir görüş ileri süren, yani, şartı fâsıt hukukî işlemleri geçerli kabul eden Ebu Hanife olmayıp İbn-i Ebi Leyladır⁵⁵. Bu nedenle Mecelle'nin Esbab-ı Mucibesinde isim yanlışlığı yapılmıştır.

Görüldüğü üzere belirli bir mezhebe bağlı olsun olmasın İslâm hukukçuları şartla ilgili olarak çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Bunun sebebi aynı konuda nakledilen hadislerin farklı hatta birbirine zıt hükümler içermesidir. Hadislerin bütünüdür sahih olmasına rağmen bu ihtilaf, İslâm hukukçularının, hadisler arasındaki genel-özel, önce-sonra, yasak-câiz ve amaca ilişkin yorum ölçülerinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

C- Mecelle'de Takyidî Şart

Bilindiği üzere Mecelle, 1868-1876 yılları arasında kitaplar halinde hazırlanarak yürürlüğe girmiş olan İslâm-Osmanlı özel hukukunun bir kısmını tedvin eden bir kanundur⁵⁶. Her ne kadar Osmanlı devletinin son döneminde hazırlanmış ise de Mecelle'de yeni hükümlere değil, o tarihe kadar uygulanmakta olan hükümlere yer verilmiştir. Osmanlı devletinde Fatih devrinden Kanuni devrine kadar, Molla Hüseyin Gurer ve bunun şerhi Dürer hukuk kodu olarak mahkemelerde uygulanmıştır⁵⁷. Kanuni devrinden Mecelle'nin hazırlanmasına kadar ise, İbrahim Halebî tarafından kaleme alınan Mülteka, bu boşluğu doldurmuştur⁵⁸. 1869 yılından itibaren ise Mecelle, düzenlediği alanlar itibarıyla 1926 yılına kadar Osmanlı Medeni Kanununun olarak yürürlükte kalmıştır. Bilindiği üzere Mecelle, akitleri, eşya ve şahsın hukuku ile usul hukukunun bir kısmını düzenlemiştir.

55 Serahsî, XIII/13; Kâsânî, V/175; Serahsî, bu hukukçuların görüşlerini şöyle bir olay ile nakletmektedir: Abdülvaris B. Said, hacca gittiği esnada Mekke'de Ebu Hanife'ye, şartla bey' hakkındaki görüşünü sorar. Ebu Hanife, ikisinde baidür. cevabını verir. Bunun üzerine aynı meseleyi İbn-i Ebi Leyla'ya sorar, ondan da, bey' caiz ve şart batıldır cevabını alır. Yine Mekke'de bulunan İbn-i Sirin (aşağıda bunu İbn-i Şübrüme olarak değiştirmektedir)'e gider ve aynı soruyu ona da yöneltir, ondan da, hem şart hem de bey' caizdir cevabını alır.

Aynı meselede birbirine zıt üç cevap alınca aynı kişilere diğerlerinin verdikleri cevapları da ilerek hukukî gerçeklerini sorar. Bunun üzerine Ebu Hanife, Amr B. Şuayb'ın... kendisine, Hz.Peygamber'in şartla bey'i yasakladığına dair bir hadis rivayet ettiğini belirtir. İbn-i Ebi Leyla ise, Hişam B. Urve'nin... "Hz.Peygamberin Hz. Aişe'ye, Berire'nin hürriyet bedelini vermesini ancak velâsının kendisine ait olmasını şart koşmasını ister. Fakat Berire'nin efendileri buna razı olmaz. Bunun üzerine Hz. Peygamber "İnsanlara ne oluyor ki, Allah'ın kitabında olmayan şartları koyuyorlar. Allahın Kitabında olmayan her şart batıldır. Allahın şartı daha doğru daha sağlamdır. Velâ hakkı azad edene aittir" dediğini bildirmiştir. İbn-i Şübrüme (yukarıda İbn-i Sirin demişti)'ye aynı soruyu yöneltir ve o'da, Muharib B. Dessar'ın ...kendisine "Bir Gazve'de Hz. Peygamberin Cabir'den bir deve satın aldığı, ona Medine'ye kadar binmesini şart koştuğunu " ifade ettiğini belirtir (Serahsî, XIII/13-14).

56 Mecelle hakkında geniş bilgi için bkz. Mardin, Ebulûlâ: Medeni Hukuk Cephesinden Cevdet Paşa, İstanbul 1946. s. 171 vd.; Mardin, Ebulûlâ: Mecelle, İslam Ansiklopedisi; Onar, S. Sami: İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Kodification'u Mecelle, İÜHFM, C. XX, S. 1-4, Sene 1954, s. 1 vd.; Öztürk, Osman: Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s. 108 vd.; Kaşıkçı, Osman: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997, s. 1 vd.; Ahmed Nazif: Teceddüt-Tekamül Mecelle Meselesi, Sebülreşat, 1339, S. 579, s. 99 vd. ; Celâl Nuri: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 64, s. 1384 vd.; Küçük Hamdi: Mecelle Hakkında, Sırat-ı Müstakim, 1339, S. 577, s. 77 vd. ; Mustafa Asım: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 65, s. 1417 vd.; Yavuz, Hulusi: The Compilation Of The First Ottoman Civil Code, İslâm Tetkikleri Dergisi, C.VIII'den ayrı basım, İstanbul 1984, s. 89; Velidedeoğlu, H. Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın 100. Yıldönümü Münasebeti İle, İstanbul 1940, s. 51 vd.; Türk Medeni Hukuku, C. 1, Cüz. 1, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul 1956, s. 64 vd.; Yavuz, Hulusi: Mecellenin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 85 vd.; Aydın, M. Akif: Bir Hukukçu Olarak Ahmet Cevdet Paşa, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 32 vd.; Aydın, M. Akif: Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX, İstanbul 1989, s. 31; Karaman, Hayrettin: İslâm Hukuk Tarihi, İzmir 1974, s. 201 vd., Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet: Türk-İslam Hukuk Tarihi, C. 2, İstanbul 1990, s. 155 vd.

57 Sava Paşa, 1/19; İnalçık, Osmanlı, 25.

58 Kinross, 206; Aydın, Aile, 80; Cin/Akgündüz, 2/170. Bu eser bir kanunname olmamakla birlikte şer'î hukuku hanefî mezhebi görüşleri doğrultusunda kanuna yakın bir şekilde kodifike etmiştir (Schacht, Giriş, 123). Yazarı İbrahim b. Muhammed El- Halebî (Öl.956/1549)'dir (Karaman, Tarih, 172).

Mecelle'de şarta bağlı işlemlere hem genel hem de özel hükümler arasında yer verilmiştir. Genel hükümler içinde 83' ncü madde takyîdî şarta ilişkindir⁵⁹. Söz konusu maddede "Bikaderi'l-imkan şarta müraat olunmak lazım gelir"(m. 83) yani imkanlar ölçüsünde şartlara uymak gerektiği hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca Mecelle'nin metodu gereği herbir kitapta düzenlenen hususların şarta bağlanıp bağlanamayacağı şarta bağlanabilen bir işlem ise hangi şartlara bağlanabileceği belirtilmiştir.

Mecelle'nin tadili çalışmalarında⁶⁰ da inceleme konumuz olan şarta yer verilmiştir. Buna göre "şartla bey' hakkındadır" şeklindeki birinci babın dördüncü faslının başlığının "bey'in şart ile takyîdî hakkındadır" şeklinde tadil edilmesini teklif etmiştir⁶¹. Ayrıca takyîdî şartı tanzim eden bu maddelerin muhtevası ile ilgili olarak ta, büyük değişiklikler ve ilaveler yapılması istenmiştir⁶². Mecellenin bu maddelerinin tadilinde, Hanefî mezhebi hukukçularının görüşleri terk edilerek, zamanın ihtiyaçlarına uygun görülen Hanbelî mezhebinin görüşleri kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶³.

III- TAKYİDİ ŞARTIN ÇEŞİTLERİ

Hukukî işlemler takyîdî şartın bütün çeşitlerine bağlanamazlar. Çünkü hukukî işlemler takyîdî şartın alt bölümlerinden bir kısmına bağlı olarak yapıldıkları takdirde ya kendilerini (şartlar) ya da hem hukukî işlemi hem de kendilerini hükümsüz kılarlar. Bu sebeple takyîdî şarta bağlı hukukî işlemlerin hükümleri hakkında bir genelleme yapılamaz. O halde burada öncelikle takyîdî şartın çeşitlerini incelemek gerekecektir. Takyîdî şartın çeşitlerini incelerken bunlara bağlı hukukî işlemlerin hukukî akıbetlerine yer vermeye çalışacağız.

A- Câiz Şartlar ve Bu Şartlara Bağlı İşlemler

Bu nevi şartlara câiz şartlar dendiği gibi⁶⁴, sahih şartlar⁶⁵ da denmektedir⁶⁶. Câiz şartların, geçerli kabul edilme sebebi hususunda İslâm hukukçuları değişik fikirler ileri sürmüşlerdir. Hanbelî ve Maliki hukukçularına göre, hukukî işlemlerde olduğu gibi şartlarda da asıl olan câizlik olduğundan bir mesele yoktur. Buna mukabil Hanefî ve Şafi'i hukukçuları, genelde şartları fâsit kabul etmişlerdir. Ancak bunlardan hukukî

59 Ali Haydar, I/174 vd.; H. Reşit Paşa, I/175 vd.; Atıf Bey, Kavaid-i Külliye-i Fıkhyenin İzahı, 91 vd.; Yıldırım, IV/449.

60 Bu çalışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Kaşıkçı, 312 vd.

61 DHFM, 1339, S. 13, s. 163.

62 Konumuzla ilgili yapılması teklif edilen tadil ve ikmaller çalışmaları şu şekildedir:

Bab-ı Evvelin Fasl-ı Râbünin Unvanı Ber-vech-i Zîr Tadil Olunur

Bey'in Şart İle Takyidi Hakkındadır

Madde 3- (1 ve 2. madde şartla ilgili değildir) Ehadî akıdeyne nefî ma'lûmu olan şart ile bey' ve şart muteberdir. Mesela bayîin şu kadar müddet binmek şartıyla bir hayvanı satması veyahut müşterin malum olan hanesine nakledilmek şartıyla bir şey satın alması sahih ve şart muteberdir.

Madde 4- Ehad-i akıdeyne nefî olan iki şartın cemîyle vukubulan bey' fasittir. Meğer ki, bu şartlar aktin muktezası veya muktezayı akti müeyyid veya mütearef olalar.

Madde 5- Bir akdi ahari müstakîl şartıyla vukubulan bey' fasit ve şart batıldır. Mesela müşteri bayic yahut bayi' müşteriye bir miktar akçe ikraz etmek yahut bir şey satmak gibi bir şartla vukubulan bey' fasit ve şart batıldır.

Madde 6- Ba'del akit irad olunan şurut-u caize aslı akde iltihak eder. Lakin şurut-u faside aslı akde iltihak etmeyip lağv olur. Bu maddeler ve esbab-ı mucibeleri için bk. DFHFM, 1339, S. 13, s. 161-165; CA, 1338, S. 2, s. 95-96; S. 4, s. 190-191; 1340, S. 25, 901 vd.

63 DFHFM, 1339, S. 13, s. 164.

64 Mürşid'ül-Hayran m.227; Ali Haydar, I/180.

65 Mecelle m. 186-188; Ebu Zehra, 248; Senhûrî, III/117; H.Reşit Paşa, I/186; Çeker, 102.

66 Caiz yapılması mümkün olan her hangi bir fiil veya hukukî işlemdir. Sahih ise, şartları ve hükümleri geçerli bir şekilde mevcut olan hukukî işlemlerdir. Bazen bir hukukî işlem sahih olduğu halde caiz olmayabilir. Mesela Cuma namazı için ezan okunduğu halde camiye gitmeyip alış veriş yapılması halinde bu alış veriş sahih olmakla birlikte caiz değildir. Ancak Mecelle de, sahih ile caiz aynı anlamda kullanılmıştır. O halde burada şöyle bir ayırım yapmak gerekir: İslâm hukukçularınca hukukî işlemlerin kendisine bağlanabileceği kabul edilen şartları "caiz", bu nevi şarta bağlı işlemleri de sahih olarak nitelendirmek gerekir (Mecelle m. 108, 186-188; Ali Haydar, I/217; Bilmen, I/33, 35).

işlemin iktizasından (gereklerinden) olan ve iktizasını teyit edenler (amacına uygun, mülâim) ile mütearef (örf ve âdet haline gelmiş) olanları ve şer'an mesağ (hukuken câiz kabul edilmiş) bulunan şartları istisna etmişlerdir. O halde câiz şartları, hukukî işlemin gereklerinden olan, hukukî işlemin amacına uygun olan, örf ve âdet haline gelmiş olan ve hukuken câiz kabul edilmiş bulunan şartlar şeklinde bir ayırımı tâbi tutarak incelemek gerekir⁶⁷.

1- Hukukî İşlemin Gereklerinden Olan Şartlar

Bu nevi şartlar, hukukî işlem yapılırken ileri sürülmesi dahi, yerine getirilmesi gerekli olan şartlardır. Bu nedenle bu şartlar, hukukî işleme yeni bir şey eklemeler. Belki var olan bir hususu kuvvetlendirici bir özellik arzederler. Bundan dolayı hukukî işlemin gereklerinden olan şartlar, bütün İslâm hukukçularınca câiz kabul edilmiştir. Yani bu nevi şartlara bağlı olarak yapılan hukukî işlemler geçerlidir⁶⁸. Ayrıca bu şartları mutlaka yerine getirmek gerekir veya şartın gerçekleşmesi halinde ona bağlı olan hukukî işlemin hükümleri işlemeye başlar veya sona erer. Satıcının semeni alıncaya kadar malı habsetmesi şartı; satılan şeyin müşteriye, semenin satıcıya teslim edilmesi şartı; satılan şeyin alıcının mülkü olması şartı; kap içinde satılan şeylerde kabın darasının düşülmesi şartı; ağaç üzerindeki meyvelerin satılırken toplanmasının alıcıya ait olması şartı; bedelin bir miktarının indirilmesi şartı, bu şartlara misal olarak verilebilir⁶⁹. Görüldüğü üzere bu nevi şartlar, şart olarak ileri sürülmesi dahi, hukukî işlem gereği yerine getirilmesi gereken hususlardır. Bundan dolayı aktin geçerliliğine her hangi bir etki yapmazlar⁷⁰.

Kap içinde satılan şeylerde kabın darasının düşülmesi şart koşulduğu hallerde, satıcı borcunu ifâ ettikten sonra kabın darasında veya çeşidinde tarafların anlaşamaması halinde, ispat yükü kime ait olacaktır? Hukukî işlemin yazılı şekilde yapılması halinde genelde böyle bir anlaşmazlığın çıkması mümkün değildir. Ancak vasıflarının belirtilmemesi halinde böyle bir anlaşmazlığın çıkması muhtemeldir. Hukukî işlemin sözlü olması halinde ise, alıcıya yemin teklif edilmek suretiyle mesele halledilecektir. Ancak satıcı, alıcının iddia ettiğinin aksini bir delille ispat edecek olursa buna itibar edilmesi gerekir⁷¹.

2- Hukukî İşlemin Amacına Uygun Olan Şartlar

Bu nevi şartlar hukukî işlemin gereklerinden olmamakla birlikte, hukukî işlemin amacına uygundur. Bir şeyi satış bedeli karşılığında rehin vermek; akit meclisinde bulunan bir şahsı kefil göstermek; hukukî işlemi şahitler huzurunda yazmak ve onları şahit olarak göstermek; satış bedelini üçüncü bir şahsa vermek, bir müvekkilin vekiline her ne zaman seni vekaletten azl edersem vekilimsin, padişahın bir kimseye üç gün içinde A şehrine ulaşırsan o şehrin valisinin ifadelerinde olduğu gibi⁷². Bu şartlar hukukî işlemin gereklerinden olan şartlarla aynı hükme tâbidirler. Yani hukukî işlemi geçersiz kılmayıp sadece hukukî işlemin unsurlarını kuvvetlendirirler. Bundan dolayı İslâm hukukunda bu nevi şartlara hukukî işlemin amacına uygun (mülâyim) şartlar denmektedir⁷³.

Hukukî gerekçeleri farklı olsa da, hukukî işlemin amacına uygun olan şartlara bağlı hukukî işlemlerin geçerli olduğunu dört mezhep hukukçuları da kabul etmektedir-

67 Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/168 vd.; İbn-i Rüşî, II/132 vd.; Senhûrî, III/117 vd.; Muğni, IV/285; Ali Haydar, I/291 vd.; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 47-48.

68 Mecelle m. 186, 251, 278; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/80; Senhûrî, III/119, 170, 173; Ebu Zehra, 248; Şirazi, I/268; Ali Haydar, I/291; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 48; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66.

69 Serahsî, XIII/14; Senhûrî, III/118; Muğni, IV/285; Bedayi, V/171; İbn-i Hümmam, V/215.

70 Senhûrî, III/119.

71 Mecelle, m. 186; Ali Haydar, I/291; Mesud Ef., 52; Feteva, V/404.

72 Mecelle, m. 187; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/19; Şirazi, I/268; Muğni, IV/285-286; Senhûrî, III/125; Ali Haydar, I/293; Mesud Ef., 52.

73 Kâsânî, V/171; Senhûrî, III/120, 170.

ler⁷⁴. Hanefi hukukçularına göre, bu nevi şartları kıyas yolu⁷⁵ ile fâsî⁷⁶ kabul etmek gerekir. Zira bu nevi şartlarda taraflardan birinin diğer tarafa nazaran daha fazla yararı vardır. Ne var ki, bu nevi şartlar taraflardan birine yarar sağlıyorsa da, hukukî işlemin hükümlerini kuvvetlendirmekte ve alıcının haklarını sağlamlaştırmaktadırlar. Bu nedenle bu nevi şartları Hanefi hukukçuları istihsan⁷⁷ yolu ile câiz kabul etmişlerdir⁷⁸. O halde Hanefi hukukçuları, hukukî işlemin amacına uygun olan şartların aşında fâsî olduklarını, fakat istisnaen yani alıcının haklarını kuvvetlendirdiği ve hukukî işlemin amacına uygun olduğunu ileri sürerek caiz olması gerektiğini belirtmişlerdir. Buna mukabil Maliki, Hanbeli ve Şafi'i hukukçuları bu hususta birbirine yakın hukukî gerekçeler ileri sürerek, bu nevi şartların istisnaen değil aslen, câiz olduğu görüşündedirler⁷⁹.

Hanefi, Şafi'i ve Hanbeli hukukçuları, hukukî işlemlerin mülaim şartlara bağlı olarak geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, rehin olarak verilmesi veya bir şahsın kefil olması şartının ileri sürülmesi halinde, rehin olarak verilecek şeyin ve kefil olacak şahsın belirli olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bunların belirli olmasından maksat, hukukî işlemin yapıldığı mecliste hazır ise işaret, hazır değilse isminin veya vasıflarının belirtilmesidir⁸⁰. Eğer rehnedilecek şey bilinmezse hukukî işlem fâsî olacaktır⁸¹. Zira bu şartlar satış bedelini kuvvetlendirmek için öngörülmüştür. Ayrıca bunların bilinmemesi daha sonra taraflar arasında bir anlaşmazlığın doğmasına sebep olabilir. Ancak rehnedilecek şeyin vasıflarını taraflar hukukî işlemin yapıldığı mecliste kararlaştırırlar veya rehin bedeli hemen verilecek olursa, fesat sebebi ortadan kalktığı için hukukî işlem geçerli olarak kurulacaktır⁸². Maliki hukukçularına göre ise, rehin olarak verilmesi kararlaştırılan şeyin veya kefil olacak şahsın belirli olması şart değildir⁸³.

Kefil olacak şahıs, hukukî işlemin yapıldığı mecliste hazır ise, kefaleti hemen kabul etmelidir. Söz konusu şahıs kefaleti kabul etmez veya o mecliste bulunmaz, taraflar ayrılıncaya kadar da gelip kefaleti kabul etmezse, Hanefi hukukçularına göre, hukukî işlem geçerli değildir. Zira hukukî işlem kefalet şartına bağlanmıştır. Bu nedenle kimin kefil olduğunun veya kefaleti kabul edip etmediğinin bilinmesi lazımdır. Hanbeli ve Şafi'i hukukçularına göre ise, bu gibi hallerde satıcı, seçimlik bir hakka sahiptir. Dilerse satış bedelinin ödenmesini ister, dilerse akti fesheder⁸⁴. Rehlin verilecek şeyde olduğu gibi kefil olacak şahıs tarafların hukukî işlemin yapıldığı mecliste kararlaştırmaları yeterli değildir. Yani kefil olacak şahsın, hiç olmazsa tarafların hukukî işlemin yapıldığı meclisten ayrılmasından önce akit meclisine gelmiş ve kefaleti kabul etmiş olması gerekir⁸⁵.

Burada akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba alıcı şartları yerine getirmenize durum ne olacaktır? Yani satıcı, alıcıyı şartları yerine getirmeye zorlayabilecek midir? Bu sorunun cevabı alternatiflidir. Yani satıcı, şu üç husustan birini seçme hakkına sahiptir: İlk olarak, alıcıdan şartları yerine getirmesini isteyebilir. Ancak alıcıyı şartları yerine

74 Senhûrî, III/125; Ebu Zehra, 248; Suyutî, 482.

75 Kıyas, İslâm hukukunun asıl kaynaklarından dördü. Buna kıyas-ı fukaha da denmektedir. Sözlükte, takdir, ölçme, karşılaştırma manalarına gelen kıyas, hukuk terminolojisinde şöyle tarif edilmektedir: İslâm hukukunda hakkında açık hüküm bulunan bir meselenin hükmünü, aralarındaki illet (amaç) benzerliğinden dolayı, hakkında açık hüküm bulunmayan bir meseleye de uygulamaktır (Bilmen, I/16; Zeydan, 167).

76 Bk. ileride "Fasî Şartlar".

77 İstihsan, İslâm hukukunun tali kaynaklarından olup, kelime olarak bir şeyi güzel görmek ve tercih etmek manalarına gelmektedir. Hukukî kavram olarak ise, müctehit hukukçunun, zaruret, muteber bir örf ve adet kaidesi veya daha kuvvetli bir kıyas sebebiyle, kapalı kıyası açık kıyasa veya özel bir hükmü genel bir hükmü tercih etmesidir (Bilmen, I/17; Zeydan, 169; Cin/Akgündüz, I/161).

78 Serahsî, XIII/16; Senhûrî, III/129; Kâsânî, V/171.

79 Senhûrî, III/130-131, 170, 173; Hiraşî, V/82; Ebu Zehra, 252.

80 İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, III/125.

81 Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215.

82 Feteva, V/405; Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171; Senhûrî, III/125; Ali Haydar, I/293; Atf Bey, Kitabü'l Büyyü', 49. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyyü', I/66-67.

83 Senhûrî, III/127; Hattab, IV/375.

84 Senhûrî, III/126-127.

85 Mecelle m. 187; Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, III/125-126; Feteva, V/405; Ali Haydar, I/293; Atf Bey, Kitabü'l Büyyü', 49. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyyü', I/67.

getirmeye zorlayıp zorlanamayacağı hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. İbn-i Ebi Leyla ve İmam Züfer'e göre, alıcı rehni vermeye zorlanabilir. Zira bir şeyi rehin olarak vermek hukukî işlem yapılırken şart koşulmuş ise, o artık alıcı için bir haktır. Bundan dolayı alıcı hakkını talep edebilir⁸⁶.

Maliki hukukçularına göre, şarta bağlı hukukî işlem yapıldıktan sonra alıcı, rehin olarak verilmesi kararlaştırılmış olan şeyi vermezse, teslimi zorlanır. Eğer rehin olarak verilecek şeyin vasıfları kararlaştırılmamış ise o beldede örf ve adet olan bir şeyi rehin olarak vermeye zorlanacaktır. Yoksa mutad olmayan bir şeyi rehin olarak vermek istediği takdirde satıcının o şeyi kabule zorlanması mümkün değildir⁸⁷.

Diğer bir kısım İslâm hukukçularına göre ise, bir şeyin rehin olarak verilmesi hukukî işlemin aslı unsurlarından değildir. Bu nedenle alıcıyı zorlamak mümkün değildir. Ayrıca bu şartlar hukukî işlemin gereği olan satış bedelinin teslimini kuvvetlendirir niteliktedir. Bu nedenle alıcı rehin olarak kararlaştırılmış olan şeyi vermeye zorlanamaz⁸⁸. Ancak ona rehni veya kıymetini veya satış bedelini vermesi söylenir. Eğer bunlardan hiçbirini yerine getirmezse satıcının akti feshedeceği kendisine bildirilir⁸⁹. Aynı şekilde alıcıyı, bir şahsı kendisine kefil göstermeye zorlamak mümkün değildir⁹⁰. Buna karşılık alıcıyı aktin yazılı olarak yapılmasına ve başka birini şahit göstermeye zorlamak mümkündür⁹¹.

İkinci olarak satıcı, alıcıdan, satılan şeyin bedelini veya rehlin kıymetini kendisine veya bir başkasına vermesini isteyebilir⁹². Bu durumda alıcıyı rehlin kıymetini veya satış bedelini vermeye zorlamak mümkündür. Alıcı, rehlin kıymeti yerine satış bedelini rehin olarak verecek olursa bu hukukî işlem istihsanen câizdir⁹³. Yani satıcı, şartın mahiyetine göre, alıcıdan şartı yerine getirmesini, semeni ödemesini veya rehlin kıymetini vermesini yahut da satış bedelini rehin olarak vermesini isteyebilir.

Üçüncü olarak satıcı, akti feshedebilir⁹⁴. Alıcı, akitte öngörülen şartları yerine getirmez, satılan şeyin bedelini veya rehlin kıymetini alıcıya vermezse satıcı akti feshedebilir. Zira satıcının, karşılığında rehin bulunan satış bedelinde, karşılığında rehin bulunmayan satış bedelinden daha fazla yararı vardır⁹⁵.

Ancak, alıcı semeni veya rehlin kıymetini verecek olursa, satıcının akti feshetme yetkisi yoktur. Zira rehinden maksat, o şeyin ayını olmayıp kıymetidir. Kıymetinin verilmesi ile de maksat yerine gelmiş olacaktır. Satılan şeyin bedelinin verilmesi halinde ise artık rehne gerek kalmadan akit şartsız olarak meydana gelmiş olur⁹⁶.

3- Örf ve Adet Haline Gelmiş Olan Şartlar

Örf ve adet, insanların alışkanlık haline getirdikleri ve günlük hayatlarında, hukukî işlemlerinde uyguladıkları söz fiil ve terk gibi şeylere denmektedir⁹⁷. Bir şeyin hukuken örf ve adet olarak kabul edilebilmesi için insanların çoğunluğu tarafından uyulması, süreklilik bulunması ve müeyyidesi olması gerekir. Mecelle'nin ifadesi ile, "Nasın istimali hüccettir ki, anıyla amel vacib olur", "Adet, ancak muttarit yahud galip

86 Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171.

87 Hattab, V/376; Serahsî, III/127.

88 Mecelle, m. 187; Kâsânî, V/171; Bilmen, VI/23; Ali Haydar, I/293; Fateva, V/404; Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66; Mesud Ef., 53.

89 Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, III/126.

90 Senhûrî, III/126.; İbn-i Hümmam, V/215.

91 Ali Haydar, I/293 dipnot. 1.

92 Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215; Hattab, IV/375; Ali Haydar, I/293; Atıf Bey, Kitabü'l Büyü', 49.

93 Serahsî, XIII/19; Fateva, V/404.

94 Mecelle m. 187; Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215; Fateva, V/405; Hattab, V/375; Ali Haydar, I/293; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I, 67; Atıf Bey, Kitabü'l Büyü', 49.

95 Mecelle, m. 187; Kâsânî, V/171.

96 Senhûrî, III/121; Bilmen, VI/23; Ali Haydar, I/293.

97 Zeydan, 172 vd. ; Cin/Akgündüz, I/161 vd.

oldukda muteber olur”, “Adet muhakkermdir”, “Örf ile tayin nass ile tayin gibidir”⁹⁸. O halde örf ve adet haline gelmiş olan (müteâref)⁹⁹ şartlar, belirli bir ticarî veya sosyal beldede yaşayanların çoğunluğu tarafından kabul edilip uygulanan şartlar demektir. Aynı manayı ifade etmek üzere teâmül haline gelmiş şartlar kavramı da kullanılmaktadır¹⁰⁰. Kürkü kaplamak, kilidi yerine yerleştirmek, yırtık elbiseyi yamamak veya ağaç üzerinde bulunupda bazısı yemeye elverişli ve bazısı da henüz elverişli olmayan meyveyi tamamen olgunlaşınca kadar kalması şartıyla satmak gibi hallerde örf ve adet haline gelmiş olan şartlardan söz edilir. Bu nevi şartlar câiz şartlardan kabul edildiğinden bunlara bağlı olarak yapılan hukukî işlemler de geçerlidir¹⁰¹. Mecelle'nin ifadesi ile, “Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir.”, “Beyne't-tüccar maruf olan şey, beyinlerinde meşrut gibidir”¹⁰². Zira örf ve adet, İslâm hukuku kaynaklarından biridir¹⁰³. Bu nedenle söz konusu şartlar gerçekleşecek olursa, ona bağlı olan hukukî işlem de hükümlerini meydana getirmeye başlayacak¹⁰⁴ ve imkanlar ölçüsünde yerine getirilmek gerekecektir¹⁰⁵.

Bu nevi şartların ve bu şartlara bağlanan hukukî işlemlerin istihsan yolu ile geçerli olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁶. İmam Züfer, bu nevi şartların taraflardan birine daha fazla yarar sağladığını nazara alarak kıyasen fâsit olduğunu ileri sürmüştür. Zira taraflardan birine faydası olan şartlar müfsit şartlardan olup hukukî işlemi geçersiz kılınmaktadır¹⁰⁷. Ancak hâkim olan görüşe göre, bu nevi şartlar geçerli bir örf ve adet kaidesine istinat ettiklerinden taraflardan birine faydası olan (fâsit) şartlara istisna teşkil etmektedirler. İstihsan kapalı bir kıyasın açık bir kıyasa tercihi söz konusu olduğundan, bu nevi şartlarda istihsan yolu ile câiz şartlardan kabul edilmek gerekir¹⁰⁸.

4- Hukuken Câiz Kabul Edilen Şartlar

Bu nevi şartlara İslam hukukunda şer'an mesağ bulunan şartlar denmektedir. Hıyâr-ı şart, hıyâr-ı vasıf, hıyâr-ı nakit, hıyâr-ı ta'yîn, hıyâr-ı rüyet, hıyâr-ı ayıb, hıyâr-ı gabin ve tağîr gibi şartlardır. Hıyâr-ı şart (Şart muhayyerliği), bir hukukî işlemde taraflardan birinin veya her ikisinin belirli bir süre içinde hukukî işlemi fesh etmek veya icazet vermek hususunda seçimlik bir hakka sahip olmalarına denmektedir. Ebu Hanife ve İmam Züfer'e göre, belirli süre üç gündür. İmameyn (İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed)'e göre ise, taraflar istedikleri süreyi kararlaştırabilirler. Mecelle İmameyn'in görüşünü tercih etmiştir¹⁰⁹.

Hıyâr-ı vasıf (Vasıf muhayyerliği), bir hukukî işleme konu olan şeyde bulunması gerekli bir vasfın sonradan bulunmadığı anlaşıldığı takdirde karşı tarafa tanınan seçimlik hakka denmektedir. Karşı taraf dilerse hukukî işlemi fesheder, dilerse o vasfıyla

98 Mecelle m. 36, 37, 41, 45.

99 Örf ile adet farklı şeylerdir. Örf aklın ve dinen iyi ilinen şey demektir. Oysa adet, işlenegelen, alışlagelmiş şeyler demektir. Kötü örf olmaz ama kötü adet olabilir (Yıldırım, C. : Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı, C. IV. Konya T. siz, s. 433). Mecelle hem örfü (m.45) hem de adet'i (m.36) İslâm hukukunun kaynağı kabul etmiştir. Adetin hukukunun kaynağı olabilmesi için kötü olmaması (muttarid) ve birlikte kullanılmaları gerektiği ifade edilmiştir (Mecelle m.41; Ali Haydar, I/105-106). Yine 188'nci maddede "mütearef " kelimesi, örf-ü adet olarak açıklanmıştır. İslâm hukukçuları da örf ile adet'i aynı manada veya birlikte kullanmışlardır (Bilmen, I/17).

100 Kâsânî, V/172; Senhûrî, III/131; Bilmen, I/17.

101 Mecelle m. 188; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/172; Ebu Zehra, 263; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180.

102 Mecelle m.43, 44; Ali Haydar, I/107 vd.

103 "Örf ile tayin nas ile tayin gibidir." (Mecelle 45); Serahsî, XIII/14; Zeydan, 172 vd.; Cin/Akgündüz, I/161 vd.

104 Mecelle m.82; Ebu Zehra, 263; H.Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180.

105 Mecelle m. 83; Ali Haydar, I/295; Bilmen, VI/23.

106 Serahî, XIII/14; Feteva, V/406; İbn-i Hümmam, V/221; Senhûrî, III/133.

107 Kâsânî, V/172; Ebu Zehra, 249.

108 Kâsânî, V/172; İbn-i Hümmam, V/221-222; Senhûrî, III/133; Ebu Zehra, 249; Ali Haydar, I/295; Mesud Ef., 53.

109 Mecelle m. 300-309; Serahsî, XIII/38 vd.; Kâsânî, V/174; İbn-i Rüşt, II/172; Ebu Zehra, 248-249; Mardin, Hıyâr-ı Şart, 721-723; Bilmen, VI/56 vd.; Ali Haydar, I/476 vd.; Karaman, II/284 vd.

kabul eder. Ancak karşı tarafın böyle bir hakka sahip olabilmesi için, hukukî işlemin yapıldığı anda veya kararlaştırılmış olması veya hukukî işleme konu olan şeyde o vasfın bulunmasının örf ve adet haline gelmiş olması gerekir¹¹⁰

Hıyâr-ı nakit (Nakit muhayyerliği), tarafların belirli bir zamana kadar bedelin ödenmesi ve ödenmediği takdirde, hukukî işlemin geçersiz olacağını aralarında kararlaştırmalarına denmektedir. Hukukî işlemin iki tarafı içinde nakit muhayyerliği mümkündür. Ayrıca muhayyer olunan sürenin belirli olması şarttır. Süre belirlenmez veya rüzgarın esmesi gibi belirli olmayan bir süre kararlaştırılırsa hukukî işlem fâsit olur. Nakit muhayyerliğinde sürenin üç günden fazla olup olamayacağı İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. İslâm ve Osmanlı hukukunda hâkim olan fikre göre, üç günden fazla olabilir¹¹¹.

Hıyâr-ı ta'yîn (Ta'yîn muhayyerliği), olmayan mallardan iki veya üç şeyin fiyatlarının açıklanarak taraflardan birine bunlardan birini almak veya satmak hakkının tanınmasına denmektedir. İslâm ve Osmanlı hukukunda hâkim olan fikre göre, hukukî işlem esnasında ta'yîn muhayyerliğinin süresinin belirtilmesi lâzımdır. Ebu Hanife'ye göre bu müddet üç gündür. İmameyn'e göre ise taraflar diledikleri kadar bir süre tayin edebilirler¹¹².

Hıyâr-ı rü'yet (Görme muhayyerliği), karşı tarafın görmediği bir şeyin, hukukî işleme konu olması halinde, onu görünce dilerse hukukî işlemi feshetme ve dilerse kabul etme hakkının tanınmasına görme muhayyerliği denmektedir. Görme muhayyerliği belirli bir süre ile sınırlı değildir. Kabul veya fesih beyanı sözlü veya fiilî olarak açıklanabilir. Kabul beyanının karşı tarafa bildirilmesine gerek olmasa bile fesih beyanının karşı tarafa bildirilmesi gerekir¹¹³.

Hıyâr-ı ayb (Kusur muhayyerliği), hukukî işleme konu olan şeyin kusursuz olup olmadığı şart koşulmadan yapılan bir hukukî işlemde, şeyin eski bir kusuru olduğu sonradan anlaşıldığı takdirde, karşı tarafa tanınan seçimlik hakka denir. Karşı taraf dilerse hukukî işlemi fesheder, dilerse kararlaştırılan bedel ile şeyi kabul eder¹¹⁴.

Hıyâr-ı gabn ve tağrîr (Gabin ve aldanma muhayyerliği), bir hukukî işlemde bedel ile konu arasında (taraflardan birinin karşı tarafı aldatarak) büyük bir farklılığın olması halinde, aldanan tarafın hukukî işlemi feshetme hakkına denmektedir. Aldanan tarafın böyle bir hakka sahip olabilmesi için, iki önemli şartın bir arada bilinmesi gerekir: Bunlar bedel ile konu arasında aşırı bir fark olması ve bir tarafın diğer tarafı aldatması (tağrîr, hile) gerekir. Bedel ile konu arasındaki aşırı farkı, ticarî ölçülere göre normal olmayan fiyat farklılığı şeklinde anlamak gerekir. Aldanan tarafın alıcı ile satıcı olması arasında fark yoktur. Taraflardan birinin karşı tarafı çeşitli hileli yollar kullanarak aldatmış olması gerekir. Bilmeyerek ve istemeyerek yapılan bir işlemde fiyatlar arasındaki aşırı fark hıyâr-ı gabn ve tağrîr'e girmez. Ayrıca üçüncü bir kişinin aldatması sonucunda aldananın da böyle bir seçimlik hakkı yoktur¹¹⁵. Fesih hakkına sahip olan kimsenin ne kadar bir süre bu hakka sahip olduğu hususunda Mecelle'de bir açıklık yoktur. Sadece böyle aşırı bir yararlanma ve aldatmanın bulunduğu hukukî işlemin konusunun her hangi bir şekilde telef olması veya bu hakka sahip olan kişinin o şey üzerinde tasarrufta bulunması ile fesih hakkının sona ereceği belirtilmektedir(m. 360). Mecelle tadillerinde, fesih hakkına sahip olan kimsenin bu hakkının, gabin ve tağrîri öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halûkârda üç yıl geçmekle zaman aşımına uğraması gerektiği teklif

110 Mecelle m. 310-312; Serahsî, XIII/45 vd.; Ali Haydar, I/502 vd.; Mardin, Hıyârı vasıf, 483-491; Bilmen, VI/60 vd.

111 Mecelle m. 313-315; Ali Haydar, I/508 vd.; Bilmen, VI/62 vd.

112 Mecelle m. 316-319; Feteva, V/211; Ali Haydar, I/510 vd.; Bilmen, VI/63 vd.; Karaman, II/288 vd.

113 Mecelle m. 320-335; Feteva, V/219; Osman, Muhamat, 1338; S.49, s. 130-133; Ali Haydar, I/520 vd; Bilmen, VI/66 vd; Karaman, II/290 vd.

114 Mecelle m. 336-355; Feteva, V/241; Ali Haydar, I/542 vd; Bilmen, VI/70 vd; Karaman, II/295 vd.

115 Mecelle m. 356-359; Ali Haydar, I/586 vd; Bilmen, VI/79 vd.

edilmiştir¹¹⁶. Bu nevi şartlar İslâm hukukunda câiz şartlardan sayıldığı için söz konusu şartlara bağlı hukukî işlemler de geçerli kabul edilmiştir¹¹⁷.

5- Hukukî İşlem Kurulduktan Sonra Vaad Edilen Şartlar

Hukukî işlem kurulurken her hangi bir şart ileri sürülmediği halde, taraflardan birinin vaad suretiyle hukukî işleme sonradan eklediği şartlar geçerlidir. Ancak bu eklenen şartların câiz şartlardan olması gerekir. Buna mukâbil fâsit şartların vaad edilmesi halinde, İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, bu şartları yerine getirmek gerekmez. Yani lağv olur¹¹⁸.

B- Fâsit Şartlar ve Bu Şartlara Bağlı İşlemler

1- Kavram ve Tarifi

Fâsit, lügatta kötü, fena, yanlış, bozuk manalarına gelen bir kelimedir¹¹⁹. Hukukî kavram olarak fasit, aslında sahih olduğu halde câiz olmayan bir şeye yakınlığı sebebi ile sahih olmaktan çıkan fiil veya hukukî işlemlere denmektedir¹²⁰. İslâm hukukçuları hukukî işlemin unsurlarını aslî (kurucu) ve vasfî (geçerlilik) olmak üzere ikiye ayırarak incelemişlerdir. Bu nedenle fâsiti, aslen meşru, vasfen gayri meşru olan fiillerdir, şeklinde tarif etmişlerdir¹²¹. Fâsit ile bâtil kavramlarına diğer mezhep hukukçuları aynı hükme tabi tutsalar bile, Hanefi hukukçuları fâsit ile bâtil farklı hukukî neticelere bağlanmıştır¹²². Fâsit şartları ifade etmek üzere "bâtil şartlar" kavramını kullanan hukukçular¹²³ var ise de, bunlar azınlıkta kalmakta ve bâtil ve fâsit ayrımı nazara alındığında fâsit şartlar kavramının yerinde bir ifade olduğunu söylemek gerekir. Zira bâtil, aslen ve vasfen meşru olmayan fiil veya işlemlerdir. Burada ileri sürülen şartlar aslında geçerli olmakla birlikte başka bir hukukî işlemle birleştikleri (safkateyn) veya birden fazla oldukları ve bir tarafa daha fazla yarar sağladıklarından bâtil sayılmışlardır¹²⁴.

Fâsit şartları şu şekilde tarif etmek mümkündür: Hukukî işlemin gereklerinden olmayıp, onun amacına da uygun olmayan, örf ve adet haline gelmemiş ve hukuken câiz kabul edilmemiş olan, ancak taraflardan birine veya üçüncü bir şahsa faydası olan şartlardır¹²⁵. Satmamak şartıyla bir köle satın almak, bir yıl ekmek şartıyla arazi satın almak vs. gibi. Bu nevi şartların fâsit oluş sebeplerini konunun önemine binaen ayrı bir başlık altında incelemek gerekecektir.

2- Şartların Fâsit Olmasının Sebepleri

Şartların fâsit kabul edilmesinin sebepleri hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Bir fikre göre, bu nevi şartlar taraflar arasında bir anlaşmazlığın çıkmasına sebep olabilir. Zira, bir tarafa faydası olan şartın ifâsını, ilgili taraf talep edecek, fakat karşı taraf bu talebi yerine getirmekten ictinab edebilecektir. Bu durum da taraflar arasında bir anlaşmazlığın çıkmasına sebep olacaktır. Hüküm genele göre

116 CA, 1340, S. 25, s. 902.

117 Serahsi, XIII/17; Kâsânî, V/175; Bilmen, VI/24; Suyutî, 482; Ali Haydar, I/296; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180 ve Kitabü'l Büyü', I/68.

118 Kâsânî, V/176; İbn-i Rüşd, II/134; Ali Haydar, I/296-297; Bilmen, VI/24; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 49; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/67.

119 Develioğulu, fasit maddesi.

120 Bilmen, I/35.

121 Mecelle m. 109; Cezirî, II/1370; Zeydan, 305; Ali Haydar, I/217-218; Bilmen, I/35; Karaman, II/2261.

122 Bu görüşler için bk.ilerde "Fâsit Şartların Hükümleri".

123 Ebu Zehra, 251.

124 Kâsânî, V/170; İbn-i Hüman, V/217; İbn-i Rüşd, III/187; Senhûrî, III/179; İbn-i Kudame, IV/285; Makdîsî, IV/53.

125 Serahsi, XIII/15; Kâsânî, V/169; Ebu Zehra, 249; Ali Haydar, I/299; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 48.

verildiğinden bazı durumlarda anlaşmazlığın çıkmaması bu nevi şartların câiz sayılmasını gerektirmez¹²⁶.

Hanefi mezhebi hukukçularının şartları genel olarak fâsit kabul ettiklerini yukarıda ifade etmiştik¹²⁷. Bu nedenle fâsit şartları en geniş şekilde inceleyen bu hukukçular olmuştur¹²⁸. Hanefi ve Şafi'i hukukçularına göre, bu nevi şartların fâsit olmasının birden fazla sebebi vardır. İlk olarak bu hukukî işlemde karşılığı olmayan bir fazlalık vardır. Dolayısıyla taraflardan birine hukukî işlemde karşılığı olmayan bir yarar sağlamaktadır. Bu fazlalık faiz ya da faiz şüphesi uyandıracak bir durumdur¹²⁹. Bilindiği üzere gerek faizli gerekse faiz şüphesi bulunan hukukî işlemler İslâm hukukunda fâsit kabul edilmiştir¹³⁰.

Bu şartların fâsit olmasının bütün İslâm hukukçularınca kabul edilen en önemli sebebi ise, bir hukukî işlemin içinde ikinci bir hukukî işlemin İslâm hukukunda yasak olmasıdır. İslâm hukukunda buna "safkateyn"¹³¹ denmektedir¹³². Safkateyn şeklinde yapılan hukukî işlemlerin fâsit olduğunu bizzat Hz. Peygamber ifade etmiştir¹³³. Buradan hareketle dört mezhebin hukukçuları da safkateyn şeklinde yapılan hukukî işlemleri fâsit kabul etmişlerdir. Ne var ki, safkateyn kavramının içeriği konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Maliki, Hanbeli ve bir kısım Hanefi hukukçularına göre, bir hukukî işlem içinde ikinci bir hukukî işlemde maksat, bir malın peşin şu fiyata, veresiye şu fiyata veya bir ay vade ile şu fiyata, iki ay vade ile şu fiyata denilerek satılması halidir. Zira satım akti belirli bir fiyat karşılığında yapılmamış birden fazla fiyat belirtilmiştir. Oysa safkateyn bir akit içinde ikinci bir akit, başka bir ifade ile bir satış içinde ikinci bir satış demektir ve bu durum bizzat Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır¹³⁴. Bir satışta iki fiyat belirtilmesi ise, kelimenin tam anlamı ile safkateyndir. Bu nedenle yasak olan da bir evin belli bir süre daha içinde oturulması şartıyla satılması olmayıp, birden fazla hukukî işlem veya birden fazla şart içeren bir satışta iki veya daha fazla fiyat belirlenmesidir¹³⁵.

Hanefi mezhebinde hakim olan fikre göre, bir hukukî işlem içinde ikinci bir işlem ve bir şart içinde şarttan maksat, bir satımda iki fiyat tesbiti değildir. Bir hukukî işlem içinde ikinci bir hukukî işlemde maksat, satıcının sattığı evde belli bir süre daha oturmayı şart koşması gibi hallerdir. Gerçekten bir evin bir ay daha içinde oturulması şartıyla satılması halinde, iki ayrı hukukî işlemin varlığını kabul etmek gerekir. Birincisi bir evin satımı, yani satım akti, ikincisi, o evde satıcının belli bir süre ikamet etmesi, yani kira akti. Şart koşulan şeyin hukukî işlemde karşılığı yoksa, iare (ödünç), hibe veya başka bir hukukî işlem söz konusu olabilir. Fakat her halükârda bu gibi hallerde birden fazla hukukî işlemin varlığını kabul etmek gerekir¹³⁶.

126 Ali Haydar, I/299.

127 Bk.yukarıda "İslâm Hukukçularının Şartla İlgili Görüşleri".

128 Serahsî, XIII/13 vd; Kâsânî, V/168 vd.; Senhûrî, III/112 vd; Feteva, V/405 vd.; Ebu Zehra, 251; Ali Haydar, I/299.

129 Kâsânî, V/169; Senhûrî, III/143; Ebu Zehra, 250-251.

130 Senhûrî, III/143, 147; Bilmen, VI/104; Karaman, II/200 vd.

131 Safka, akitle eşanlımlı bir kelimedir. Safkateyn ise, iki akit demek olup, içiçe yapılan iki akti ifade etmektedir (Develioğlu, safka maddesi; Bilmen, VI/75; Çeker, 107).

132 Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/173; İbn-i Hümmam, V/218; El-Makdîsî, IV/53; İbn-i Kudame, IV/285; Senhûrî, III/143 vd.; Ebu Zehra, 250.

133 Tirmizî, Büyü, XII/18, No:1231; İbn-i Hümmam, V/218; İbn-i Kudame, IV/290-291; Senhûrî, I/151.

134 Malik, İbn-i Enes: El-Muvatta, Beyrut 1994, s. 494-495.

135 Serahsî, XIII/7-8,36; Kâsânî, V/158; İbn-i Rüşt, II/134; Senhûrî, III/179; İbn-i Kudame, IV/285; Makdîsî, IV/53; Ebu Zehra, 254.

136 İbn-i Hümmam, V/215 vd.; İbn-i Abidin, IV/122 vd.

3- Fâsîr Şartın Çeşitleri

a) Taraflardan Birinin Yararına Olan Şart

Hanefî hukukçularına göre, taraflardan birine yararı olan şartlar fâsîttir. Bu açıdan şartın alıcı veya satıcının yararına olması arasında fark yoktur. Ancak bu yarar hukukî işlemin gereklerinden olmamalı veya o yerde örf ve adet haline gelmemiş ve hukukî izin verilmemiş olmalıdır¹³⁷. Bir tarafın diğer tarafa bir şeyi ivazlı veya ivazsız olarak devretmesi, bir kimsenin sattığı evinde belirli bir süre veya ölünceye kadar ikamet etmesi, bir tarafın karşı tarafa ölünceye kadar bakması, ağaçtaki meyvaların satıcı tarafından toplanması, adrese teslim¹³⁸ vs. gibi şartlarla yapılan satışlarda taraflardan birinin yararı olduğundan bu nevi şartlar fâsîttir. Aynı şekilde bir kadının bir erkeğe "kendisini veya bir yakınına nikahlaması şartıyla" bir şeyi satması veya hibe etmesi halinde de fâsîr şart söz konusudur¹³⁹. Şafî'i hukukçuları da bu nevi şartları kendisinde hukuka uygunluk bulunmayan şartlar olarak nitelemekte ve Hanefî hukukçuları ile aynı hükme tâbi tutmaktadırlar¹⁴⁰.

Malîki ve Hanbelî hukukçularına göre bu nevi şartlar câizdir¹⁴¹. Zira bu şartlar hukukî işlemin gereklerinden olmamak, onun amacına uygun bulunmamakla beraber, hukukî işlemin niteliğine aykırı da değildir. Satıcının belirli bir süre oturması şartıyla evini satması gibi. Bu hukukçular, gerekçe olarak Hz. Peygamber'in Cabir'den deve satın aldığı hadisi göstermektedirler. Bu hadise göre, Hz. Peygamber, Cabir'den bir deve satın almakta ve Medine'ye kadar binmesini şart koşturmuştur ki, burada kelimenin tam anlamı ise taraflardan birinin yararı vardır. Hatta satıcı kendi lehine olan bu yararı başkasına ivazlı veya ivazsız devredebilir. Aynı şekilde alıcı da kendi lehine böyle bir şart koşabilir. Ancak taraflarca ileri sürülen bu şartların birden fazla olmaması ve belirli olması gerekir. Şartın belirsiz veya birden fazla olması halinde hem şart hem de hukukî işlem fâsîr olacaktır. Zira Hz. Peygamber başka bir hadisinde bir hukukî işlemde birden fazla şart ileri sürülmesini yasaklamıştır¹⁴².

b) Satılan Şeyin Yararına Olan Şartlar

Hemen belirtelim ki satılan şeyin yararına olan şartlar, sadece satılan şeyin insan (köle) olması halinde söz konusu olabilir. Bu sebeple hürriyetine kavuşturulması (azad edilmesi) şartıyla bir kölenin satılması hali bu nevi şartların tek misâlini teşkil eder.

Satılan şeyin yararına olan şartların hangi hükme tâbi oldukları hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Bir kısım Hanefî, Şafî'i ve Hanbelî hukukçuları gerekçeleri farklı olsa da, satılan şeyin yararına olan şartın fâsîr olduğunu belirtmişlerdir. Zira bu nevi şartlar hukukî işlemin muktezasından olmadığı gibi onu teyit eder mahiyette de değildir. Ayrıca burada malikin tasarruf hakkı kısıtlanmaktadır. Çünkü satılan şey köle de olsa mal hükmünde olduğundan alıcının ona malik olması ve üzerinde dilediği şekilde tasarruf edebilmesi gerekir. Oysa hürriyetine kavuşturulması şartıyla bir köle satın alınmasında bu durum yoktur. Hanbelî hukukçuları ise, hukukî işlemin

137 Serahşî, XIII/15; Kâsânî, V/169; İbn-i Hümmâm, V/215; Senhûrî, III/141; Ebu Zehra, 262; Ali Haydar, I/299; H. Reşîr Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180.

138 Alıcı ile satıcı farklı yerlerde ikamet ettikleri takdirde adreste teslim şartıyla bir alım-satım akti yapılacak olursa bütün İslâm hukukçularına göre, bu alım-satım akti batıldır. Ancak taraflar aynı yerde ikamet ediyorlarsa, Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf'a göre İstihşanen geçerlidir. İmam Muhammed'e göre ise, bu nevi bir şart, hukukî işlemin iktizasından olmadığı gibi, hukukî işlemin iktizasına uygun da değildir. Ayrıca taraflardan birine (alıcıya) yarar da sağlamaktadır. Bu nedenle kıyasen fâsîttir (Senhûrî, III/142 dipnot).

139 Feteva, V/406-407; Suyutî, 481; Ali Haydar, I/300.

140 Ebu Zehra, 253.

141 İbn-i Teymiye, taraflardan birinin yararına olan şartta bağlı olarak bir hukukî işlemin yapılabileceği görüşündedir. Mesela kişi sattığı evde bir ay daha oturmayı şart koşabilir. Aynı şekilde hibe eden veya vakıf yapan kimsenin belli bir müddetle bir yararı şart koşturması da mümkündür (İbn-i Teymiye, Nazariyetü'l-Akd, 16). Ancak gerek malî ve gerekse teberruata (hibe, vakıf gibi) ilişkin hukukî işlemlerde yarar belli değilse şart fâsîr olacaktır (İbn-i Teymiye, Feteva, III/342).

142 İbn-i Kudame, Muknî, IV/49 vd; İbn-i Rüşt, II/136; Senhûrî, III/182; Cezîrî, III/1378.

muktezasına aykırı olduğu gerekçesi ile aynı sonuca varmaktadırlar¹⁴³. Ebu Hanife, Şafî'i, Malikî¹⁴⁴ ve bir kısım Hanbelî¹⁴⁵ hukukçularına göre, bu nevi şartlar câizdir. Dolayısıyla kölenin azad edilmesi şartıyla satılması halinde bu işlem geçerlidir¹⁴⁶. Hukukî dayanak olarak da yukarıda geçen Berire hadisini misal göstermektedirler¹⁴⁷. Bu hadiste Berire isimli bir cariye, hürriyetine kavuşabilmesi için gerekli olan bedel konusunda Hz. Peygamber'in eşi Aişe'den yardım istemiş, Aişe'de hürriyetine kavuştuktan sonra velâ hakkının¹⁴⁸ kendisine ait olması şartıyla gerekli parayı vereceğini şart koşmuş ve Berire'nin sahipleri de buna razı olmamışlardır. Bunun üzerine Hz. Peygamber, Aişe'nin, önce Berire'yi satın almasını sonra da hürriyetine kavuşturmasını istemiştir. Bu fikri savunanlara göre, burada normal bir alım-satım akti söz konusu olup satılan şeyin mülkiyetinin alıcıya geçmesi şart koşulmaktadır. Bu da aktin mahiyetine uygundur ve akti ifsat etmez¹⁴⁹. Ancak alıcı, akti tamam olduktan sonra köleyi azad etmeyecek olursa, durum ne olacaktır? Bu hususta iki fikir ileri sürülmüştür. Bir fikre göre, alıcı satın aldığı köleyi azad etmeye zorlanır. Diğer bir fikre göre ise, bu durumda satıcının akti feshetme hakkı vardır. Satıcı akti feshederek dilerse kölesini azad eder dilerse etmez¹⁵⁰. Alıcının köleyi azad etmeye zorlanması daha makul görünmektedir. Çünkü şartlara bikader'il-imkan müraat etmek gerekir.

c) Gerçekleşmesi Şüpheli Şartlar

İslâm ve Osmanlı hukukunda bu nevi şartlara "vücudunda garar olan şartlar" denmektedir¹⁵¹. Garar, lügatta tehlike, bilmemek ve aldanmak manalarına gelen bir kelimedir¹⁵². Hukukî kavram olarak garar, gerek unsur gerekse vasıf olarak tarafların iradeleri ile hukukî işlemde ileri sürülen, mevcut olmayan ve gerçekleşmesi de şüpheli olan şeydir. Ağa takılacak balıklar veya havadaki kuşu satmak gibi¹⁵³. Tariften de anlaşılacağı üzere garar, hukukî işlemin konusunda veya vasıflarında olabilir. Gararın hukukî işlemin konusu ile ilgili olması halinde hukukî işlem bâtül olur. Bir ağa takılacak balıkların satılması gibi. Mecelle'nin ifadesi ile "Mâdumun bey'i bâtıldır."¹⁵⁴ Yani mevcut olmayan bir şeyin hukukî işleme konu olması mümkün değildir. Buna mukâbil gararın, hukukî işlemin vasıf ve miktarında olması ve bu hususun hukukî işlemde şart olarak ileri sürülmesi (Meselâ hayvanın hamile olması şartıyla satın alınması) halinde hukukî işlemin ne gibi bir müeyyideye tâbi olacağı hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir.

Ebu Hanifeye göre, bu nevi şarta bağlanmış bir hukukî işlem geçerlidir. Çünkü burada bir kölenin katip olması veya bir cariyenin terzi olması şartıyla satın alınmasına benzer bir durum vardır. Yani şart değil bir vasfın beyanı vardır¹⁵⁵. Hanefî hukukçusu İmam Muhammed'e göre ise, bu nevi şarta bağlanmış olan hukukî işlemler fâsittir¹⁵⁶.

143 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümam, V/215; Remelî, III/433; İbn-i Rüşt, II/135; Senhürî, III/182.

144 Malikîler, kölenin hemen azad edilmesi halinde bu şartı caiz görmüşlerdir. Eğer alıcının hemen azad etmesi şart koşulmazsa kararı çok olacağından caiz olmayacağını ileri sürmüşlerdir (İbn-i Rüşt, II/135).

145 İbn-i Teymiye'ye göre, kölenin hürriyetine kavuşturulması şartıyla yapılan satım akti caizdir. Hatta bir köleyi ölüncüye kadar kendisine hizmet etmesi şartıyla hürriyete kavuşturmak da geçerlidir. Lakin vela hakkının satıcıya ait olacağına dair şart geçersizdir. Zira bu şart Hz. Peygamber tarafından haram kılınmıştır ve satıcı bu satım aktini bu şarta bağlamakla haramı helal kılmaktadır (İbn-i Teymiye, Feteva, III/327).

146 Kâsânî, V/170; Şirazî, I/268; Ebu Zehra, 254; İbn-i Rüşt, II/135; Suyutî, 482.

147 Hadisin metni ve kaynakları için bakınız yukarıda "İslâm Hukukunda Şartın Düzenlenişi".

148 Velâ, hürriyetine kavuşan köle ile efendisi arasında kurulan akrabalık bağıdır. Buna mevle'l-itaka da denir (Canan, III/74; Cin/Akgündüz, II/133).

149 Serahsî, XIII/16.

150 İbn-i Hümam, V/216.

151 Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/168; Ali Haydar, I/291.

152 Kamus, garar maddesi; Topaloğlu/Karaman, garar maddesi.

153 Kamus, garar maddesi; Bilmen, VI/24, 61.

154 Mecelle m. 205; Ali Haydar, I/319, 326.

155 Serahsî, XIII/20; Kâsânî, V/168-169.

156 Senhürî, III/112, 113; Ali Haydar, I/302; Bilmen, VI/61.

Zira Hz. Peygamber tarafından gararlı satışlar yasaklanmıştır¹⁵⁷. Ayrıca bir hayvanın hamile olup olmadığını bilmeye her zaman imkan yoktur. Yani bu nevi şarta bağlı bir hukukî işlemde varlığı şüpheli olan bir fazlalık şart koşulmaktadır. Eğer şart koşulan şeyin varlığı şüpheli olmazsa bu takdirde hukukî işlem câizdir. Ancak misâlimizde şart koşulan fazlalığın meydana gelip gelmeyeceği şüphelidir. Meydana gelse bile ölü veya sağ doğacağı veya erkek veya dişi olacağı bilinmemektedir. Bundan dolayı hukukî işlemde belirli olmayan bir şeye bedel tayin edilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Maliki hukukçuları, takyîdî şartları, ihtiva ettikleri garar nisbetin göre, câiz, fâsit ve lağv şartlar olmak üzere üçe ayırmışlardır. Yani takyîdî şartları tasnif ederken Ebu Hanife ile İmam Muhammed'in görüşlerinin sentezini benimsemişlerdir. Gerçekten bu hukukçulara göre, genel olarak sentez, tercihten üstündür¹⁵⁸. Buna göre, hukukî işlemde vasıf olarak ileri sürülen şartlardaki garar, fazla miktarda ise hukukî işlem fâsit, az olursa câiz, ne az ne de çok olursa, hukukî işlem geçerli olup şart lağv (yok) kabul edilir¹⁵⁹.

d) Vâde Şartı

Bu nevi şartlara İslâm ve Osmanlı hukukunda mebi'de ve ayın olan semende vade şartı denmektedir¹⁶⁰. Mebi', aktin konusu, yani satılan şey demektir¹⁶¹. Bir şeyin mebi' olarak nitelendirilebilmesi için hem mal hem de mütekavvim şeylerden olması gerekir¹⁶². Mütekavvim, dinen satıma konu olmasında bir sakınca bulunmayan ve tasarrufa imkan tanıyan (mührez) şey demektir¹⁶³. Buna göre, mütekavvim olmayan şeylerin hukukî işleme konu olması halinde bu hukukî işlem bâtül olur¹⁶⁴.

İslâm ve Osmanlı hukukunda semen (satış bedeli) biri dar diğeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmıştır. Dar anlamda semen, bir nesnenin kıymetidir¹⁶⁵. Bu anlamda semen, ölçülebilen, tartılabilen veya nakit gibi şeylerdir. Geniş anlamda semen ise, mebi'e karşılık olan şeydir. Bu anlamda semen, nakit, ölçülebilen ve tartılabilen şeyler olabileceği gibi elbise veya hayvan dahi olabilir¹⁶⁶.

Ayın ise, lügatta muayyen ve muşahhas olan şeydir. Hukukî kavram olarak ayın, gayrimenkul, hayvanât, misli eşya, yenebilir, ölçülüp-tartılabilir şeylerdir¹⁶⁷. O halde ayın olan semenden maksat, nakit haricindeki şeylerdir¹⁶⁸. Vâde ise, gelecekte gerçekleşmesi muhakkak bir olaydır. Vâde, gün, ay, yıl, yıldönümü gibi belirli bir zaman dilimi ile ifade olunur¹⁶⁹.

Buradaki vâde şartından maksat, satış bedelinin ayın olması halinde, semenin veya mebi'in belirli bir vadeye bağlanmasıdır. Meselâ A'nın B'ye elbisesini 100 kilo buğday karşılığında bir ay vâde ile satmasında olduğu gibi. Bu durum hadisile yasaklanmış¹⁷⁰ olduğundan satım akti fâsit olmaktadır¹⁷¹. Satış bedelinin nakit olması halinde,

157 Serahsî, XIII/19-20; Kâsânî, V/168-169.

158 İbn-i Rüşî, II/133.

159 İbn-i Rüşî, II/133-134; Hattab, IV/373; Hiraşî, V/80.

160 Ali Haydar, I/302; Karaman, II/186.

161 Mecelle m. 150-151; Bilmen, VI/5; Döndüren, 71 vd.

162 Mecelle m. 199; Ali Haydar, I/319.

163 Mecelle m. 127.

164 Mecelle m. 210 vd.; Zühaylî, I/168; Ali Haydar, I/332.

165 Mecelle m. 152; Bilmen, VI/9; Döndüren, 81 vd.

166 Kâsânî, V/234; Ali Haydar, I/776.

167 Mecelle m. 159; Ali Haydar, I/245-246.

168 Ali Haydar, I/238.

169 Mecelle m. 247, 248; Ali Haydar, I/397-298; Bilmen, VI/41.

170 Şevkanî, Neylül Evtar, V/176.

171 Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/174; Senhûrî, III/112; Ali Haydar, I/302, 396.

semen belirli bir vâdeye bağlanabileceği gibi¹⁷², mebi'i de vâdeye bağlanabilir (ki buna selem veya selef denmektedir)¹⁷³.

Bu husus Mecelle'de açıkça yer almasa bile, 245'nci madde nazara alınarak böyle bir sonuca varmak mümkündür. Bu madde hükmüne göre, "Semeni tecil ve taksit ile bey' sahih olur." Mecelle'yi şerheden hukukçular buradaki semenden maksadın nakit olduğunu, semenin ayın olması halinde belirli bir vadeye bağlanamayacağını ifade etmişlerdir¹⁷⁴. Zira akitten maksat, mal ile malın veya mal ile bedelin karşılıklı temlik ve teslimidir. Mebi'in veya ayın olan semenin hemen teslim edilmemesi halinde ise, bu amaç gerçekleşmemektedir. Hukukî işlemlerde vâdeden maksat, bir tarafın o şeyde tasarrufta bulunarak (bizzat faydalanarak veya başkasına satarak) vâdesi geldiğinde semeni veya mebi'i karşı tarafa teslim etmesidir. Semen ayın olarak kararlaştırılır ve bu da belirli bir vadeye bağlanacak olursa, alıcı semeni aynen teslim etmek zorunda olduğundan onun üzerinde bir tasarrufta bulunamayacak ve akitten beklenen gaye de gerçekleşmemiş olacaktır¹⁷⁵.

e) Hıyâr-ı Şartın Devamlı Veya Belirsiz Süreli Olması Şartı

Hıyâr-ı şart, belirli bir süre içinde akti feshetmek veya icazet vermek hususunda taraflardan birine veya ikisine veya üçüncü bir şahsa tanınan seçimlik hakka denmektedir¹⁷⁶. Yukarıda da ifade edildiği üzere hıyâr-ı şart, hukuken câiz kabul edilen şartlardandır. Hıyâr-ı şartı çeşitli açılardan tasnife tâbi tutmak mümkündür. Ancak biz sadece konumuzla ilgili olan süre yönünden yapılan tasnif üzerinde duracağız. Süre yönünden hıyâr-ı şart, süre belirtilmeden, devamlı ve bilinmeyen bir süre ile sınırlı olmak üzere üç kısma ayrılır. Hıyâr-ı şartın süresinin belirli olması lâzımdır. Ancak bu süre hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Ebu Hanife, Züfer ve Şafi'i'ye göre, hıyâr-ı şart süresi üç gündür¹⁷⁷. Maliki hukukçularına göre, satılan şeyin çeşidine göre değişir. Hanbelilere göre ise, bu sürenin belirli olması yeterlidir¹⁷⁸.

Hıyâr-ı şartta, süre belirtilmemesi halinde hukukî işlem bütün İslâm hukukçularına göre fâsit olur¹⁷⁹. Hıyâr-ı şartta, devamlı olarak veya istediğin kadar veya yağmurun yağması, rüzgarın esmesi veya üçüncü bir şahsın gelmesi gibi belirsiz bir süre kararlaştırılması halinde, hukukî işlemin ne gibi bir müeyyideye tâbi olacağı İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. İmam Malik'e göre hâkim hukukî işlemin konusuna bakarak belirli bir süre tayin eder. Ebu Hanifeye göre ise, muhayyerlik şartı üç gün içinde kullanılmazsa hukukî işlem fâsit olur. Diğer bir kısım İslâm hukukçularına göre, hıyâr-ı şartta böyle belirsiz bir sürenin kararlaştırılmış olması halinde hukukî işlem baştan itibaren fâsittir¹⁸⁰. Mecelle sürenin kararlaştırılması gerektiğini hükme bağlamış, fakat sürenin ne kadar olacağı hususunda her hangi bir hüküm getirmemiştir(m. 300).

C- Lağv Şartlar

1- Kavram ve Tarifi

Lağv, lügatta faydasız, boş, hükümsüz bırakma gibi anlamlara gelen bir kelimedir¹⁸¹. Hukukî kavram olarak ise, bir hukukî işlemde ileri sürülmüş olan olayın veya fiilin, hukukî işlemin amacına nazaran faydasız, manasız, çelişkili veya mantıksız

172 Bakara, 282; Kâsânî, V/174; Bilmen, VI/40.

173 Buhârî, Selem, 7; Müslim, Müsâkât, 128; İbn-i Hümam, V/323.

174 Ali Haydar, I/396.

175 Kâsânî, V/174; Ali Haydar, I/396; Karaman, II/187.

176 Feteva, V/173, 174, 183; Ali Haydar, I/476; Karaman, II/284.

177 Mecelle m. 300; Feteva, V/174; Ali Haydar, I/480; Karaman, II/286.

178 Cezirî, III/1313.

179 Feteva, V/174-175; Cezirî, III/1310 vd.; Ali Haydar, I/480.

180 Kâsânî, V/174, 178; İbn-i Rüşd, II/172; Feteva, V/174; Cezirî, III/1311; Senhûrî, III/113; Ali Haydar,

I/302, 480; Karaman, II/286.

181 Cürçânî ve Devclioğlu, lağv maddeleri.

olması durumunu ifade eder¹⁸². Bu nevi şartları ifade etmek üzere bâtil şartlar kavramını kullanan İslâm hukukçuları da vardır¹⁸³. Lağv şartları, hukukî işlemin gereklerinden olmayan, onu teyit de etmeyen, örf ve adet haline de gelmemiş ve hukuken izin verilmemiş olan ve taraflardan birine her hangi bir yarar da sağlamayan şartlardır şeklinde tarif etmek mümkündür¹⁸⁴.

Hem Mecelle'de hem de Mürşidü'l Hayran'da lağv şartlara yer verilmiştir. Mecelle'de lağv şartlar, "Ehadi akıdeyne nef'i olmayan şartla bey' sahih olup ancak şart fâsittir. Meselâ ahere satmamak, veya meraya salıvermek şartıyla bir hayvanı satmak sahih olup fakat şart lağvdir" (m. 189) şeklinde tanzim edilmiştir.

Mürşidü'l Hayran'da ise, "Akıdeyne veya üçüncü bir şahsa faydası olmayan şartlar lağv, gayrı muteber ve buna mukarın olan akit sahihdir"¹⁸⁵. hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ne Mecelle'de ne de Mürşidü'l Hayran'da lağv şartlar tarif edilmemiş sadece bu şartların niteliği ve hukukî sonuçları üzerinde durulmuştur. Aralarındaki tek fark, Mürşidü'l Hayran'da, "üçüncü bir şahıs" ifâdesidir.

2- Lağv Şartların Çeşitleri

a) Taraflardan Birine Faydası Olmayan Şartlar

Taraflardan birine faydası olmayan bir şarta bağlı olarak da hukukî işlem yapılması mümkündür. Taraflardan maksat, bir hukukî sonuç elde etmek amacıyla bizzat veya hukukî temsilci aracılığı ile irade açıklayan şahıslardır. Satılan bir şeyi, alıcının, başkasına satmaması, hibe etmemesi veya meraya salıvermesi gibi hususları bu şartlara misal olarak vermek mümkündür. Bir başka açıdan bakıldığında bu şartlar alıcının aldığı şey üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlamaktadır. Bu nedenle alıcının bu şartları yerine getirmesi talep edilemez. Şartlar yerine getirilmediğinden dolayı karşı tarafın hukukî işlemi feshetme hakkı yoktur¹⁸⁶.

O halde lağv şartlara bağlı hukukî işlemlerin hukukî akıbeti ne olacaktır? Bu hususta İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Hanefi¹⁸⁷ ve Hanbeli¹⁸⁸ mezhebindeki bir kısım hukukçulara göre, taraflardan birine faydası olmayan şartlar, aktin muktezasından olmadığı gibi ona zarar verir niteliktedir. Bu nedenle hem şart hemde bu nevi şartlara bağlı hukukî işlemler fâsittir. Meselâ muzaraa aktinde¹⁸⁹, malikin tarlasını başkasına satamayacağı veya çiftçinin ziraat etme hakkını başkasına devredemeyeceği şart koşulacak olursa, hem şart hemde muzaraa akti fâsittir. Zira malikin mülkünde tasarruf hakkı kısıtlanmaktadır. Bunda malikin zararı vardır. Malik mülkünde dilediği şekilde tasarruf edebilmelidir¹⁹⁰. Ayrıca bu nevi şartlar, hukukî işlemin gereklerinden olmadıkları gibi onun amacına da uygun oldukları söylenemez. İnsanlar arasında örf ve adet haline gelmediği gibi hukuken izin verilmiş şartlar da değildir. O halde hem bu nevi şarta bağlanan işlemleri hem de şartları fâsit saymak gerekir¹⁹¹.

İmam Malik'e ve İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, bu nevi şartlara bağlı işlemleri geçerli fakat şartları geçersiz kabul etmek gerekir¹⁹². Zira şartlar hukukî işlemleri iki sebepten dolayı fâsit kılarlar. Birincisi, şartın taraflardan birine yarar

182 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, V/146-147; Ebu Zehra, 251; Ali Haydar, I/297; Atf Bey, Kitâbü'l Büyû', 48.

183 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümmam, V/215; Ebu Zehra, 251.

184 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, V/146-147; Ebu Zehra, 251; Atf Bey, Kitâbü'l Büyû', 48.

185 Mürşidü'l Hayran m. 228/II.

186 Mecelle m. 83; Ali Haydar, I/297; H.Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 93.

187 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170.

188 İbn-i Kudame, Muğnî, IV/285; İbn-i Kudame, Muknî, IV/55; Senhûrî, III/172; Ebu Zehra, 254.

189 Muzaraa akti, taraflardan birinin tarla, diğerinin de emeğini ortaya koyarak elde edilecek mahsulü paylaşmak üzere yaptıkları şirket aktidir (Kâsânî, VI/179).

190 Serahsî, XIII/15.

191 Kâsânî, V/170; Senhûrî, III/147 dipnot, 2.

192 Malik, 462.

sağlaması. Taraflardan birine yarar sağlamayan şartın hukukî işlemi ifsat ettiğini kabule imkan yoktur. Bu durum taraflar arasında daha sonra bir anlaşmazlığın çıkmasına da sebep olmaz. Burada da taraflardan birine yarar sağlamayan bir şart söz konusudur. Zira muzâra'a aktinde tarafların bilhassa emeğini sermaye olarak koyan kimsenin şahsının büyük önemi vardır. Ayrıca burada taraflardan birine fayda gözetilmediğinden faiz veya faiz şüphesi de söz konusu değildir. İkinci olarak, hukukî işlemleri fâsit kabul etmeye sebep olan safkateyn meselesidir. Yani bir hukukî işlem içinde başka bir hukukî işlemin yapılması halinde bunların fâsit olacağı İslâm hukukunda hükme bağlanmıştır.

Bu nevi şartların hukukî işlemin konusuna yarar sağladığı da ileri sürülebilir. Ancak burada hukukî işleme konu olan şey hayvan olduğundan¹⁹³ ve hayvanların da başkaları üzerinde hak iddia etmeleri söz konusu olamayacağından bu nevi şartlara bağlı hukukî işlemleri geçerli kabul etmek gerekir¹⁹⁴.

Ayrıca taraflardan birine yarar sağlamayan şartlar, hukukî işlemin iktizâsından veya hukukî işlemin amacına uygun değil veyahut örf ve adet haline de gelmemiş ise, bu nevi şartları fâsit fakat bu şartlara bağlı olarak yapılan hukukî işlemleri geçerli kabul etmek gerekir. Yani hukukî işlem geçerli fakat şart yok kabul edilir. Şartları lağv kabul etme açısından hukukî işlemin ivazlı veya ivazsız olmasının bir önemi yoktur. Bu husus kamu düzeni açısından da önemlidir¹⁹⁵.

İslâm ve Osmanlı hukukunda ikinci görüş tercih edilmiştir¹⁹⁶. Bu nevi şarta bağlı bir hukukî işlemde karşı taraf şartı yerine getirmeye zorlanamaz. Yukarıda verilen misallerde alıcı, satın aldığı şeyi başkasına hibe etmemeye veya satmamaya veyahut meraya salmaya zorlanamaz¹⁹⁷.

b) Üçüncü Kişilere Faydası Olan Şartlar

Üçüncü kişilerden maksat, hukukî işlemin taraflarının dışında kalan kişilerdir. Bir hukukî işlem yapan veya yapanlar, bu hukukî işlemi, üçüncü bir kişiye faydası olan bir şarta bağlayabilirler. Meselâ bir alım-satım aktinde, alıcının satın aldığı şeyi, üçüncü bir şahsa ödünç vermesi, satması, hibe etmesi gibi. Böyle bir şartla yapılan hukukî işlem geçerlidir fakat şart lağvdir, yani geçerli değildir¹⁹⁸. Ancak hemen belirtelim ki, üçüncü bir kişiye satmamak veya hibe etmemek gibi şartlarla yapılan bir hukukî işlemde, üçüncü kişi ismen belirtilecek olursa, bu takdirde sadece şart değil, hukukî işlem de fâsit olur¹⁹⁹.

c) Üçüncü Kişinin Fiilinin Şart Koşulması

Satıcı üzerine şart koşulduğu takdirde akti fâsit kılan şartlar, üçüncü bir kişi üzerine şart koşulduğu takdirde hukukî işlem geçerli olup şart lağv olur. Meselâ bir satım aktinde tarafların, üçüncü bir kişinin alıcıya belirli bir miktar ödünç vermesini şart olarak ileri sürmeleri durumunda akit geçerli fakat şart geçersiz olacaktır. Burada üçüncü kişinin fiilinden yararlanacak olan şahsın alıcı veya satıcı olması arasında fark yoktur. Hukukî işlemde böyle bir şartın ileri sürülmesi halinde, şart lağv olduğundan lehine şart koşulan kişi karşı taraftan veya üçüncü kişiden şartı yerine getirmesini talep edemez ve şartın yerine getirilmemesini ileri sürerek hukukî işlemi feshemez. Bununla birlikte üçüncü kişi,

193 Hukukî işleme bir kölenin konu olması halinde hangi hükme tabi olacağı hakkında bkz. yukarıda "Hukukî İşlemin Konusunun Yararına Olan Şartlar".

194 Feteva, V/407; Ali Haydar, I/297.

195 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, III/170; İbn-i Hümmâm, V/215-216; Senhûrî, III/147-148, 175; Suyufî, 481; İbn-i Kudame, Muğnî, IV/285; İbn-i Kudame, Muknî, IV/55; Ebu Zehra, 251; Ali Haydar, I/297.

196 Mecelle m. 189; Mürşidü'l Hayran m. 228/II; Ali Haydar, I/179 vd. ve 297 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye I/185; Ziyaeddin, 86.

197 Ali Haydar, I/181.

198 Senhûrî, III/142; Feteva, V/408; Ali Haydar, I/298; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü, I/69.

199 Feteva, V/408; Ali Haydar, I/297-298.

kendi üzerine şart koşulan fiili kendi iradesi ile tamamen veya kısmen yerine getirebilir²⁰⁰.

d) Hiç Kimseye Fayda ve Zararı Olmayan Şartlar

Bir hukukî işlemde ileri sürülen olay veya fiilin (şartın), asıl hukukî işlemin amacına nazaran faydasız, manasız, çelişkili veya mantıksız olması halinde faydasız şartlardan söz edilir. Bu şartlar, lehine ileri sürüldükleri kişinin, anlamlı-anlamsız bir harekette bulunmasını gerektirir. Meselâ yenilmesi şartıyla yiyecek, giyilmesi şartıyla giyecek, alıcının oturması şartıyla ev satmak gibi. Bu nevi hukukî işlemler geçerli olup şartlar lağvıdır²⁰¹. Zira bu nevi şartlar alıcının tasarruf hakkını kısıtlamakta ve bu nedenle kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Satım akti bir mübadele akti olup, mal ile bedelin karşılıklı temlik ve tesliminden ibarettir. Bunun neticesi olarak mâlik mülkünde dilediği şekilde tasarruf etme hakkına sahip olmalıdır.

Bir şartın faydasız olduğunun tesbiti yorum işidir. Bir kimseye göre faydasız gibi görülen bir fiil, başka bir kimseye göre faydalı olabilir. Bundan dolayı bu hususta genel bir kaide vaz' etmek mümkün değilse de, çoğunluğun faydalı kabul ettiği şeyin faydalı olduğuna hükmetmek gerekir.

e) Zararlı Olan Şartlar

Hiç kimseye faydası olmadığı hatta zararı olduğu halde bazı şartların hukukî işlemlerde öngörülmesi mümkündür. Meselâ bir elbiseyi aldıktan sonra yırtmak veya bir evi aldıktan sonra yakmak gibi. Böyle bir şartın hukukî işlemlerde ileri sürülmesi halinde, hukukî işlem geçerli olup şart lağv olur²⁰². Şartın lağv olmasının sebebi, aynen faydasız şartlarda olduğu gibi alıcının tasarruf hakkını kısıtlaması ve bu nedenle kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir. Bu nedenle şartın yerine getirilmesi talep edilemez ve şartın yerine getirilmediği ileri sürülerek hukukî işlem feshedilemez.

IV- HUKUKÎ İŞLEMLERİN TAKYİDİ ŞARTA BAĞLANMASI

A- Hukukî İşlem Kavramı

Hemen belirtelim ki eski hukukumuzda hukukî işlem kavramı kullanılmamaktadır. Ancak bu eski hukukumuzda hukukî işlemin karşılığı olan bir işlemin olmadığı anlamına gelmemektedir. Çünkü hemen aynı anlamı ifade etme üzere tasarruf kavramının kullanıldığı görülmektedir. O halde burada öncelikle tasarruf kavramı üzerinde durmak gerekecektir. Tasarruf, çok değişik alanlarda ve anlamlarda kullanılan bir kelimedir. Konuşma dilinde tasarruf, bir şeyi idareli bir şekilde kullanma, tutumlu olma, biriktirme, arttırma gibi anlamlara gelmektedir²⁰³. Hukukî kavram olarak tasarruf, hukukî bir sonuç elde etmeye yönelik irade açıklamalarını ifade etmektedir²⁰⁴. Buna göre, bir hak veya hukukî ilişkiyi doğrudan etkileyen; yani onu karşı tarafa geçiren, değiştiren, sınırlayan veya ortadan kaldıran işlemler de tasarruf işlemleridir.

İslâm hukukunda tasarruf, kişilerin malvarlıklarının sadece aktif kısmında azalma meydana getiren durumları (tasarrufî işlemleri) değil, aynı zamanda kişilerin malvarlıklarının pasif kısmını da arttıran (borçlandırıcı) işlemleri de kapsamaktadır. Bu sebeple İslâm hukukunda tasarruf, hukukî işlem kavramından da geniş bir içeriğe sahiptir. Zira İslâm hukukunda tasarruf, bir kimsenin hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik ve hukuk düzeninin kendisine hukukî sonuçlar yüklediği söz ve maddi fiiller şeklinde tarif edilmektedir²⁰⁵.

200 Feteva, V/408; Ali Haydar, I/298-299.

201 Feteva, V/410; Ali Haydar, I/298.

202 Feteva, V/409; Suyutî, 481; Ali Haydar, I/298.

203 Bk. Develioğlu, tasarruf ve iktisad maddeleri.

204 Zerka, Fıkhul-İslâmî, I/194.

205 Zerka, I/194; Zeydan, 239-240; Ali Haydar, III/123.

Bilindiği üzere hukukî işlem, bir veya birden fazla şahsın hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde, hukukî sonuçlar meydana getirmek için iradelerini açıklamalarıdır. Tariften de anlaşılacağı üzere, hukukî işlemlerin, irade, bu iradenin beyanı ve hukukî sonuç olmak üzere üç önemli unsuru vardır. İrade insana ait bir iç olaydır. Her zaman bir hedefe yönelir. Belirli bir hedefe yönelmiş irade ancak açıklanmak suretiyle dışa akseder. Bu sebeple bir hukukî sonuç elde etmek üzere iradenin dışa yansıtılmasına irade beyanı denmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, irade beyanının bir hukukî işlem olarak nitelendirilebilmesi için, bunun, hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik olması lazımdır. Hukukî bir sonuç elde etmeye yönelik irade beyanı sarih olabileceği gibi zımnî de olabilir.

İslâm hukukunda tasarruf kavramının geniş bir anlam ifade ettiğini belirttikten sonra bu anlamlar üzerinde durmak gerekecektir. Bunun için yalıcak olan da tasarruf kavramını çeşitlere ayırarak incelemektir.

Tasarruf'u değişik yönlerden çeşitlere ayırarak incelemek mümkündür. Öncelikle maddî bir fiil ile tamamlanıp tamamlanmamasına göre tasarruf, fiilî ve kavli (sözlü) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu, genel bir ayırım olup, bir bakıma hukukî olay veya haksız fiillerden hukukî işlemleri ayırt etmek için yapılmaktadır. Bu ayırım üzerinde kısaca durmak gerekecektir.

1- Fiilî Tasarruflar

Fiilî tasarruf, maddî bir fiil ile tamamlanan ve kendisine hukukî bir sonuç bağlanan tasarruftur²⁰⁶. Bir malı zorla alma (gasb), malı telef etme (itlâf) gibi. Bu manayı ifade etmek üzere Mecelle, "tasarrufu fi'li" kavramını kullanmıştır(m. 1007). Günümüz hukukunda bu nevi tasarruflara haksız fiil denmektedir. Haksız fiil kavramının İslâm hukukundaki fiilî tasarruf, başka bir ifade ile gasb ve itlaf kavramını karşıladığı söylenebilir²⁰⁷. Bu nevi tasarrufların araştırma konumuzla bir ilgisi yoktur. Zira şartta asıl olan irâdîlik, yani tarafların iradeleri ile işlemi her hangi bir kayıt veya hükümlerinin gerçekleşmesini veyahut da sona ermesini gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlamalarıdır. Burada ise, ne irâdîlik ne de işlemlerin bir kayıt veya olaya bağlanması söz konusudur. Konumuzla ilgili olmadığı için daha fazla üzerinde durmuyoruz.

2- Sözlü Tasarruflar (Hukukî İşlemler)

Sözlü tasarruflardan maksat, kavramın hemen akla getirdiği gibi sözle ifade edilen tasarruflar olmayıp hukukî işlemlerdir. İslâm ve Osmanlı hukukunda en geniş muhtevaya ve bu nedenle en çok uygulama alanına sahip olan bu nevi tasarruflardır. Bunlara kısaca akitler de denmektedir²⁰⁸. Akit, lügatta bağlamak, rabt etmek anlamlarına gelen iki kelimedir²⁰⁹. Hukukî kavram olarak akit, biri genel diğeri dar ve teknik olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır²¹⁰. Dar ve teknik anlamda akit, iki veya daha fazla kişinin bir hukukî sonuç elde etmek amacıyla karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini ızhâr etmelerine denmektedir²¹¹. Bey' (satım), icar (kira) vs gibi. Mecelle akti, "tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki, icab ve kabulün irtibatından ibarettir"(m. 103) şeklinde tarif ederek, aktin kurulmasını "icab ve kabulün hukukî sonuç doğuracak şekilde birbirine bağlanması"(m. 104) olarak açıklamıştır.

Geniş anlamda akit ise, tek taraflı işlemleri de içine alan sözlü tasarruflardır²¹². Tek taraflı sözlü tasarruflar, bir kimsenin bir hak doğurmaya veya sona erdirmeye yönelik tek taraflı iradesini ihtiva eden vakıf, boşama, ibra gibi tasarruflardır. Tariften de anlaşılacağı üzere tek taraflı sözlü tasarruflar bir akit değildir. Zira bir akitden söz

206 Mecelle, 1007; Zerka, I/288; Zeydan, 239; Ali Haydar, III/123.

207 Ebu Zehra, 165; Senhûrî, I/68; Zeydan, 240; Karaman, II/31; Apaydın, 2.

208 Mecelle m.101-879; İbn-i Teymiye, Nazariyetü'l-Akid, 5 vd.; Ebu Zehra, 165 vd.

209 Kamus, akid maddesi.

210 Zeydan, 239; Akgündüz, Vakıf, 48.

211 Serahsî, XII/167; Zerka, I/289; Ebu Zehra, 171; Zeydan, 239-240.

212 Senhûrî, I/74 vd.; Karaman, II/37 vd.; Akgündüz, Vakıf, 47 vd.

edebilmek için en az iki kişinin karşılıklı olarak bir hukukî sonuç elde etmeye yönelik iradelerini açıklamaları gerekmektedir. Oysa tek taraflı sözlü tasarruflar, adından da anlaşılacağı üzere, gerçekleşmesi istenen hukukî sonuç için bir tek şahsın iradesinin yeterli olduğu hukukî işlemlerdir²¹³. İslâm nazarı hukukçuları bu nevi tasarruflara “ihrâcât”, “iskâtât” veya “ikaât” demektedirler. İhrâcât, kişinin kendi iradesi ile bir hakkı yetki dairesinden çıkarması; iskatât, kişinin kendine ait bir hakkı düşürmesi; ikaât ise, bir kişinin yalnız başına bir hukukî işlem meydana getirmesi hâlidir²¹⁴. Görüldüğü üzere İslâm hukukunda tek taraflı işlemler günümüz hukuk sistemlerinden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Hatta sözlü tasarrufların temelini akitlerin değil, tek taraflı hukukî işlemlerin oluşturduğunu iddia eden İslâm hukukçuları da vardır²¹⁵. Bununla birlikte İslâm hukukçularının çoğunluğu bu nevi işlemleri, akit kavramı altında incelemişlerdir²¹⁶.

Tek taraflı işlemler ile akitleri birbirinden ayıran en önemli unsur hukukî işlemin oluşması için gerekli olan irâde beyânıdır²¹⁷. Yoksa irâde beyanını açıklayan (taraf), bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Sonuncu halde bir ortak işlem söz konusu olmaktadır. Beş arkadaşın birlikte bir daire kiraladıklarını düşünelim. Bu beş arkadaş belli bir süre sonra kira aktinin feshini ihbar ederlerse, bu ihbar ortak işlem şeklinde tezahür etmiş tek taraflı bir hukukî işlem olacaktır.

Biz dar ve teknik anlamdaki akitler ile kavram karışıklığını önlemek amacı ile geniş anlamda akitleri karşılamak üzere “hukukî işlem” kavramını kullanmanın daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Özellikle araştırma konumuz açısından, yani şarta bağlanıp bağlanamamaları yönünden tek taraflı işlemler ile akitlerin birbirinden farkı bulunmadığından maksadın ifadesinde büyük bir kolaylık sağlanmış olacaktır.

Hukukî işlemleri değişik açılardan tasnife tabi tutmak mümkün olmakla birlikte biz sadece konumuzu ilgilendiren ayrım üzerinde duracağız. Bu açıdan hukukî işlemleri münecciz hukukî işlemler ve şarta bağlı hukukî işlemler olmak üzere ikiye ayırma mümkündür. Münecciz hukukî işlemler hükümlerini kuruldukları andan itibaren doğurmaya başlayan işlemlerdir. Bu açıdan işlemlerin ivazlı-ivazsız, vadeli-vadesiz olmasının önemi yoktur. Önemli olan hukukî işlemin hükümlerinin işlemeye başlamasıdır. İnceleme konumuz şarta bağlı işlemler olduğundan bu konuyu ayrı bir başlık altında işlemek gerekecektir.

B- Takyidî Şarta Bağlı İşlemler

Şarta bağlı bir işlem söz konusu olabilmesi için, öncelikle geçerli bir hukukî işlemin kurulmuş olması lazımdır. Zira şarta bağlanmadan önce başka sebeplerle fâsit veya bâtil olan bir hukukî işlemin şarta bağlanması bir anlam ifade etmeyecektir. Bilindiği üzere İslâm hukukunda geçerli bir hukukî işlemin kurulabilmesi için öncelikle icap ve kabule ihtiyaç vardır. İcap, hukukî işlemin kurulması için ilk olarak açıklanan irade beyanıdır. Kabul ise, icaba karşılık olarak ve ona uygun olan irâde beyânıdır²¹⁸. Kabul anında icap sahibinin sağ olması, icabından rücû’ etmemiş bulunması ve her iki beyanında ciddi olması gerekir²¹⁹. İrade beyanlarında şeklin önemi yoktur. Zira İslâm hukuku şekle değil, tarafların iç ve dış iradelerine önem vermiştir. Asıl olan sözlü irade beyanıdır. Ancak bazı işlemlerde ispat açısından yazılı şekil tavsiye etmiştir²²⁰.

213 Karaman, II/37 vd.

214 Senhûrî, I/74-76; Ahmed İbrahim, 622 vd.; Ali Haydar, III/506 vd.

215 Karaman, II/43.

216 Zeydan, 246; Karaman, II/40 vd.; Akgündüz, Vakıf, 48.

217 Karaman, II/42.

218 Mecelle m. 101-102.; Serahsî, XII/167 vd.; Kâsânî, V/133 vd.; Feteva, III/4 vd.; Senhûrî, I/85 vd.; Ebu Zehra, 186 vd.; Bilmen, I/34-35.; Ali Haydar, I/211 vd.; Karaman, II/63 vd.

219 Zira Hz. Peygamber sadece üç şeyin şakasında ciddi olduğunu belirtmiştir. Bunlar evlenme, boşanma ve köleyi hürriyetine kavuşturma’dır (Kâsânî, V/176).

220 Bakara, 282; Senhûrî, I/82; Zeydan, 249.

İrade beyanında bulunan taraflar böyle bir hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olmalıdır. Zira herkesin hukukî işlem yapma ehliyeti yoktur. İslâm hukukunda hukukî işlem yapabilme (fiil) ehliyetine eda ehliyeti denmektedir. Buna göre bir kişinin geçerli bir hukukî işlem yapabilmesi için, âkıl, bâliğ ve reşit olması gerekir. Ayrıca bu kişinin mahcur da olmaması gerekir. Baliğ olmayan kişilerden ehliyetsiz olanlar, mutlak suret de yararlı olan işlemleri, eksik ehliyetliler ise, yararlı veya zararlı olması muhtemel olanlardan ivazlı işlemleri kanunî temsilcilerinin izni veya icâzeti ile yapabilirler.

Ayrıca tarafların rızasını bozan ikrah, hile, hata ve gabin gibi hallerin bulunmaması gerekir²²¹. Hukukî işlem yapılabilmesi için tarafların belirli bir yerde bulunmaları gerekmez. Başka başka yerlerde bulunan kimseler arasında (telefon, telgraf, fax, mektupla) da hukukî işlem kurulabilir. Ancak hukukî işlemin kurulduğu yerin, asıl ifadesi el akit meclisinin büyük önemi vardır. Meselâ kabul beyânı açıklanmış yani hukukî işlem kurulmuş olsa bile taraflar birbirinden ayrılmadığı müddetçe hukukî işleminden dönme (meclis muhayyerliği) hakları vardır. Ayrıca icapda bulunanın karşı taraf kabul beyanını açıklayınca kadar icabından dönme (rücû muhayyerliği), diğer tarafın da meclis sona erinceye kadar kabul muhayyerlikleri vardır²²². Ayrıca hukukî işlemin konusunun mal, mütekavvim, mevcut, muayyen ve karşı tarafa teslim ve ifâsı mümkün olması gerekir²²³.

İkinci olarak, hukukî işlemin şarta bağlanmasının mümkün olması gerekir. Çünkü bütün hukukî işlemler takyidi şartın herbir çeşidine bağlı olarak yapılamaz. Başka bir ifade ile hukukî işlemlerin takyidi şart ile takyit edilebilip edilememeleri yönünden genel bir kural belirlemek mümkün değildir. Bu durumda öncelikle şartların câiz, fâsit ve lağv ayrımını nazara alarak bir sonuca gitmek gerekecektir. Câiz şartlar, hukukî işlemin gereklerinden, onun amacına uygun, örf ve adet haline gelmiş veya hukuken câiz kabul edilmiş şartlar olduğundan bütün hukukî işlemlerin bu nevi şartlara bağlanması mümkündür²²⁴. Câiz şartlara bağlı olarak yapılabilmeleri açısından hukukî işlemlerin ivazlı-ivazsız olmalarının önemi yoktur. Satım akti²²⁵ bu nevi şartlara bağlanabileceği gibi evlenme akti de bağlanabilir²²⁶.

Hukukî işlemleri fâsit şartlara bağlı olarak yapılabilmeleri yönünden, ikiye ayırarak incelemek gerekir. Birincisi, malî bir mübâdelenin söz konusu olduğu hukukî işlemlerin fâsit şartlara bağlanması mümkün değildir. Bey', icâre, mal üzerinde sulh ve taksim, müzâra'a ve musâkât gibi. Bu nevi şartlar, taraflardan birine yararı olan, gerçekleşmesi şüpheli olan; ayın olan semende vâde; hıyâr-ı şartın devamlı veya belirsiz olması halleridir²²⁷. Malî bir mübâdelenin söz konusu olduğu hukukî işlemler bu nevi şartlara bağlanacak olursa, hukukî işlem fâsit olur. Ne var ki bu genel kuralın bir kısım istisnaları mevcuttur. Meselâ ölünceye kadar bakma şartına bağlı satım aslında kararlardan birisine yarar sağladığından fâsittir. Hatta bu sebeple Arazi Kanununda ölünceye kadar bakma şartı ile mirî arazinin ferağı önce kabul edilmemiş, fakat daha sonra ferağın satıma değil, hibeye benzediği gerekçe gösterilerek ölünceye kadar bakma şartına bağlı ferağ

221 Kâsânî, V/176.

222 Mecelle m. 181-185; Ali Haydar, I/282-290; Karaman, II/63-97.

223 Mecelle m. 126-127; Kâsânî, V/138 vd.; Zeydan, 257 vd.; Ali Haydar, I/218; Karaman, II/158-184.

224 Mecelle m.186-188, 287, 300, 468, 474, 505, 605, 696, 855, 884,1166, 1367, 1370, 1390, 1420, 1467;

Ali Haydar, I/179 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185.

225 Mecelle m.186-188; Ali Haydar, I/180; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185.

226 Bîlmen, I/37; Karaman, I/270. Hanbeli mezhebi hukukçuları evlenme (nikah) hususunda da takyidi şartların konusunu geniş tutmuşlardır. Hukuka uygun olduğu müddetçe tarafların nikah aktini şarta bağlayabilecekleri kabul edilmiştir. Mesela kadının bâkire ve güzel olması,erkeğin zengin ve sanat sahibi olması gibi. Şart koşan taraf şartların yerine gelmediği takdirde evlenme aktini feshedebilir. Şafi'i hukukçuları ile Maliki hukukçuların çoğunluğu da aynı görüştedir. Mehir vermemek şartıyla yapılan evlenme akti Hanefi hukukçularına göre, geçerlidir ve mehri mîli verilmesi gerekir. Buna mukabil Hanbeli hukukçularına göre, böyle bir şarta bağlanan evlenme akti batıldır (fasittir). Karşı taraf dilerse akti fesheder dilerse geçerli olarak devam etmesini ister (İbn-i Teymiye, Feteva, III/346 ve Nazariyetü'l-Akd, 156 vd.). Aynı şekilde kadının erkeğe onu evinden, bulunduğu şehirden çıkarmamasını, üstüne başkası ile evlenmemesini de şart koşabilir (İbn-i Teymiye,Feteva, III/327 ve Nazariyetü'l-Akd, 161.). Bu şartlar Maliki mezhebi hukukçularına göre caiz değildir (Senhûrî, III/172).

227 Daha geniş bilgi için bk. yukarıda "Fasit Şartlar".

geçerli sayılmıştır²²⁸. Bununla birlikte Osmanlı uygulamasında ölünceye kadar bakma şartı ile satma hayatın zaruretleri nazara alınarak izin verilmiştir²²⁹.

İkinci olarak mâlî bir mübâdelenin söz konusu olmadığı hukukî işlemler fâsît şartlara bağlanabilir. Evlenme, hibe, havâle, kefâlet, rehin gibi. Hemen belirtelim ki fâsît şartlara bağlanabilen bu nevi işlemlerin diğer şartlara bağlanabileceğini evleviyetle kabul etmek gerekir. Ne var ki bu nevi işlemlerin fâsît bir şarta bağlanması halinde, hukukî işlemler hiç bir şarta bağlı değilmiş gibi hüküm ifade ederler. Meselâ mehr vermeme şartıyla yapılan evlenme akti geçerlidir fakat, şart yok (lağv) sayılır ve mehr-i misil verilmesi gerekir²³⁰. Ölünceye kadar kendisine bakmak şartı ile başkasına mal vasiyetinde bulunulması durumunda her ne kadar söz konusu şart fâsît olduğundan lağv olması gerekirse de, hayatın zaruretleri nazara alınarak bu nevi şartların geçerli olduğu kabul edilmiştir²³¹.

Hukukî işlemler genel olarak lağv şartlara bağlanabilirler. Lağv şartları, kısaca câiz ve fâsît şartların dışında kalan şartlar şeklinde tarif etmek mümkündür. Hiç kimseye faydası olmayıp zararı olan, üçüncü kişilerin yararına olan, hiç kimseye zarar ve yararı olmayan şartlar gibi. Hukukî işlemleri, bu nevi şartlara bağlanabilmeleri açısından belirli bir tasnife tâbi tutmak mümkün değildir²³². Bununla birlikte söz konusu işlemleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Lağv şartlara bağlanması mümkün olan işlemler 1-Bey' (Mecelle 189). 2-Vekâlet. Meselâ A, B' yi, alacağından kendisini ibra etmesi şartıyla vekil tayin ettiğini ifade etse, B' de bunu kabul etse vekalet sahih olup şart geçersiz olur. 3-Ticaret İzin 4-Hakimlik , Valilik Veya Bunlardan Azil .Mesela Padişah A, B'yi hiç azl etmemek şartıyla bir yere hakim veya Vali tayin etse, B de kabul etse hakimlik veya valilik şartsız geçerli olur (Mecelle m. 1521). 5-Kefalet. Mesela A, B'ye, bana bir milyon lira ödünç vermen şartıyla senin şu borcuna kefil oldum dese,kefalet şartsız geçerli olur. 6- Karz. 7- Hibe 8- Sadaka Mesela A, B'ye bana bir ay hizmet etmen şartıyla sana bir milyonu ödünç verdim, hibe ettim veya sadaka olarak verdim diyerek teslim etse, bu hukukî işlemler şartsız olarak geçerli olur. 9- Rehin. Meselâ A, B'ye, bir ay kendisi kullanmak ve bu esnada rehin verilen şey yok olacak olursa borç sakıt olmak şartıyla bir şeyi rehin verip teslim etse rehin şartsız olarak geçerli olur. 10-İ'sâ. Mesela A, B'ye kızın C'yi benimle evlendirmen şartıyla seni vasi tayin etse isâ şarsız olarak geçerli olur. 11-İkale 12-Hacr. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Görüldüğü üzere, hukuk fiylemlerin lağv şartlara bağlanabilmeleri açısından ivazlı-ivazsız olup-olmama önemli değildir. Lağv

228 AK, m. 114; Halis Eşref: Külliyyat-ı Şerh-i kanun-ı Arazi, İstanbul 1315, s. 642-643; Ali Haydar, Şerh-i Cedid Li Kanun-ı Arazi, İstanbul 1311, s. 398-402.

229 Konu ile ilgili olarak bir şer'îye sicilini günümüz hukukî lisanına aktararak buraya almayı faydalı buluyoruz: "Harput kasabası sakinlerinden İlyas Oğlu Hacı, şer'î mecliste Yusuf Oğlu Hamza huzurunda söz alarak şöyle ikrar eyledi: Büyük Camii yakınında bulunan bir tarafı Hüseyin Beşe Boşnak ve bir tarafı Katurci Veli evince ve bir tarafı müşteri ve bir tarafı yol olan bu sınırla çevrili iki kapı evimi havlusuyla ve örtmesiyle işbu hamzaya otuz riyal kuruşa kesin satış ile sattım. Bedelinden on beş riyal kuruş alıp kabul ettim ve on beş kuruş karşılığında da adı geçen Hamza bana ölünceye kadar bakacak. Şöyle ki, eğer bana bakmayıp kapı dışarı edecek olursa zikrolunan evler yine benim olacak ve on beş kuruşu dahi geri vermeyeceğim. Eğer kaza ve kader icabı adı geçen Hamza benden önce vefat ederse oğlu ve uşakları bana bakacaklar. Şöyle ki, adı geçenin ölümünden sonra bana bakmayacak olurlarsa yine evlerim benim olacak" dedi Hamza dahi adı geçenin bu ikrarını kabul ve tasdik eyledi. Sicile kaydolundu. Şevval Ayının başı 1041/1631(Şer'îye Sicilleri, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayını, C. II, İstanbul 1989, s. 27).

230 El-Ahkâm'üş-Şer'îyye m. 12; Ebu Zehra, 249; Bilmen, II/37; Karaman, I/271.

231 Bu konu ile ilgili şer'îye sicillerinde çokca misal bulmak mümkündür. Biz burada sadece bir tanesine yer vermeyi gerekli ve yeterli görüyoruz: "Harput Kasabası sakinlerinden Şahbîke Hatun şer'î meclise gelip Abdullah oğulları olan Ali ve Veli huzurunda kendi istek ve rızası ile şöyle ikrar eyledi: Meydan ağzında bulunan bir tarafı Allahverdi ve bir tarafı saka Mehmet ve bir tarafı umumi yol ile hudud kirada olan evlerimi inek ve bir kovan , bir sandık, bir çift altın küpe, elbiseler, ev eşyaları, bir çift gümüş bilezik ve sair zinetlerimin hepsini işbu oğullarım Ali ve Veli'ye şu şartlar ile hibe temlik ve teslim eyledim. Omlar dahi alıp kabul eylediler. Şart ise şudur: Ben hayatta olduğum sürece beni besleyecekler. Öldüğüm zaman beni iyice kaldıracaklar. Eğer ben vefat etmeden önce adı geçenler beni beslemeyip kapı dışarı edecek olurlar ise zikrolunan evlerin ve ev eşyalarım, ziynetlerim, küpe, bilezik ve cümlesi benim olacaktır. Ali ve Veli karışmayacak" dedi. Şahbîke Hatun'un bu ikrarını oğulları Ali ve Veli dahi tasdik eylediler. Sicile kaydolundu. Şevval Ayı 1041/1631(Şer'îye Sicilleri, II/40).

232 Ali Haydar, I/180 vd.

şartlara bağlanan hukukî işlemler şartsız bir işlem gibi geçerli olup, şartlar yok kabul edilir²³³.

V- ŞARTA BAĞLI İŞLEMLERİN HÜKÜMLERİ

Bilindiği üzere takyîdî şartlar, hukukî işlemleri her hangi bir şarta bağlamaksızın bir kayıtla takyit etmektir. Bu nedenle takyîdî şarta bağlı işlemlerde aktin kurulduğu an ile hükümlerinin işlemeye başladığı an aynıdır. Bu hususta bütün İslâm hukukçuları fikir birliği içerisindedir. Zira burada teknik anlamda bir şart değil, tariften de anlaşılacağı üzere bir takyit (kayıtlandırma) söz konusu olmaktadır²³⁴. Bu kayıt hukukî işlemin hükümleri ile ilgili olmayıp kuruluşu ile ilgilidir. Yani taraflar karşılıklı olarak hukukî işlemi bir kayıtla takyit ettikleri takdirde, hukukî işlem kurulacak ve hükümlerini hemen meydana getirmeye başlayacaktır.

A- Câiz Şartlara Bağlı İşlemlerin Hükümleri

Câiz şartlar, yukarıda izah edildiği üzere hukukî işlemin gereklerinden olan, hukukî işlemin amacına uygun bulunan, örf ve adet haline gelmiş olan ve hukuken câiz kabul edilen şartlardır. Hukukî işlemin gereklerinde olan onun amacına uygun olan şartlar hukukî işleme yeni bir şey eklemeyip, bizatihî işlem gereği var olan unsurları kuvvetlendirirler. Bu nedenle hukukî işlemin geçerliliğine her hangi bir etkileri yoktur²³⁵.

Örf ve adet haline gelmiş olan şartlar, hukukî işlemin gereklerine ve amacına uygun olabilecekleri gibi bunlara uygun da olmayabilir. Hatta taraflardan birine karşılığı olmayan bir yarar sağlayan fâsit şartlardan da olabilir. Ancak İslâm hukukunda örf ve adet hukukun kaynaklarından olduğu için bu nevi şartlar geçerli kabul edilmiştir²³⁶.

Hukuken câiz kabul edilmiş olan şartlara gelince, bu nevi şartlar da aşında bir tarafa karşılığı olmayan bir yarar sağladıklarından dolayı kıyas yolu ile fâsit olmaları gerekirken hayatın zaruretleri nazara alınarak câiz kabul edilmişlerdir. Yani hukukî işlemin geçerliliğine her hangi bir etkileri yoktur²³⁷.

B- Lağv Şartlara Bağlı İşlemlerin Hükümleri

Taraflardan birine faydası olmayan, üçüncü kişilere faydası olan, hiç kimseye fayda ve zararı olmayan ve zararlı şartlara lağv şartlar denmektedir. Bu nevi şartların hukukî işlemlerde ileri sürülmesi halinde, şartlar lağv (yok), işlemler ise geçerlidir. Yani bu nevi şartlara bağlanmış bir işlem, normal şartsız bir işlem gibi hüküm ve sonuçlarını meydana getirir²³⁸.

C- Fâsit Şartlara Bağlı İşlemlerin Hükümleri

Fâsit şartlar, hukukî işlemin gereklerinden olmayıp, onun amacına da uygun olmayan, örf ve adet haline gelmemiş ve hukuken câiz kabul edilmemiş olan, ancak taraflardan birine veya üçüncü bir kişinin faydasına olan şartlardır. Bu nevi şartların nitelendirilmesinde İslâm hukukçuları değişik fikirler ileri sürseler bile, fâsit olarak kabul

233 Bkz. yukarıda "Lağv Şartlar".

234 Mecelle m.186-189; Mürşidü'l Hayran m. 227-228; Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/168 vd.; İbn-i Teymiye, Feteva, III/325 vd. ve Nazariyetü'l Akid, 16 vd.; İbn-i Kayyım, II/162 vd.; Senhûrî, III/113 vd.; Ebu Zehra, 245 vd.; Zeydan, 327 vd.; Ali Haydar, I/290 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185; Atıf Bey, Kavaid-i Külliye, 92.

235 Mecelle m. 186; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/180; Şirazi, I/268; Senhûrî, III/119; Ebu Zehra, 248; Ali Haydar, I/291; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66; Ayrıca bkz. yukarıda "Caiz Şartlar".

236 Mecelle m.188; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/172; Ebu Zehra, 263; Ali Haydar, I/295; Ayrıca bkz. yukarıda "Örf ve Adet Haline Gelmiş Olan Şartlar".

237 Serahsî, XIII/17; Kâsânî, V/175; Bilmen, VI/24; Ayrıca bkz. yukarıda "Hukuken Caiz Kabul Edilen Şartlar".

238 Mecelle m.189; Serahsî, XIII/15; İbn-i Hümmam, V/215; Ayrıca bkz. yukarıda "Lağv Şartlar".

ettikleri şartları aynı hükme tâbi tutmuşlardır. Yani fâsit bir şarta bağlanan hukukî işlemlerin feshi gerekir. Takyîdî şartların fâsit olması halinde hukukî işlemin niteliğinin önemi yoktur²³⁹.

Fâsit hukukî işlem, teslimden önce her hangi bir hukukî sonuç meydana getirmez. Taraflardan herbirinin hukukî işlemi feshetme hakkı vardır. Ayrıca kamu düzenini ilgilendirdiğinden dolayı hâkim tarafından re'sen de feshedilebilir. Ancak bir hukukî işlemin fâsit olması bizatihi olmadığından yani aslen değil vasfen fâsit olduğu için fesat sebebinin ortadan kalkması ile hukukî işlem geçerli hale gelir. Eğer fesat sebebinin ortadan kalkması mümkün değilse²⁴⁰, bu takdirde fesih hakkına sahip olan tarafın, Hanefî mezhebinde hâkim olan fikre göre, karşı tarafın huzuru olmaksızın dahi feshi mümkündür. Diğer bir fikre göre ise, ancak karşı tarafın huzurunda fesih mümkündür.

Teslimden sonraki durumu ikiye ayırarak incelemek gerekir: Alıcı şey üzerinde her hangi bir tasarrufta bulunmamış ise, şeyi geri vermek zorundadır. Buna mukabil alıcı, hukukî işlemin konusu üzerinde geri vermeye engel teşkil edebilecek bir tasarrufta bulunmuş (satmış, hibe etmiş, şekil değiştirmiş vs.) ise, artık fesih hakkı kullanılamaz. Bu halde alıcı, kararlaştırılan bedeli değil, şeyin asıl kıymetini ödemekle sorumludur²⁴¹.

Hanefî hukukçuları fâsit aktin feshinin, taraflar için bazan bir hak, bazan da bir görev olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bununla beraber tarafların fâsit akti feshetme niyetinde olmamaları halinde tarafların talebi olmaksızın hâkimin hukukî işlemi feshedip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir kısım Hanefî hukukçuları hâkimin fâsit akti re'sen ve cebren feshedebileceğini kabul etmişlerdir²⁴². Diğer bir kısım Hanefî hukukçular ise, hâkimin böyle bir karar vermeye ancak Allah Hakkı'nı ilgilendiren durumlarda yetkili olduğunu, özel hukuku ilgilendiren konularda hâkimin böyle bir yetkisinin olmadığını belirtmişlerdir²⁴³.

Fâsit olan hukukî işlem sözlü olarak veya fiilen feshedilebilir. Sözlü fesih, fesih yetkisine sahip olan kişinin, "akti feshediyorum", "reddediyorum" gibi sözleriyle gerçekleşebilir. Bu durumda gerek kabzdan önce gerek kabzdan sonra hâkim kararına ve karşı tarafın rızasına gerek kalmadan feshedilmiş olur. Fiilî fesih ise, satılan şeyi satıcıya geri vermek suretiyle olur. Ebu Hanifeye göre feshin sahih olması için karşı tarafın huzurunda olması gerekir. Ebu Yusuf'a göre ise, feshin sahih olması için karşı tarafın huzurunda yapılması gerekmez²⁴⁴.

Burada hukukî işlemlerin bâtil ve fâsit olmaları üzerinde durmak gerekecektir. Hanefî hukukçularına göre, fâsit ile bâtil farklı şeyler olmasına rağmen diğer mezhep hukukçularına göre, fâsit ile bâtil aynı manayı ifade eden iki kelimedir. Sonucu fikri savunanlara göre, bir hukukî işlemin kurucu unsurları ile geçerlilik unsurları arasında fark yoktur. Bir şeyin aslının yasaklamak ile vasfını yasaklamak aynı şeydir. Buna karşılık Hanefî hukukçuları bir şeyin aslının yasaklanması ile vasfının yasaklanmasını birbirinden ayırt etmek gerektiğini ve bunların ayrı hükümlere tâbi olacağını ileri sürmüşlerdir²⁴⁵. Bunun neticesi olarak ta, kurucu ve geçerlilik unsuru ayırımını yapmayan hukukçular bâtil ile fâsit arasında fark olmadığını ileri sürmüşlerdir. Buna mukabil hukukî işlemlerin unsurlarını kurucu ve geçerlilik olmak üzere ikiye ayıran hukukçular bu unsurların ayrı ayrı hükme tâbi olacağını ileri sürmüşlerdir.

239 Fasit şarta bağlanması mümkün olmayan hukukî işlemler şunlardır: 1- Satım 2- Kısım 3- İcare 4-Hukukî işleme icazet 5- Malın mal ile değişiminde ikrar, İnkâr ve sukut etmeden sulh 6- İbra 7- Mûzaraa 8-Musakât 9- Vakıf (Ali Haydar, I/180-183).

240 Maliki mezhebinde hâkim olan fikre göre, faiz ve gararlı işlemlerde -meselâ gararın çok olduğu şartlarda- bunlar ortadan kalksa bile hukukî işlem fasit olur (İbn-i Rüşt, II/137).

241 Kâsânî, V/299-305; İbn-i Hümmam, V/185 vd.

242 İbn Nüceym, Bahr, VII/103, 110.

243 Kerderî, IV/405; Sadru's-Şehid, II/141-142.

244 Kâsânî, V/300-301.

245 Mecelle m. 109-110; Kâsânî, V/299 vd.; İbn-i Hümmam, V/227 vd.; Suyutî, 312; Zeydan, 305; Cezirî, III/1326 vd.; Karaman, II/267; Apaydın, 2 vd.; Cin/Akgündüz, II/201 vd.

Bu fikri savunanlar göre bâtil, kurucu unsurlarını, şartlarını, vasıflarını içermeyen hukukî işlemlerin tâbi olduğu bir müeyyidedir. Gayrı mümeyyiz bir küçüğün yaptığı satım akti gibi. Fâsit ise, aslında geçerli olduğu halde, hukuka uygun olmayan bir şeye yakınlığı dolayısıyla geçersiz hale gelen hukukî işlemlerdir. Hanefi hukukçularına göre, bir hukukî işlem, kurulması için gerekli unsurların tamam olması ile kurulur. Ancak geçerlilik kazanmaz. Hukukî işlemin geçerli olabilmesi için iradelerin açıklanmasında ikrah, konusunda şüphelilik (garar), faiz ve fâsit şart, teslimde zarar olmaması gerekir. Oysa bütün bu sebepler diğer mezhep hukukçularınca butlan sebebi olarak gösterilmiştir²⁴⁶. Bâtil hukukî işlem hiç yapılmamış hukukî işlem demektir²⁴⁷. Bu nedenle bâtil işlemler, hiçbir hukukî sonuç meydana getirmedikleri gibi izin veya icazetle de geçerli hale gelmezler²⁴⁸. Ancak borçlar hukukuna ilişkin bu kaidenin aile hukukunda uygulanması mümkün değildir. Zira evlenme geri dönülmesi mümkün olmayan bir işlem olup, bâtil da olsa meydana gelir ve ona bazı sonuçlar bağlanır. Bu hukukî sonuçlar bâtil evlenme ortadan kaldırılincaya kadar devam eder. Ayrıca ona dayanarak bir hukukî sonuç elde edilmez. Meselâ bâtil bir evlenme aktinde zıfafın gerçekleşmesi halinde taraflara zina haddi uygulanamaz²⁴⁹. Bâtil olan hukukî işlemlerin bölünmesi mümkün ise, bölünebilir. Yani hukukî işlemin bir kısmının geçerli olarak devam etmesine imkan var ise, bu halde hukukî işlem o kısım için devam eder. Bâtil işlemler yok hükmünde olduğundan ortadan kaldırılması için mahkeme hükmüne gerek yoktur. Ayrıca zamanaşımının işlemesine de mani olmaz²⁵⁰.

Fâsit hukukî işlemler ise, kurucu unsurları ve in'ikat şartları tam olduğundan kurulmuş, fakat bazı vasıfları eksik olduğu için sakat doğmuştur. Meselâ fâsit bir şarta bağlanan hukukî işlem gibi. Mecelle fâsit bey'i (satımı) "Aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan, yani zaten mün'akit olup da bazı evsâfı hariciyesi meşru olmayan bey' dir"(m. 109) şeklinde tarif ettikten sonra, "In'ikad-ı bey'in şartı bulunup da bazı evsaf-ı hâriciyesi itibarıyla meşru olmazsa, meselâ mebi' meçhul, yahut semende hâlel vaki olursa bey'i fâsit olur"(m. 364) diyerek fâsit bey'i açıklamıştır. Burada hukukî işlem (eğer unsurları ve şartları tam ise) aslında kurulmuştur. Ancak hukuken sakattır. Bu nedenle eğer taraflar hukukî işlemin aynen veya değiştirilerek devamını istemiyorlarsa fâsit olan hukukî işlemi feshetmeleri gerekir. Yani kendiliğinden hükümsüz olmadığı gibi hâkim olan fikre göre hâkim tarafından da feshedilemez. Bu nedenle kabz işlemi ilgili tarafın izni ile gerçekleştiği takdirde fâsit hukukî işlemler bazı hukukî sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle kabz işlemi, hukukî işlemin feshine mani değildir. Ancak fâsit hukukî işlemi feshedebilmek için konusunun her hangi bir değişikliğe uğramaması lazımdır²⁵¹.

246 Bilmen, I/35; Ali Haydar, I/216.

247 Mecelle m. 110; Ali Haydar, I/218; Zeydan, 305.

248 Mecelle m. 370; Ali Haydar, 617.

249 Bilmen, II/36; Karaman, I/278 ve II/256; Aydın, 30.

250 Mecelle m. 52; Zeydan, 305 vd.; Ali Haydar, I/119; Karaman, I/256 vd.

251 Mecelle m. 371-373; Kâsânî, V/299; Zeydan, 305; Ali Haydar, I/218, 618 vd.; Karaman, II/268-273.

SONUÇ

Görüldüğü üzere şart, İslâm hukukunda önemli yer tutan bir kavramdır. Gerçekten şarta bağlı işlemler üzerinde İslâm hukukçuların birbirinden farklı fikirleri ileri sürmüşlerdir. Bunun sebebi, Hz. Peygamberden aynı konuyu tanzim eden ve birbirine zıt hükümler içeren birden fazla hadis nakledilmiş olmasıdır. Gerçekten bu hadisler, birlikte ele alındığında içinden çıkılmaz gibi görünen durumdan İslâm hukukçuları, bir kısmı istisna diğer bir kısmı da muhtevalarında yorum yapma yoluyla çıkmayı başarmışlardır.

Şart, öneminden dolayı İslâm hukukunun bir kısmının kodifikasyonundan ibaret olan ve Osmanlı Medeni Kanununun denebilecek Mecelle'de hem genel hükümler hem de özel hükümler arasında yer almıştır. Hatta söz konusu Mecelle'nin esbab-ı mucibesinde de tartışma konusu yapılmıştır. Ayrıca zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir kanun hazırlanmasının amaçlandığı Mecelle tadillerinde de şart üzerinde durulmuş ve önemli değişiklik teklifleri getirilmiştir. Mısır'ın Mecellesi diyebileceğimiz Mürşidü'l Hayranda da şarta büyük önem ve yer verilmiştir. Buna rağmen bu kanunlarda şartın, önemi ile doğru orantılı olarak düzenlendiği söylenemez. Bize göre bunun en önemli sebebinin söz konusu kanunların belirli bir mezhep hukukçularının görüşleri ile bağlı kalınarak hazırlanmış olması ve esas alınan hanefî mezhebî hukukçuları tarafından da şartın genelde fâsit kabul edilmesidir.

İnceleme konumuz olan takyidî şartlar, hukukî işlemleri belirli bir kayıtla takyit etmektir şeklinde tarif edilmektedir. Şartı câiz, fasit ve lağv olmak üzere üçe ayırarak incelemek mümkündür. Hem şart hem de hukukî işlemin geçerli olduğu şartlara câiz şartlar; şartlar geçersiz, hukukî işlem geçerli olan şartlara lağv şartlar; hem şart hem de hukukî işlemin geçersiz olduğu şartlara ise fasit şartlar denmektedir. Şart, hukukî işlemlere tarafların iradeleri ile eklenmiş bir unsur olup, yalnız başına hukukî işlemlere konu olamayacağından şarta bağlı işlem yapabilmek için öncelikle geçerli bir hukukî işlem söz konusu olması gerekmektedir. Ayrıca bu işlemin aynı zamanda şarta bağlanabilir olması gerekir. Zira bütün hukukî işlemlerin şarta bağlanması mümkün değildir. Bir kısım işlemler nitelikleri gereği bazı şartlara bağlanamazlar. Bir hukukî işlemin şarta bağlı olarak yapabilmesinde genel kural, ivazlı-ivazsız olması değil hukukî işlemin niteliğidir.

Şarta bağlı işlem yapabilmek için normal hukukî işlem yapabilmek ehliyetine sahip olmak lazım ve kafidir. Söz konusu ehliyetin hukukî işlemin kurulduğu anda mevcut olması gerekir. Bir hukukî işlemin şarta bağlı olarak yapılıp yapılmadığını anlamak için şart edatı kullanılıp kullanılmadığına bakmak gerekirse de, bu hukukî bir zorunluluk değildir. Başka bir ifade ile şartın tayini için belirli bir şekil zorunluluğu yoktur.

Şart, hukukî işlemin yapıldığı esnada kararlaştırılmalıdır. Bununla birlikte hukukî işlem tamam olduktan sonra da şarta bağlamak mümkündür. Ancak hukukî işlem tamam olduktan sonra şarta bağlanacak olursa durumu ikiye ayırarak incelemek gerekecektir. İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, hukukî işlem tamam olduktan sonra ileri sürülen şart, câiz şartlardan ise şart hukukî işleme dahil olacaktır. Yani hukukî işlem şarta bağlı olarak yapılmış kabul edilip şarta riayet etmek gerekecektir. Buna mukabil sonradan ileri sürülen şart, fâsit şartlardan ise, yine İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, şart yok kabul edilip hukukî işlem geçerli sayılacaktır. Ancak o yerde örf ve adet haline gelmiş olan şartlar bu kuraldan müstesnadır. Zira örf ve adet haline gelmiş olan şartlar hukukî işlem esnasında zikredilmeseler dahi onlara riayet etmek lâzım gelir. Ancak kararlaştırılan bu şart olmadan tarafların bu hukukî işlemi yapmayacakları anlaşılıyorsa hukukî işlemi şarta bağlı olarak yapılmış kabul etmek gerekir. Buna mukabil taraflar şart olmadan da hukukî işlem yapacaklarını kararlaştıracak olurlarsa şartı yok sayıp hukukî işlemi geçerli kabul etmek gerekir.

Şartın genelde tek başına bir irade beyanına konu olması mümkün değildir. Bu nedenle şartın hukukî işlemin içinde bir kayıt şeklinde (şart kaydı) öngörülmesi zorunludur. Binaenaleyh ortada bir hukukî işlem yoksa şartta yoktur. Şart, hukukî işlemin mütemmim cüz'üdür, yani hükmün varlığı ona dayanır. Gerçekten şart, kanunî bir unsur olmayıp, tarafların veya tek taraflı işlemlerde onu yapan tarafın iradesi ile hukukî işleme

girmiştir. O halde şart hukukî işleme girip girmemekte serbest, fakat girdikten sonra hukukî işlemin esaslı bir unsuru olmaktadır. Ancak kanunî bir unsur olmadığından taraflar işlemi şarta bağlayıp bağlamamakta serbestirler. Hukukî işlem şarta bağlandıktan sonra şart gerçekleşecek olursa ona bağlı hükümler de meydana gelecek ve şarta imkanlar ölçüsünde riayet etmek gerekecektir. Netice itibarıyla şart, hukukî işlemin aslî unsurlarındandır. İrade açıklayan kimse bu iradesini şarta bağlı bir işlem meydana getirmek için açıklamıştır. Bu nedenle şartı borç ilişkisinden ayrı olarak ele alma imkanı yoktur. Zira hükmün varlığı şarta bağlıdır. Ancak şartın varlığı hükmün de var olmasını gerektirmez. Bu durum şartın geçerli olup olmaması ve bunun hukukî işleme yansımada önem arzeder. Binaenaleyh şarta bağlı bir işlemde, şartı fâsit (lağv) kabul edip, işlemin geçerli olarak devam etmesi istisnâî bir durumdur. Bu hallerde ise, şartı aslî bir unsur olarak nitelendirmeye imkan yoktur. Şarta bağlanabilen işlemler de şartın niteliğine göre hükümlerini meydana getireceklerdir. Başka bir ifade ile şarta bağlı işlemler, şart olayla kayıtlı olarak hukukî varlıklarını sürdürecektir.

B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A *

- AHMED İBRAHİM :Makale Fil-Ukûd veş-Şurût vel-Hıyârât Mecellet'ül-Kanun vel- İktisad, Sene IV, Mısır.
- AHMED NAZİF :Teceddüt-Tekamül Mecelle Meselesi, Sebilürreşat, 1339.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet ::(Halil Cin ile birlikte) Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I-II, İstanbul 1990.
*İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ankara1988.
*Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. I-IX, İstanbul 1990-1996.
*İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986.
*Şer'îye Sicilleri, (Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı İlim Heyeti İle birlikte), C. I-II, İstanbul 1989.
- ALİ HAYDAR :Dürer'ül-Hükkâm Şerh-u Mecellet'il-Ahkâm, C. I-IV, İstanbul 1330.
- APAYDIN, Yunus :İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1989.
- ATAR, Fahreddin : İslâm İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 1990.
*Fıkıh Usulü, İstanbul 1988.
- ATIF BEY, Kuyucaklızade AYDIN, M. Akif :Mecelle-i Ahkâmı Adliye Şerhi, İstanbul 1330.
:İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985.
* Türk Hukuk Tarihi (Tarih), İstanbul 1996.
- BARKAN, Ö. Lütfi :Türkiye'de Toprak Meselesi, C.I, İstanbul 1980.
*Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi, İHFM, C. XI, S. 3-4.
*XV ve XVI. Asırlarda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, İstanbul 1943.
- BERKİ, A. Himmet :Hibenin Şart ve Mükellefiyetle Takyidi, AD, S. I, Ankara 1970.
* Fatih Sultan Mehmet Han, Ankara T.siz.
- BİLMEN, Ö. Nasuhî :Hukuk-ı İslâmiye ve İstilahat-ı Fıkhiye Kamusu, C. I-VIII, İstanbul 1970.
- BUHARİ, İbn-i İsmail'il-Buharî :Sahih-i Buhari, C. I-IV, İstanbul 1315.
- CANAN, İbrahim :Kütüb-i Sitte, C. III, Ankara 1988.
- CELAL NURİ :Mecelle Meselesi, İçtihad Dergisi, 1329.

* Anılarda kullanılan kısaltmalar ilgili eserin karşısında gösterilmiştir.

- CEMALEDDİN
:Havaic-i Kanuniyemiz, İstanbul 1331.
:Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye-Fransa Medeni Kanunu, İlmi Hukuk ve Mukayeseli Kavanin Mecmuası, C. I, 1325.
- CEZİRÎ, Abdurrahman
:(Çev. M. Keskin), Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, 3. Baskı, C. III, İstanbul 1990.
- CİN, Halil
:(Ahmet Akgündüz İle birlikte) Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C.I-II, İstanbul 1990.
- CÜRCANÎ, Seyyid Şerif
:Tarîfât, İstanbul 1318.
- ÇANTAY, H. Basri
:Kur'an-ı Hâkim ve Meali Kerim, C. I-III, İstanbul 1981.
- DEVELİOĞLU, Ferit
:Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 7. Baskı, Ankara 1986.
- EBU DAVUD,
İbn-i İshak'is-Sicistanî
:Sünen-i Ebu Davud, C. I-IV, Mısır 1371.
- EBU ZEHRA , Muhammed
:El-Mülkiye ven-Nazariyet'ül-Akid, Kahire 1939.
- FETEVÂ-Y-I HİNDİYE
: C. V, Ankara T.siz.
- FINDIKOĞLU, F. Ziya
:Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi, Ebul-Ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1943.
- GÜR, Refik
:Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, İstanbul 1958.
- H. REŞİT PAŞA
:Ruh'ul-Mecelle, İstanbul 1328.
- HALEBÎ,
İbrahim b. Muhammed
:Mültek'al-Ebhur, İstanbul 1309.
- HATTAB, Ebu
Abdullah Muhammed
:Mevahib'ül-Celil Şerh-u Muhtasar-ı Halil, C. IV, Mısır 1329.
- HİRÂŞÎ, Ebu
Abdullah Muhammed
:Şerh'ul-Hiraşî Alâ Muhtasar-ı Halil, C. V, Mısır 1317.
- İBN-İ ABİDİN
:Redd'ül-Muhtar Aled-Dürr'il-Muhtar, C. IV, Mısır 1967.
- İBN-İ KAYYİM
İbn-i Ebu Bekir El Cevzî
:İ'lam'ul-Muvakkîn An Rabb'il-Alemin, C. II-III, Beyrut 1973.
- İBN-İ KUDAME
İBN-İ AHMED
:El-Muğni Alâ Muhtasar'il-Hirakî, C. IV, Mısır 1334.
- İBN-İ KUDAME
EL-MAKDİSÎ
:Şerh'ul-Kebir Alâ Metn'il-Muknî, C. IV, Mısır 1348.
- İBN-İ HAZM,
İbn-i Ahme
:Muhalla, Mısır 1389.
- İBN-İ HÜMAM
Vâhid Es-Sivasî
:Feth'ul-Kadir, C. V. Mısır 1319.

- IBN-İ NÜCEYM
IBN-İ RÜŞT,
Muhammed b. Ahmed
:El-Eşbah ven-Nezair, Mısır 1968.
- IBN-İ TEYMIYE,
İbn-i Abdü'l Halim
:Bidayet'ül-Müçtehit ve Nihayet'ül-Muktesid
C. II-III, Kahire 1975.
- İNALCIK, Halil
:Feteva Li İbn-i Teymiye, Kahire 1326
*Mecmu'ul-Feteva, C. XI, XX, XXIX, Riyad
1383.
*Nazariyet'ül-Akid, Medine 1949.
:Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultanî Hukuk
ve Fatihin
Kanunları, SBFD, C. XIII, S. 2'den ayrı
basım, 1958.
- KADRİ PAŞA,
Muhammed
:Mürşid'ül-Hayran İle Ma'rifeti Ahval'il-İnsan,
Mısır 1338.
*Ahval'üş-Şahsiye, İskenderiyye 1875.
- KAMUS-I OKYANUS
TERCEMESİ
KARAMAN, Hayreddin
:C. I-IV, İstanbul 1305.
:Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I-II, İstanbul
1987.
*İslâm Hukuk Tarihi, İstanbul 1984.
- KÂSÂNÎ, İBN-İ MESUD
KAŞIKÇI, Osman
:Bedâi'üs-Senâi Fî Tertîb'ış-Şerâyî, C. V,
Beyrut, 1910.
:İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle,
İstanbul 1997.
- KERDERÎ, M. Muhammed
MALİK B. ENES
MARDİN, Ebulülâ
:El-Camiul-Veciz, C. IV, Beyrut 1986.
:Muvatta, Beyrut 1994.
:Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet
Paşa, İstanbul 1946.
*Hukuk-ı Tasarrufiye-i Arazi, Dersaadet,
1328.
- MESUD EFENDİ
MİRAS, Kamil
:Mir'ât-ı Mecelle, İstanbul 1302.
:Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih
Tercemesi ve Şerhi, C. VII, Ankara 1984.
- MUMCU, Ahmet
:(Coşkun ÜÇÖK ile birlikte) Türk Hukuk
Tarihi, Ankara 1986.
- MUSTAFA ASIM
MUHAMMED Y. MUSA
:Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329.
:El-Emval ve Nazariyet'ül-Akd Fil-Fıkh'il-
İslâmî, Kahire 1958.
- MÜSLİM B. Haccaci'l
Kuşeyrî
ONAR, S. Sami
:Sahih-i Müslim, İstanbul 1329.
:İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm
Hukukunun Bir Kısımının Codificationu
Mecelle, İİHF, C. XX, S. 1-4, 1954.
- ÖZTÜRK, Osman
:Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul
1973.

- PULAŞLI, Hasan :Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.
- REMELÎ, Şemsüddin
İbn-i Muhammed :Nihayet'ül-Muhtaç İlä Şerh'il-Minhaç, C. V, Mısır 1386.
- SADR'UŞ-ŞEHİD :Şerh-u Edeb'il-Kâdî Lil-Hassaf, Bağdat 1978.
- SABUNÎ, M. Ali :(Ter. Sadreddin Gümüş-Nedim Yılmaz), Safvet'üt-Tefâsir, C. IV, İstanbul 1990.
- SENHURÎ, Abdürrazzak Ahmed :Mesâdîr'ul-Hak Fil-Fıkh'ül-İslâmî, C. II-IV, Mısır 1967.
- SERAHSÎ, Muhammed
İbn-i Ahmed :El-Mebsut, C. XI, XIII. Mısır 1324.
- SEYYİD NESÎ :Mecellenin İslahına Doğru, DFHFM, S. IV, İstanbul 1332.
- SUYUTÎ, Celalüddin
Abdurrahman :El- Eşbah Ven-Nezair, Mısır T.siz.
- ŞA'BAN, Zekiyyüddin :(Ter.: İ. Kafi Dönmez) İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü Fıkh), Ankara 1990.
- ŞEVKANÎ, İbn-i
Muhammed :Neyl'ül-Evtar Şerh-u Mültek'al-Ahbar, C.VI, Mısır 1357.
- ŞİRAZÎ, Ebu
İshak Muhammed :El- Mühezzeb, C. I, Mısır 1376.
- TİRMİZÎ, İbn-i İsa
Et-Tirmizî :Süneni Tirmizî, Mısır 1350.
- TOPALOĞLU, Bekir/
KARAMAN Hayreddin :Arapça-Türkçe Yeni Kamus,8. Baskı, İstanbul 1980.
- ÜÇOK, Coşkun :Şart, İslâm Ansiklopedisi, Milli Eğitim Bakanlığı yayını
- ÜÇOK, Coşkun :(Ahmet MUMCU ile birlikte) Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1986.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfza
Veldet :Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın 100. Yıldönümü Münasebeti İle, İstanbul 1940
- YAVUZ, Hulusi *Türk Medeni Hukuku, C. I, Cüz. 1, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul 1956.
- YILDIRIM, Celâl :Mecellenin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, İstanbul 1986.
- ZEBİDÎ, S. Murtaza :Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı, C. IV, Konya.
- ZERKA, Mustafa Ahmed :Ukûd'ül-Cevahir'ül-Hanefi Fi Edillet-i Mezheb-i Ebu Hanife, İstanbul 1309.
- ZERKA, Mustafa Ahmed :El-Fıkh'ül-İslâmî Fî Sevbih'il-Cedid, C. I, Dımaşk 1967.

ZEYDAN, Adülkerim

:El-Medhal Li Diraset'is-Şeriat'il-İslâmiyye,
Ürdün 1990.

* (Çev: R. Özcan), Fıkıh Usûlü, 2. Baskı,
Ankara 1982.

ZİYAEDDİN, Mehmet

:Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Şerhi, İstanbul
1312.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.
BK	: Borçlar Kanunu.
Bkz.	: Bakınız.
DFHFM	: Darü'l Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası.
C.	: Cilt.
CA	: Ceride-i Adliye.
İHMKM	: İlmî Hukuk ve Mukayeseli Kavanin Mecmuası.
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
m.	: madde.
MK.	: Medeni Kanun.
T.	: Tarih.
T.siz.	: Tarihsiz.
t.	: tertip.
S.	: Sayı.
s.	: sahife.
Yarg.	: Yargıtay.
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi.

1982 ANAYASASINDA HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

Ramazan ÇAĞLAYAN*

GİRİŞ

HUKUK DEVLETİ KAVRAMI

"Hukuk Devleti " deymi ilk defa 19. yüzyılda Almanya'da kullanılmaya başlamıştır¹. En geniş anlamıyla hukuk devleti hukukun üstün olduğu, hukuk kurallarının onu koyanlar da dahil olmak üzere her kişi ve kuruluşu bağlamasını deyimlemektedir². Şu halde hukuk devleti kavramının özünü devletin hukuka bağlılığı yani yönetimin hukukun içinde kalarak tasarruflarda bulunması oluşturmaktadır.

Bu özün varlığı için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunları kısaca şu şekilde özetleyebiliriz³:

Temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması; Temel hak ve özgürlüklerin Anayasada belirlenmesi ve yasayla sınırlanabilmesi güvencesinin önemli iki yöntemidir.

Yasaların anayasaya uygunluğunun sağlanması; yani yasamanın da denetlenmesi gerekir. Aksi halde hukuk devleti ilkesi yasalarla ihlal edilebilir.

Yürütmenin hukuka bağlılığının sağlanması; Yasama yanında yürütmenin de hukukun içinde kalması sağlanmalıdır. Keyfiliğin önü alınmalıdır.

Ceza sorumluluğuna ilişkin ilkelerin (Suç ve cezada kaninilik, masumiyet karinesi, cezanın kişiselliği ...vs.) temel kurullarla belirlenmesi.

Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının sağlanması. Tabii hakim ilkesi de buna dahildir.

Görüldüğü gibi hukuk devletinin özünü devletin hukuka bağlılığı oluşturmakta bunun sağlanmasının en etkin yolu da yargısal denetimdir.

Ben burada, Yürütme/ idarenin hukuka bağlılığının sağlanması yönünde 1982 Anayasasının getirdiği düzenlemeler üzerinde duracağım. Ancak bundan önce, idare Hukukunun hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesindeki rolü ve önemi üzerinde biraz durmak istiyorum.

* Arş.Gör., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Anabilim Dalı

1 HATEMİ, H. Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989, s.7.

2 Hukuk Devleti kavramı için bkz.ÖZBUDUN, E.Anayasa Hukuku, 3B, Ankara 1993, s.88; SOYSAL, M.100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986, s.243; GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. Anayasa Hukuku, Ankara, 1993, s.145; ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.57 vd.

3 SOYSAL, age. s. 243; GÖZÜBÜYÜK, age.s.146; ÖZBUDUN, age.s.89

I.HUKUK DEVLETİ - İDARE HUKUKU İLİŞKİSİ

Hukuk devleti çok boyutlu ve kapsamlı ilkelerden oluşan bir kavramdır. Ancak onu en çok etkileyen, kapsamın belirlenmesinde büyük rol oynayan ve giderek onunla özdeşleşen bir bilin dalı vardır ki o da idare Hukukudur. Bu özdeşleşmenin nasıl gerçekleştiğini bir kaç boyutu ile görelim.

1. Devletin güçleri arasında sadece Yürütme/ İdare hem işlemler (Hukuksal araçlar) hem de eylemler (fiziksel araçlar) yapabilmektedir. Yasama ve yargı ise sadece işlemler yapabilmekte, bu işlemlerin infazı yada icrası yine yürütme/idare eliyle gerçekleşmektedir. Ayrıca idare bir işleme dayanmaksızın salt eylemler yapabilmektedir. Yine yasama ve yargı tatil yapabildiği halde Yürütme/İdare 365 gün ve 24 saat işleyen bir cihazdır. Bu durum yürütme / idarenin işlem ve eylemler olarak ne kadar fazla tasarruf ürettiğini ortaya koymaktadır⁴.

2. İdarenin işlem ve eylem yaparken açıkladığı irade özel hukuktakinden farklıdır. Burada eşit iradeler değil, üstün irade söz konusudur. İdare kamu gücü ve kamu yararına dayanarak üstün irade gücüne ve yetkisine sahiptir⁵. Bu irade tek yanlıdır, muhatabın iradesine bakılmaz, aynı zamanda re'sen ve cebren uygulanma kaabiliyetine sahiptir⁶.

Üstelik idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemin hukuka uygun olduğu varsayılır. Biz idare hukukunda buna "kanunilik ilkesi" diyoruz. İşlem ve eylem yapıldığı anda hukuka uygun olduğu kabul edilir. Şayet hukuka aykırı olduğu düşünülüyorsa iki yol vardır. İşlemin kaldırılması için idareye başvurmak. Bu yol bizde pek etkili değildir. Asıl etkili olabilen yargısal başvurudur. Ancak yargısal başvuru işlemin icrasını durdurmaz. Yürütmeyi durdurma kararının şartları da hayli ağırdır.

3. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı durumu sadece irade ve tasarrufları bakımından değildir. Onun görevlileri ve sahip olduğu malları da özel bir koruma altına alınmış, gözetilmiş ve güçlendirilmiştir⁷. Ceza hukukundan hatırlanacağı gibi bazı suçların idare görevlileri veya mallarına karşı işlenmesi ya suçun niteliğini değiştirir ya da ağırlaştırıcı neden sayılır. Yine idarenin görevlileri bir suç işlediğinde özel bir koruma sistemi oluşturan "Memurun mahakematı " kuralları uygulanır. Yargılanabilmesi için idarenin izin vermesi gerekir⁸.

4. Bir diğer boyut ise alenelik güncel deyimini ile şeffaflık sorunudur. Yasama ve yargı kararlarının oluşmasında açıklık vardır, alenidir. Tartışılarak müzakere edilerek kararlar oluşur. Meclis müzakereleri ve duruşmaların aleniliği bunu gösterir.

İdarede ise durum tamamen tersidir. Kararlar kapalı kapılar ardında alınır. Konu çok az sayıda görevli ve yetkili tarafından bilinir. Kararın muhatabı, işlem tamamlandıktan, her şey olup bittikten sonra haberdar olabilmektedir. İlgililerin karar alma sürecine etki etmeleri katılmaları ise hiç mümkün değildir⁹. Bu yüzden Yönetilenlerin yönetenler karşısında deyim yerinde ise "boynu kıldan ince"dir¹⁰.

İşte burada demokratik yönetim yanında yönetimde demokrasi önem kazanmaktadır. Başka deyişle yönetimde açıklık ilkesi. Birleşik devletlerde buna "Government in the Sunhins" günışığında yönetim denilmektedir¹¹. Yönetimde

4 ÖZAY, Günışığında yönetim, İstanbul 1996, s.9 vd.

5 ÖZAY, age, s.12, 306.

6 ERKUT, Celâl, İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.14; ÖZAY, age, s.12

7 ÖZAY, age, s.12.

8 KIRMIZI GÜL, H.Memurlar Hakkındaki Tahkikat ve Muhakeme Usulü, İstanbul 1993.

9 ÖZAY, age, s.14.

10 ÖZAY, age, s.15.

11 TARHANLI, T, Amerikan İdari Usul Kanunu, İHİD-1985, sy.1-3, s.225.

demokrasinin gerçekleşmesi için; Genel bir idari usul yasası, bilgi edinme özgürlüğü ve bireylerin idari karar alma sürecine katılabilmesi şartlarının gerçekleşmesi gerekir^{12 13}.

Bizde bunlar yoktur. Genel bir idari usul yasası olmadığı için idarenin nerede ne yapacağı ve nasıl yapacağını bilememekteyiz. İdari işlemler hakkında önceden bilgi edinmemiz mümkün değil, bilgi edinemediğimiz için, karar sürecine katılmamız hiç mümkün değil. Bu yüzden bireylerin idare karşısında gerçekten "boynu kıldan ince"dir.

5. Son olarak bu denli güçlü yetkilerde donatılmış olan idare bir tüzelkişilik olduğundan iradesini gerçek kişiler aracılığıyla açıklar. Kişiler ise her zaman keyfi davranma eğilimine girebilirler¹⁴.

Bu denli güç ve yetkilerle donatılmış idare karşısında bireylerin korunması idarenin hukukun içinde kalarak tasarrufta bulunması ile mümkün olabilir. İdareyi hukukun içinde tutmanın en etkin yolu yargısal denetimdir. İdarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu araştıran iptal davaları¹⁵. Hukuk devletinin bir unsuru olmaktan öte adeta onunla "eşanlı" hale gelmektedir. Netice olarak şunu söyleyebiliriz, hukuk devleti, idare hukuku, idari yargı üçü birden özdeşleşmektedir¹⁶.

Hukuk Devleti ilkesinin özünü devlet organlarının yargısal denitimi oluşturmakta, idare açısından ise idarenin yargısal denitimi hukuk devletinin olmazsa olmaz şartını teşkil etmektedir.

1982 Anayasasının idarenin yargısal denitimine ilişkin düzenlemelerini anlayabilmek için, Anayasanın genel felsefesi üzerinde kısaca durmak gerekir.

II. 1982 ANAYASASININ GENEL FELSEFESİ

1961 Anayasası gibi, 1982 Anayasası da yönetime silahlı kuvvetlerin el koyduğu "ara rejimin" ürünüdür. Her ikisinde de geçmişte yaşanmış olaylara, krizlere karşı oluşan tepkinin Hukukileştirmesi mantığı hakimdir. Bir kere otorite-hürriyet dengesinde, otoritenin ağırlığını artırmıştır. Hak ve özgürlükleri ödev ve sorumluluk kavramları ile birlikte ele almıştır¹⁷.

Diğer yandan yürütme hem görev hem de yetki olarak düzenlenmiştir.(md.8) Yürütme / idarenin genel düzenleyici işlem yapma yetkisi genişletilmiştir. Cumhurbaşkanı'nın yetkileri artırılmıştır. Yürütme organı yasama ve yargı organlarına karşı kuvvetlendirmek istenmiştir¹⁸.

Özgürlükler konusunda kademeli bir sınırlama getirmiştir¹⁹. 13.maddede bütün hak ve özgürlükler için geçerli sınırlama sebepleri sayılmış, ayrıca her madde de o hak ve özgürlük için sınırlamalar getirilmiştir²⁰. Bir özgürlük hem 13.maddedekiler hemde kendi maddesindekiler ile birlikte veya ayrı ayrı sınırlanabilecektir.14.maddede hak ve

12 GÜRAN, S, Yönetimde Açıklık, İHİD-1982, sy.1-3, s.101; TARHANLI, age; ÖZAY, age, s.4 vd.

13 Amerika'da bu şartlara yönelik yasalar çıkarılmıştır. Bkz. TARHANLI, age, s.225

14 ÖZAY, age, s.13

15 GÖZÜBÜYÜK, İptal Davasının Sonuçları Abadan'a Armağan, 1969, s.329

16 ÖZAY, age, s.17; Özay bunu teslis yani "hem üç hem bir" inancına benzetmektedir.

17 ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 38,74

18 TANÖR, B. İki Anayasa: 1961-1982, İstanbul 1986, s. 115-121

19 TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1994,3B,s.202

20 AYMK,E.85/8,K.86/27,KT.26.11.1986,AMKD.sy.22.s.364

özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağı belirtilerek sınırlamaların üzerine deyim yerinde ise adeta bir "aşal" çekilmiştir²¹.

Yine idareye özellikle kolluk güçlerine geniş yetkiler verilmiştir. Yasaklama, erteleme, engelleme, izin, arama vs. Bu geniş yetkiler kaynağını anayasadan almaktadır.(md.17.19.26./1,27,31,34 vs)

Olağanüstü hallerde yürütme kanuna bağlı olmadan doğrudan anayasaya dayanarak geniş bir düzenleme yetkisine sahiptir. olağanüstü kanun hükmünde karar nameler için yetki yasasına gerek yoktur. Yine bu dönemdeki idari tasarrufların yargısal denetimine sınırlamalar getirilmiştir. Burada yürütme artık yasamaya bağlı yada yasamanın türevi değildir²². MGK ile sivil otorite yanında belkide üstünde askeri otoriteye yer verilmiştir.(md.118)

III. HUKUK DEVLETİNİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

1982 Anayasası 2.maddesinde devletin niteliklerini sayarken Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi yorumlarken "Hukuk Devleti bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan devlettir²³ şeklinde ifade ediyor. Danıştay'da hukuk devleti ile ilgili olarak "idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması hukuk devletinin en karakteristik vasfı icabıdır" diyor²⁴ Şu halde hukuk devletinde idarenin tüm eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olması gerekir. Herhangi bir gerekçe ile bir kısım idari işlem ve eylemler yargı denetimi dışında tutuluyorsa hukuk devleti ilkesi zedelenmiş olur²⁵. 1982 Anayasası 125.maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır "hükmünü getirmiş fakat yine kendisi idari işlem niteliğinde bir çok işlemleri yargı denetimi dışında tutmuştur. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler(md.125.) Yüksek Askeri Şura kararları(md.125) Olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde karamameler(md.148/1), Hakimler ve savcılar yüksek kurulu kararları(md.152/4), Uyarma ve kınama cezaları(md.129/3),anayasanın geçici 15.maddesi kapsamına giren idari tasarruflar . Bu hükümler yargı bağımsızlığına anayasal olarak kavuşan işlem türlerini yaratmıştır²⁶.

1.İptal Davasının Kapsamının Daraltılması Eğilimi

Daha önce de belirttiğimiz gibi iptal davası, idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldıran onun hukuka bağlılığını sağlayan en etkin yoldur²⁷. Yani hukuk devletinin gerçekleşme şartlarından en önde gelenidir. İptal davasının kapsamının daraltılması veya genişlemesi hukuk devletinin gerçekleşmesini doğrudan etkiler.

21 TANÖR, Türkiyenin ,ins.205

22 TAN,T,1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliğinin Anayasa yargısı-1984,s.36

23

AYMK.E.63/124,K.63/243,Kt.11.10.1963,AMKD,Sy.1,s.429;E.85/31,K.86/111,Kt.27.3.1986, RG. 9102; E.66/11,K.66/44.AMKD,sy5,s.13

24 E.320.K.50/128, Kt.30.3.1950.DKD.sy.50-53,s.93

25 KABOĞLU,İ.Ö.Özgürlükler Hukuku,İstanbul 1993,s.93

26 ÖZAY,age.s.322

27 GÖZÜBÜYÜK,Yönetmelik Yargı,6B.Ankara 1983,s.107

İptal davasının iki yüzyıllık tanımı" idari işlemler hakkında yetki,şekil,sebebe,konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar"şeklindedir²⁸.

İptal davası objektif nitelikli bir davadır. Hukuk düzeninin korunmasına yöneliktir ve sonuçta verilen iptal kararından herkes yararlanır. Amacı idarenin hukuk içinde kalmasına sağlamaktır²⁹.

2577 sayılı idari yargılama usulü kanununda da iptal davası yukarıdaki şekilde tanımlanmıştı (md.2/1.a) Ancak 1994'te 4001 sayılı kanun ile bu iki yüzyıllık tanım terkedilerek yeni bir tanım getirilmiştir. "İdari işlemler hakkında yetki şekil,sebebe,konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için çevre tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları"şeklindedir tanımlanmıştır.

Bu iki tanım arasında çok önemli farklar mevcuttur. Yeni tanım hukuk devleti ilkesini zedelemeye matuf ileri bir adımdır. Burada iptal davası açabilmek için menfaat şartı yerine hak ihlali getirilmiştir. Menfaat ihlali, kişi ile işlem arasında meşru makul ve aktüel bir alakanın olmasını deyimler. Hak ihlali ise kanunen korunan bir menfaatin ihlali demektir³⁰. Menfaat ihlali, hak ihlaline göre çok daha geniş kapsamlıdır. İptal davaları bu yönüyle daraltmaya tabi tutulmuştur.

Bu yeni tanımla idari yargı denetiminin kapsamında önemli bir daraltmaya gidilmiştir. Şöyleki, genel veya birel bir işlem bir hakkı ihlal etmiyorsa yargı denetimi dışındadır.. Örneğin bir yönetmelik (öğrenci disiplin yönetmeliği) sizin menfaatinizi ihlal edebilir. Fakat fiilen size uygulanmadıkça hakkınızı ihlal etmez, dolayısıyla iptal davasına konu olamaz. Değişikliğin idari yargı denetiminin kapsamını daraltmayı amaçladığı ortadadır³¹. Ancak Anayasa mahkemesi bu su-i niyeti iyi tespit ederek düzenlemeyi 21.9.1995 te iptal etti³². Gereğesi ise iptal davasının objektifliği gereği hukuk devleti ilkesine aykırılık.

Yüksek mahkeme yasama meclisine üç aylık süre verdi aradan iki yılı aşkın süre geçmesine rağmen bu boşluk doldurulmadı. Peki bir düzenleme olmadığına göre iptal davası açılabilir mi ? Onar, Fransız Devlet şurasının 17 Şubat 1950 tarihli kararında şöyle denildiğini yazmaktadır.".....Hiç bir kanuni serahat olmasa bile hukukun umumi esaslar icabından olan kanuna hürmet, kanunilik prensibine dayanılarak tekmlil idari tasarruflara karşı iptal davası açabilir"³³. Bunun kabulü iptal davasının objektifliğinin gereğidir. 1982 Anayasasında kendini hissettiren, idareyi güçlendirme eğilimi yasama meclisinde de görülmüştür. Anayasa mahkemesi imdada yetişmiş hukuk devletinin uğrayacağı büyük bir zararın önüne geçmiştir.

28 BİLGİN,P, İptal Davasının Tanımı-Mal Müdürünün başına gelenler,İÜSBFD,sy.10 Ocak 1995,s.27

29 ARZAK, A.Ü. İptal Davasının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler. Onar Armağanı, 1977, s.145

30 ÇAĞLAYAN,R. Akademik Personelle ilgili işlemlerde yargısal denetim, İstanbul 1994,s.105(Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi)

31 AYAYDIN,C.İptal Davasının Subjektifleştirilmesi,İÜSBFD,sy.9.1994,s.5

32 E.95/27,K.95/47,Kt.21.9.1995,RG.10.4.1996,sy.22607

33 ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, s. 1788

2.Yürütmenin Durdurulması Şartlarının Ağırlığı

İdari işlemlerin kanuniliği ilkesi gereği, idari işlem aleyhine dava açılmış olması o işlemin yürütülmesini, icra edilmesini durdurmaz. Ancak mahkeme yürütmenin durdurulmasına karar verirse işlemin icrası durur³⁴. Bu ilke İYUK da açıkça belirtilmiştir.(md.27)

Üstün yetkilerle donatılmış ve kişi haklarına müdahale alanı çok geniş olan idarenin hukuka aykırı işlemini iptal davası sonuçlanıncaya kadar icra etmesi olasıdır. Bu durum kişiler aleyhine ağır sonuçlar doğurabilir. İptal kararlarının uygulanabilmesi için de önemlidir. Örneğin yıkma kararı aleyhine iptal davası açılmış olsa dava sonucuna kadar karar uygulansa yani bina yıkılsa artık iptal kararının bir anlamı kalmayacaktır. Bu yüzden yürütmenin durdurulması önemli bir koruma aracı niteliğini kazanmaktadır³⁵.

Askeri müdahale döneminde çıkarılan 2577 sayılı kanunda yürütmenin durdurulabilmesi için ağır şartlar öngörülmüştür (md.27/2). Bu şartlar şunlardan ibarettir; İşlem açıkça hukuka aykırı olacak telefisi güç veya imkansız zarar doğacak. Bu iki şart birlikte gerçekleşecek ve bunun nasıl gerçekleştiğini mahkeme kararında gerekçeli olarak belirtecek. Kanunda belirtilen bu şartlar daha sonra tarihli 1982 Anayasasına aynen aktarılmıştır(md.125/5). Böylece yasaya uygun anayasa anlayışının bir örneği ortaya konmuştur³⁶.

Bu iki şartın birlikte aranması yürütmenin durdurulması kurumundan beklenen koruma niteliğini hayli zorlaştırmaktadır. Bu iki şarttan birisinin varlığı yürütmeyi durdurma kararı verebilmek için yeterli olmalıdır.

Yine Anayasa madde 125/6'da olağanüstü durumlarda kamu düzeni genel sağlık,millî güvenlik nedenleri ile yürütmenin durdurulması kanunla sınırlanabilir hükmü getirilmiştir. Bu hükme dayanılarak bir çok düzenlemede yürütmeyi durdurma kararı verilmesi engellenmiştir. Bu hükmün sıkı yönetim veya olağanüstü hal ile organik veya işlevsel bir ilişkisi olan kişileri öngördüğü kabul edilmelidir³⁷. Olağanüstü hal veya sıkıyönetimle hiç bir alakası olmayan kişiler açısından da bu hüküm uygulanırsa hukuk devletinin ağır bir şekilde zedeleneceği açıktır. Alakasız bir çok kişinin menfaati zedelenmiş olur.

3.İdarenin Takdir Yetkisi-Yerindelik Denitimi

Anayasanın 125/4 maddesine göre,yargı yetkisi hukuka uygunluk denitimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin yerine getirilmesini kısıtlayacak idari işlem ve eylem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İşlemin tüm unsurlarının önceden belirlenerek idareye tercih hakkı verilmemesi bağlı yetkiyi bunun tersi de takdir yetkisini ifade eder. Takdir yetkisi idarenin hukuk kuralları içinde hareket serbestisidir³⁸. Yani bu alan idarenin keyfice hareket edebileceği alan değildir.

Takdir yetkisi yerindelik sahasına girer. Ancak yerindelik alanının tamamının takdir yetkisi içinde olduğunu kabule imkan yoktur. Yerindeliğin unsurları şunlardır; maddi vakıaların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, belli bir yönde hareket edip etmemek imkanı hakerete geçme zamanının tayini.Bunlar yerindelik konusuna giren

34 ÖZDEŞ,O.Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu, DD.20-21,s.28

35 ASLAN, Z.İdari yargıda yürütmenin durdurulması istanbul1994 s.25.vd

36 YILDIRIM T.Yasaya uygun Anayasa Anlayışı Argumentum sy.16

37 ÖZAY,age.s.311

38 ÖZAY,age.s.358

unsurlardır. Bunların hepsinin önceden belirlenmesi bağlı yetkiyi belirlenmemesi de takdir yetkisini oluşturur³⁹.

Belirttiğimiz gibi takdir yetkisi tamamen keyfi hareket alanı değildir. İdare takdir yetkisi olduğu hallerde bile hukuk devleti gereği hukuk ilkeleri içinde kalmak zorundadır. Danıştay bir çok kararında takdir yetkisinin de denetleneceğini belirttikten sonra bu konuda şu iki ölçüyü getirmiştir : Taktir yetkisi "kamu yararı " ve "hizmetin gereklerine" uygun olmalıdır⁴⁰. Danıştay bu tutum ile idarenin keyfiliğinin önüne geçmiştir. Anayasadaki hükmü hukuk devletine uygun bir şekilde yorumlamıştır.

4.Kınama ve Uyarma Cezaları

Kamu personeli hakkında sicil tutulmakta aldığı disiplin cezaları ve diğer konular sicillere işlenmektedir. Bunlar yükselme, terfi,yer değiştirme, hatta görevden alma gibi konularda etkili olmaktadır. Yani kişiler hakkında önemli sonuçlar doğurmaktadır⁴¹.

İdari işlem olduğunda kuşku olmayan ve kişiler hakkında bu kadar önemli sonuçlar doğuran kınama ve uyarma cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması düşünülemez. Aksi bir tutum hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz. Durum böyle olmakla birlikte, Anayasa farklı bir düzenleme yoluna gitmiştir. 129/3.maddede uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulabileceğine cevaz verilmiştir. Bu düzenlemenin hukuk devleti anlayışıyla bağdaşır tarafı yoktur.

5. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler

İdare hukukunda öyle işlemler vardır ki bir den fazla işlemin birleşmesi ile olur. Birbirinden ayrı icrai niteliğe sahip bu işlemler birleşerek tek işlem halini alırlar. Biz buna zincir işlemler adını veriyoruz⁴². Burada halkaları oluşturan herbir işlem ayrılabilir işlem kuramı gereği tek başına dava edilebilirler.

Anayasanın 104.maddesinde Cumhurbaşkanının yasama yargı ve yürütme alanına ilişkin bir dizi yetki ve görevleri sayılmıştır.125.maddede ise Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur.

Parlamentar sistemde Cumhurbaşkanı yürütmenin sorumsuz kanadıdır. Sorumlu olan hükümettir. Bu yüzden Cumhurbaşkanının işlemleri üçlü kararname şeklinde oluşur. Dolayısıyla sorumsuz olan Cumhurbaşkanının işlemlerinin yargı denetimi dışında olması doğaldır. Ancak Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisinin verilmesi, hukuk devleti ilkesiyle birlikte parlamenter sistemle de bağdaşmaz. Sorumluluk doğuran bir işlemi sorumsuz olan Cumhurbaşkanının tek başına yapması düşünülemez. Sorumlu olan bakan ve başbakan tarafından imzalanması gerekir(42.a).

Anayasada belirlenen yetkilerin hangileri tek başına hangileri müşterek yapılacak bu konuda açıklık yok. Bu konu tartışılmakta hangi işlemlerin tek başına yapılması gerektiği soruna cevap aranmaktadır⁴³. Eğer işlem tek başına yapılmıyor daha önce başka işlemler yapıyor ise yani zincir işlem varsa ayrılabilir işlem kuramı gereği yargı yoluna

39 YAYLA.Y.İdarenin Takdir Yetkisi İHFM.c.30 .sy.1-2,s.201

40 D5D.E.75/6057,K.77/5625.DD.30-31,s.206;E.E.75/3756.K.75/8053,DD.22-23,s.246.E.75/3941.K.76/2013,DD.24-25,s.220;E.70/5216.K.70/5942,DD.6-7,s.243

41 ONAR.age.s.1185

42 ERKUT.age.s.25

42.a. GÜNDAY.M.I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargı Ankara 1990,s.171

43 ÖZBUDUN.age.s.284.vd.

gidilecektir. Bu da yargı denetiminin kapsamının genişlemesi demektir. Örneğin rektör atamalarının müşterek kararname ile atanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴. Bu konu mahkeme kararlarında da tartışılmış ve ilginç sonuçlara ulaşılmıştır. Bunlardan biri Askeri Yüksek İdare mahkemesinin 1994 tarihli URUNGA kararıdır. Askeri yargıtay için üye seçimi işlemi dava edilmiştir. Yargıtayın adayları belirlemesi Cumhurbaşkanının seçimi ve atanması aşamalarından oluşan işlemin iptali istenmiştir. Mahkeme, Cumhurbaşkanının iradesinden önce, bazı kurul veya mekanların irade açıklamasının varlığı halinde zincir işlemin varlığına işaret ederek bunların yargı denetiminde tabi olabileceğini, ancak budara Cumhurbaşkanının iradesinin değil, önceki işlemlerin denetime tabi olduğunu belirtmektedir. Bunlar iptal edilirse, Cumhurbaşkanın işlemi de iptal edilmiş olacaktır. Ancak olayda mahkeme askeri yargıtayın aday belirleme işlemini yargının oluşmasına yönelik bir işlem olması yani organik ve işlevsel açıdan idari işlem olmaması nedeniyle davayı reddetmiştir⁴⁵.

İkinci önemli karar ise 1993 tarihli Danıştayın ERÇIKAN-BERKARDA kararıdır. Burada rektör atamaları dava edilmiştir. Rektör atamaları üç aşamadan oluşmaktadır. Üniversitedeki öğretim elemanlarının 6 aday belirlemesi, Yüksek öğretim kurulunun bunlardan üçünü seçmesi ve Cumhurbaşkanının bunlardan birisini ataması (2547 S.K.md.13)

Danıştayın kararında bu işlemde üç aşama olduğunu bunların zincir işlem oluşturduğunu ve tek başına dava edilebileceğini vurgulamıştır. Devamla kararda Cumhurbaşkanının yargı denetimi dışında olan işlemleri tek başına veya re'sen ya da doğrudan doğruya yaptığı işlemlerdir. Başka organ veya kurumların katkıları sonucu oluşan işlemler yargı denetimine tabidir böyle olması hukuk devletinin bir gereğidir denilmiştir⁴⁶.

Sonuç olarak diyebiliriz ki Cumhurbaşkanının yargı denetimi dışında olan işlemleri doğrudan kendisinin yaptığı işlemlerdir. Başka kurum ya da makamların katkılarıyla oluşan işlemler yargı denetimine tabidir. Bu haliyle 1982 Anayasasının getirdiği yargı bağımsızlığı alanı biraz daha daraltılmış idari yargının koruma alanı genişletilmiştir. Bu da hukuk devletinin özüne uygun bir gelişmedir.

6.Yüksek Askeri Şura Kararları

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden itibaren var olan bu teşkilat 1941 de 636 sayılı kanunla "Şurayı Askerinin Teşkilatı ve Zezaifi Hakkında Kanun" la yeniden teşekkül ettirilmiştir. 1972 yılında 1602 sayılı "Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"la tekrar düzenlenmiştir⁴⁷.

1602 Sayılı kanunun 3.maddesinde şuranın görevleri belirtilmiştir. Burada belirtilen görevler, daha çok silahlı kuvvetlerin iç hizmetlerine ilişkin görüş bildirmesine yöneliktir. Yargılama veya icrai mahiyette görev verilmiştir. Ancak 1983 yılında Danışma Meclisi Döneminde 926 sayılı TSK Personel Kanunu madde 50/c ve 94/b fıkralarına yapılan ilave bir cümle ile şuraya icrai nitelikte yetkiler verilmemiştir. Bu yetkiler Disiplinsizlik ve ahlaki durum sebebiyle silahlı kuvvetlerden ayırma işlemleridir⁴⁸

Mevzuatımıza göre emekliye ayrılma nedenleri istek üzerine, yaş haddi, maluliyet sebebiyle ve resen emekliye ayrılma olarak belirtilmiştir. Şu halde resen

44 ÖZBUDUN, age.s.286

45 AYİMDK.E.1992/21,K.1994/4,Kt.10.2.1994 in Günışığında yönetim,s.397 vd.

46 D.S.D.E.1992/3747,K.1993/3178,Kt.16.9.1993,in Günışığında yönetim,s.419

47 KUZU.B.Hukuk Devleti ve Resen Emeklilik,İHFM.c.IIV,s.103

48 KOÇYİĞİT.T.Yüksek Askeri Şura Kararları Yasal mı? Anayasal mı? Türk Huku Dergisi 1997,sy.19.s.25

emeklilik te diyerleriyle aynı sonucu doğuran yollardan biridir. "Böyle olmakla birliktedisiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle"emekliye ayırma hali diğerlerinden farklı değerlendirilmiştir. Diğer emeklilik halleri 1602 sayılı kanunun 21.maddesi gereğince idari dava yoluyla denetime tabi tutulmaktadır. Davaya Askeri Yüksek idare mahkemesi bakacaktır. Fakat "disiplinsizlik ve ahlaki durum" nedeniyle emeklilik hali şura tarafından incelenip, şura kararı şeklinde çıkması halinde, yargı denetimi dışında olacaktır.

1602 sayılı kanunun 21.maddesinde 1982 tarihinde yapılan değişiklikle şura kararlarına karşı yargı yolu kapatılmış arkasından aynı hüküm anayasaya 125.maddeye aktarılmıştır. Yüske Askeri Şura kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. Bu hüküm maddeye Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Gerekçe ise bu işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması askeri disiplini zayıflatacağı görüşüdür. Bu gerekçe isabetli değildir. Çünkü yargı denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır yerinelik denetimi yapılamayacaktır. Kaldı ki hukuka uygun olmayan bir idari işlemin hangi gerekçe ile olursa olsun yargı denitimi dışınıda tutulması hukuk devleti ile bağdaşmaz⁴⁹.

Bu düzenlemelerin Anayasanın 2.ve 39.maddesiyle çelişen haksız bir ayrıcalık hukuk devleti adalet ilkesi eşitlik ilkesi ve hak arama özgürlüğü ilkesine aykırı(49.a) mutlaka kaldırılması gerekli düzenlemelerdir.(49.b)

7.Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

Hakimler ve Savcılar yüksek kurulu deyim yerinde ise yargının hükümetidir. Yaptığı faaliyet tamamen idaridir. İşlemleri teknik anlamda idare işlevine ilişkin idari işlemlerdir. Terfi yükselme görevden uzaklaştırma ve değiştirme gibi önemli sonuçlar doğuran işlemler yapmaktadır. Bunların yargı denetimine tabi olması hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak 1982 Anayasası 159.maddesinde bu kararları yargı denetimi dışında tutmuştur. Mantiki bir gerekçe de ortaya konulabilmiş değildir. Hukuk devleti ile bağdaşmayan bir düzenlemedir.

1961 Anayasasında düzenlenen Yüksek Hakimler Kurulu için 1971 anayasa değişikliğinde bu yönde bir sınırlama getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu değişikliği, Cumhuriyetin temel niteliklerine, Avrupa insan hakları sözleşmesinin, hak arama özgürlüğünü düzenleyen 6. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir⁵⁰. Aynı şeylerin 1982 Anayasası için gündeme gelmesi gerekir. Konu Anayasa Mahkemesi önüne götürülmelidir.

8.Anayasanın Geçici 15.Maddesi

Anayasanın adı geçici olan fakat uygulaması sürekli olan Geçici 15.maddesi 12.Eylül 1980'den 7 Aralık 1983 (TBMM'nin başkanlık divanının oluşması) tarihine kadar olan dönemde yapılan her türlü karar ve tasarrufları yargı denetimi dışında tutmuştur. Buraya idari tasarruflar da dahil tabiki. Bu uzun süre içinde sayısız idari tasarrufların yapıldığı muhakkaktır. Bunların yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz. Asıl önemli olan bu dönemde bir çok yasalar çıkarılmış ve

49 KUZU,age.s.111

49.a. ANÇIN.O.Yüksek Askeri Şura Kararlarının Denetimsizliği Milleyet ,28.7.87

49.b. KOÇYİĞİT Şu çözümü de önermektedir; Anayasanın Geçici 15.maddesi gereği anayasa yargısına gidilemiyor, Anayasa değişikliği zor olan bir yoldur. Bu durumda 926 sayılı kanunun 50/c ve 94/b fıkralarının son cümlesinin değiştirilmesidir. Bu son cümlede şuraya verilen görev şuradan alınarak kuvvet komutanlarına verilmeli durum normal seyrine koyulmalı ve böylelikle yargı yolu açılmalıdır.(KOÇYİĞİT.agm.s.25)

50 AMK, E, 76/43, K.77/4, Kt.271.1977, AMKD. sy.15, s.106

bunlara karşı anayasa yargısı yolu da kapatılmıştır. Bu yasalara dayanılarak sayısız işlemler yapılmaktadır. Yasama ya bu yasaları değiştirmelidir ya da Geçici 15.maddeye derhal kaldırmalıdır. Zira bu düzenleme hukuk devleti ilkesinin sırtında büyük bir kambur olarak varlığını sürdürmektedir.

9.Olağanüstü Durumlarda Yargısal Denetim

a-Bakanlar Kurulu Kararları.

Anayasanın 119,120 ve 122 maddelerine göre sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilanına yetkili organ Cumhurbaşkanının başkanlığında Bakanlar Kuruludur. Bakanlar kurulu ilan eder ve daha sonra meclisin onayına sunar.

2575 sayılı Danıştay kanununa göre Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bacağı işler arasında Bakanlar Kurulu kararları da var(md.24). Bakanlar kurulunun bu işlemleri birer idari işlem olduklarından Anayasanın 125.gereğince iptal davasına konu olabilmelidir.⁵¹. Ancak Danıştay aynı görüşte değildir. 1961 Anayasası döneminde verdiği kararda bu işlem organik bakımdan idari olmakla birlikte nitelik bakımından yasama tasarrufu diyerek başvuruyu redetmiştir⁵². 1982 Anayasası döneminde böyle bir dava açılmadığı için Danıştay'ı tutumun ne olacağını bilemiyoruz.

Öğretide hem 1961 hem de 1982 Anayasaları döneminde Bakanlar Kurulunun bu kararlarına karşı iptal davası açılabileceği savunulmaktadır⁵³. Ancak iptal davasını kimin açacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. BİLGEN,sıkıyönetim ilanı kararı bir şart-işlem(birel-koşul)dir. Dolayısıyla doğrudan kimsenin menfaatini etkilemez sadece askıda olan sıkıyönetim mevzuatının uygulama statüsüne geçirir.Menfaat şartı gerçekleşmediğinden iptal davası açılmaz görüşünü belirtmektedir (53.a)

b- Olağanüstü Durumlarda Yapılan İdari İşlemler

Anayasanın 125.maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmektedir. Fakat aynı maddede olağanüstü durumlarda milli güvenlik kamu düzeni genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi kanunla sınırlanabileceğine cevaz verilmiştir.

Burada iptal davası engellenmemekte sadece yürütmeyi durdurma kararlarının engellenebileceği belirtilmektedir. Buradaki yürütmeyi durdurma yasağının olağanüstü durum ile organik veya işlevsel bir alakası olan kişileri kapsar nitelikte anlamak gerekir⁵⁴.

İptal davasının engellenmesi söz konusu olmamakla beraber 285 sayılı KHK ile Olağanüstü Bölge Valisinin idari işlemlerine karşı iptal davası yolu kapatılmıştır(md.7) Bu düzenleme açıkça anayasaya aykırı olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi bu yasağı

51 ÖZAY , age s.548

52 BİLGEN,P.1961 Anayasasına göre sıkıyönetim istanbul 1976.s.109

53 BİLGEN,aç.s.106;ALİEFENDİOĞLU,Y.Anayasa Yargısı Acısından olağanüstü Yönetim usulleri Anayasa yargısı 1992.s.429

53.a. BİLGEN, age, s.112-113

54 ÖZAY,age.s.311

olağanüstü KHK ile getirildiğini Anayasanın 148.maddesi gereğince bu KHK'nin yargı denetimi dışında olduğunu belirterek iptal istemini reddetmiştir⁵⁵

Sıkıyönetim kanununun 2.maddesi uyarınca Sıkıyönetim Komutanlarının emri ile işlerine son verilen kamu personellerinin bu karara karşı dava açması yine aynı kanunun Ek.3.maddesi ile yasaklanmıştır. Anayasaya açıkça aykırı olan bu düzenleme de anayasanın Geçici 15.maddesi gereği anayasa yargısına götürülememektedir.

Üstelik kanunun 2.maddesine göre bu şekilde işlerine son verilen kişiler ile bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmayacaktır. Danıştay bu ağır düzenlemeyi biraz olsun yumuşatmıştır. He ne kadar iptal davası açılmıyorsa da, sıkıyönetim komutanlarının kararları sıkıyönetim süresince geçerlidir. Sıkıyönetimin kalkmasından sonra bu kişiler göreve dönebilirler şeklinde karar vermiştir⁵⁶.

⁵⁵ AMK,E.90/25.K.91/1,AMKD,sy.27/1.s.129

⁵⁶ DİBK,E.86/6,K.89/4,Kt.7.12.1989.DD.78-79,s.50

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin özünü devlet organlarının işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi oluşturmaktadır. Özellikle idarenin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz şartı olmakta adeta onunla özdeşleşmektedir.

1982 Anayasası 2.maddesinde Devletin bir hukuk devleti olduğunu belirtmiştir. Ancak idare hukukunu ilgilendiren hususlar açısından gördük ki bu hukuk devleti tam bir hukuk devleti değildir. Her konuda olduğu gibi burada da kendine özgü(bize özgü) bir hukuk devleti söz konusudur.

Temennimiz hukuk devletine aykırı bu düzenlemeler bir an önce ayıklanır, devlet bize özgü hukuk devleti olmaktan kurtulur, evrensel anlamda bir hukuk devleti vasfına kavuşur.

BİBLİYOGRAFYA

- ALİFENDİOĞLU, Yılmaz :Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü YönetimUsulleri Anayasa Yargısı 1992,s.429
- ANCIN, Osman :Yüksek Askeri Şura Kararlarının Denetimsizliği Milliyet 28.7.1987
- ASLAN, Zehreddin :İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İst.1994
- AZRAK,A.Alkü :İptal Davasının Objektif Niteliği Üzerinde Düşünceler Onar Armağanı 1977,s.145
- AYAYDIN, Cem :İptal Davasının Sübjektifleştirilmesi, İSBFD,sy.9.1994,s.5
- BİLGİN, Pertev :İptal Davasının Tanımı-Mal Müdürünün Başına Gelenler, İSBFD,sy.10.1995
- ÇAĞLAYAN, Ramazan :Akaademik Personelle ilgili işlemlerle Yargısal denetim, İstanbul 1994 (Yayımlanmamış Y.L.Tezi)
- ERKUT, Celal :İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1993
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref :Anayasa Hukuku.4B, Ankara 1993; Yönetmelik Yargı,6B,1983 Ankara
- GÜRAN, Sait :Yönetimde Açıklık İHİD 1982,sy.1-3,s.101
- GÜNDAY, Metin :1.Ulusal İdare Hukuku Kongresi,1.Kitap:İdari Yargı, Ankara 1990,s.171
- HATEMİ, Hüseyin :Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989
- KABOĞLU, İbrahim :Özgürlükler Hukuku İstanbul 1993
- KIRMIZIGÜL,Hüsamettin :Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü İstanbul 1993

KOÇYIĞIT, Turgay	:Yüksek Askeri Şura Yasal mı? Anayasal mı? Türk Hukuk Dergisi 1997,sy.19.s.25
KUZU, Burhan	:Hukuk Devleti ve Resen Emeklilik, İHFM,C.LIV
ONAR,S.Sami	:İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966
ÖZDEŞ, Orhan	:Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu, DD.20-21,s.28
ÖZAY, İl Han	:Günışığında Yönetim, İstanbul 1994 ve 1996.B.
ÖZER, Ahmet	:Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, TİD,y.64.sy.394
ÖZBUDUN, Ergun	: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993
SOSYAL, Mümtaz	:100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986
TAN, Turgut	:1982 A.Y.Yönünden Yürütme görevi ve Yetkisinin Niteliği, Anayasa Yargısı 1984
TANÖR, Bülent	:İki Anayasa: 1961-1982 İstanbul 1986; Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu,İstanbul 1994
TARHANLI, İştah	:Amerikan İdari Usul Kanunu, İHİD 1985,sy.1-3
YILDIRIM, Turan	:Yasaya Uygun Anayasa Anlayışı Argumentum sy.16
YAYLA, Yıldızhan	:İdarenin Takdir Yetkisi, İHFM, c.30.sy.1-2,s.201

HUKUK BİLİMİNDE GELİŞME*

CHRISTIAN ATIAS
Çev.: Sururi Aktaş**

Yaygın bir kanı ile başlayalım. Eğer siz yirmi hukukçunun her birinden hukuku tanımlamalarını isterseniz kuşkusuz en az yirmi hatta daha fazla tanım almanız olasıdır. Bunun birinci nedeni hukukçuların hukuk bilimine (jurisprudence)¹ olan güvensizliği veya ilgisizliğidir. Bu teorik anlaşmazlığa karşın, hukuk bilimine ilişkin tanımları farklı olsa bile, çalıştıkları ve düşündükleri yöntemde bir çok ortak noktaları vardır ve bu yöntemle çalışmak zorundadırlar. Bir kere herhangi bir hukukçu kendi işlevinin belirli tip sorulara yanıt vermek olduğunu düşünür. İkincisi bir hukukçu ister marksist ister pozitivist olsun veya hukuk felsefesini benimsemesin farketmez, belirli tip sorulara yanıt ararken veya yasaları ya da adli kararları araştırırken benzer kaynakları kullanmak zorundadır. Son olarak, bir hukukçu bu kaynaklarla sorulan sorulara doğru bir yanıt verebilmek için belirli bir yöntem dahilinde akıl yürütebileceğini ve yürütmek zorunda olduğunu düşünür.

Dolayısıyla hukukun tanımı üzerinde teorik bir anlaşmanın olmadığını ve fakat uygulamada, hukukçuların (avukatların, hakimlerin, hukuk profesörlerinin) çalıştığı ve akıl yürüttüğü yol ve yöntem üzerinde bir anlaşmanın olduğunu söyleyebiliriz. Hukukçuların uygulamadaki sözkonusu çalışmaları, hukukun veya hukuk biliminin "bilgi süreci" olarak adlandırılabilir. Bu bilimi kendi konusu olarak belirleyen disipline "hukuksal epistemoloji" demek çok uygun olur. Hukuksal epistemolojinin bu tanımının herkesi tatmin etmediği şüphe götürmez. Bir yandan, hukukçular, özellikle Fransa'da bu tür düşüncelerle ilgilenmezler ve bunları gereksiz sayarlarken diğer yandan filozoflar, başlangıç noktamızın büyük epistemolojik kuramlar değil de, uygulamadaki hukuksal akıl yürütme (juridical reasoning) olduğuna olasılıkla üzülmürler. Biz, hukukçuların kendi bilimlerinin önem ve sınırlarını daha iyi görmelerinin, filozofların ise uygulamadaki hukuksal akıl yürütme üzerindeki çalışmalarının daha yararlı olabileceğini düşünüyoruz. Hukukçular arasında ihtilafli olan konular yerine, üzerinde anlaşma sağlanan konulardan başlamanın daha iyi bir yöntem olabileceğini sanıyoruz².

1. Epistemolojik Gelişme Kavramı

Çağdaş epistemolojide (bilgi kuramında) en çok tartışmalı konulardan birisi, "bilimde gelişme" kavramıdır. Daha doğrusu, bilimin evrimleşme sürecine ilişkin bir çok tartışma vardır. Bazılarına göre, matematiksel bilimlerdeki gelişme bu bilime yeni alanların eklenmesi ve silip atıp yeniden başlamadan daha çok tamamen mevcut kavramlar üzerinde çalışmakla meydana gelir. Diğer yandan uygulamalı bilimlerde bilimsel olgular açıklayıcı yetiye sahip oldukları zaman varlıklarını sürdürürler, açıklayıcı yetilerini kaybettikleri zaman da silinip giderler³.

Diğer bilgi kuramcılarına (epistemologists) göre, bilimsel bilginin evrimselleşmesi daha kesin bir kurala bağlıdır. Kuhn, özellikle canlı bir tartışmaya

* Orjinal ismi "Progress in Legal Science" olan bu makale, "Archiv für Rechts-Und Sozialphilosophie, vol. 1985 LXXI'den alınmıştır.

** Arş.Gör., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

1 Veya hukuk felsefesine

2 It is our method in "Epistemologie juridique", Paris, 1985, coll. Droit fundamental.

3 A. Vireux-Raymond, "Introduction a l'epistemologie", Paris, P.U.F., 1972, p. 100-101.

neden olan bir bilimsel devrimler kuramına kendi ismini verdi⁴. Bu kuram hayret verici şu sorudan kaynaklanır: Yenilikleri yaratmayı amaçlamayan ve ilk fırsatta bunları örtmeye çalışan "normal bilim", niçin yine bu yenilikleri etkili bir biçimde gün ışığına çıkartıyor? Bilimsel araştırmadaki en büyük aktivite, sanki pek çok değişmez yöntem işliyormuş gibi her şeyin meydana gelmesidir. Kendi çağlarının ilerisine yürümüş bilim adamlarının akıbetlerini herkes bilir. Yine de belli zamanlarda göz kamaştırıcı yenilikler olası idi. Belli bilim alanlarında, geçmiş on yıllık tarihler yegane bu tür yenilik adımlarıyla doludur. Bunlar hayret verici buluşlardır. Bundan dolayı Kuhn, normal bilim dönemleriyle olağanüstü ya da devrimci bilim dönemlerini birbirinden ayırır. "Normal bilim" terimi, bir bilim toplumunun, diğer çalışmaları için başlangıç noktası olarak gördüğü bir veya bir kaç geçmiş bilimsel başarı üzerine kesin bir biçimde kurulmuş araştırmayı deyimler. Böyle bir aktivitenin amacı yenilik yaratmak değil ve fakat daha önceki yenilikleri daha da ayırtısına inmek suretiyle inceleme yapmaktır. Durumun böyle olması, bilim toplumunun bütün üyelerinin, temel kanılar ve örnek çözümler içeren belli sayıdaki paradigmaları kabul etmelerinden kaynaklanır. Normal bilim, itici düşüncelerin otomatikliğine ve önyargılı düşüncelere dayanan kendi rutin eylemi tarafından karakterize edilir. O sadece benzer ilgili yöntemler yoluyla daha önce çözümlenmiş sorunlara yakın muammalarla ilgilenir.

Dahası, normal bilim, kurulu paradigmalara çelişir görünen açıklanmamış olgulara ve kuraldışılıklara sahiptir ve bunları hoşgörür. Normal bilimi olağanüstü hale getirecek olan nedir? biçimindeki bir sorunun sık sık tekrarlanmasının nedeni budur.

Olağanüstü bilim dönemini veya bilimsel devrimi ayırt eden paradigmalardaki değişiklik sadece normal bilimdeki başarısızlıklarla açıklanabilir. Bu başarısızlıklar her şeyi açıklama iddiasını taşımaz. Normal bilimdeki meydana gelen sözkonusu başarısızlıkların bazı elverişli sonuçları vardır ve başarısızlıklar bu sonuçlar yardımıyla, bilim toplumundan tecrit edilmekle gerçekten tehdit edilen belirli insanların eleştirilerine karşı direnirler.

Yeni paradigmaların benimsenmesine neden olan krizin tek açıklanması dinsel dönüşüm alanındadır.

Bu kriz bilim toplumunu ikna etmeye çalışan yeni kuramların başarısından kaynaklanmaz. O metafizik, ideolojik ve bir estetik beklentisine uygunluk sorunundan doğar.

Bilimsel gelişmenin bu şekilde sunulması gerçekte Karl Popper'ın argümanlarının bir köktencilleştirilmesidir (radikalizasyonudur).

Bilimsel olmayan disiplinlerin karakteristiğine özgü olan bilimsel objektivite isteğini reddetme yoluyla evrimleşen bilimi gözlemlemek ve açıklamak bir sorundur.

Bundan dolayı Popper, aşırı sapmalar diye nitelendirdiği düşüncelere karşı kendi bilimsel evrim sorunlarını savunmaya itildi. Daha açıkçası o, normal bilimin belli zamanlarda kendisini ortaya koyabilmesine itiraz etmez. Diğer yandan Popper, bu durumun değerlendirilmesi konusunda Kuhn'dan ayrılır.

Popper, normal bilimin yararlarını kabul etmez. Ona göre, normal bilim uzmanların kabiliyetleri ile sorunların üzerine yoğunlaşmasından dolayı gelişmeyi çabuklaştırsa bile oldukça yüksek masrafları gerektirir; doğal bilim çökmüştür, o artık

4 Th. S. Kuhn, "The Structure of Scientific Revolutions", The University of Chicago Press, Chicago Illinois, U.S.A., 2. ed., 1970.-I. Lakatos and A. Musgrave, "Criticism and the growth of knowledge, International Colloquium in the Philosophy of Science, London, 1965, Vol. 4, Cambridge University Press.

hemen hemen bilim değildir. Yine Popper'a göre bu bilime intisap etmiş yeni bir grup insanın kendi içlerine kapanarak düşüncülerin özgürce uzmanlaşmaya yönelmesini engellemeleri, dokunulmaz diye nitelendirdikleri dogmaları eleştiriye kapalı tutmaları ve bilim konusunda rutin eylemlerle tatmin olmaları bilimsel gelişme için bir felakettir.

Böylece Popper ile Kuhn arasındaki anlaşmazlık Popper'ın kuramları yanlışlamaya tabi tutmasındaki bilimsel mantaliteye olan güveninden kaynaklanmaktadır.

Paradigmaların kendileri bütün geçersizleştirilmelerden korunmuş değildir. Zaten öyle olmalıdır. Bu açıdan normal bilimin durumu olağanüstü ya da devrimci bilimin durumu gibidir.

Paradigmalar birbirlerini yanlışladıklarından dolayı veya önceki paradigma, daha sonra gelen bir paradigmayı geçersizleştirmeyen deneyler tarafından yanlışlandığı için geçerliliklerini yitirirler. Son olarak Kuhn, bilimsel devrim esnasında yapılan seçimlerin irrasyonallitesi üzerinde durdu. O, bilimsel devrimdeki evrim periyotların son derece seyrek, istikrar periyotlarının ise daha sık olduğunu vurguladı. Bu durumu kanıtlamak için de o, yalnızca bilimsel devrimin çok titiz bir tanımı kabul ederek muammalar için öngördüğü çözümleri gözardı eder.

Hiç kimse olağanüstü buluşlarla diğerleri arasında bir derece farkının olduğu konusunda kuşkulamaz. Diğer yandan, teknik analizler ve bilimsel devrimlere olan aleyhtarlığın yerine getirilmesi daha zordur.

Popper bu düşünceyi, her hangi bir şeyi yanlışlama dışında tutmanın bir bilim adamı için normal olduğu düşüncesini vermemek için reddetti. Eğer bilimsel araştırmadaki bütün aktivitelerin yegane amacının yaygın kuramları reddetmek düşüncesi doğru olsa, bilim adamının ilk görevinin kurulmuş kuramları korumak olduğunu düşünmek için hiç bir neden olamaz. Paradigmadaki değişiklik nadir durumlarda korunması gereken bir ayrıcalıkta ve bilim adamları bundan sık sık yararlanmak istemiyorlarsa, bu çatışan iki kuram arasında seçim yapmaktan kaynaklanan pragmatik bir yaklaşımdan ileri gelir.

Hukuksal epistemolojide, bilimsel gelişmenin bu iki kavramından birini seçmek sözkonusu iki tartışmanın sosyal bilimlere kadar yayılmasından dolayı daha önemlidir. Hatta Kuhn, kendi kuramının tümünün, politik gelişmeden bir analitik metod çıkarıp bunu evrim halindeki bilimin açıklanmasına uygulamaktan ibaret olduğunu kabul etmiştir.

2. Bilimsel Evrimleşme ile Kurumsal Evrimleşme

Hukuksal kavramlar genel olarak hem kurumsal hem de bilimsel karaktere sahip oldukları için hukuk bilimindeki evrimleşmeler de hem hukukun evrimleşmesinden ve hem de hukuk biliminin (hukuk felsefesinin) evrimleşmesinden kaynaklanır. Hukukun evrimleşmesi oldukça sık olarak incelenmektedir. Buna karşılık hukuk felsefesi sadece yeri geldiğinde dikkati çekmektedir. Sorun şudur: Acaba hukukun evrimleşmesini incelemek yeterli midir, yoksa bu evrimleşmenin hukuk bilimi üzerindeki sonuçlarının etkilerini de mi ayrıca incelemek gerekir. Hukuk bilimi ile yakından bağlantılı olan olası evrimleşmelerin incelenip incelenmeyeceği de daha başka bir sorundur.

Bir inşaat izni yasının çıkarılması, tüketiciler için hukuksal statü yaratılması, ortak irade ile boşanma olanağının getirilmesi, mal ortaklığı esasına dayanan hukuksal evlenmelerde eşler arasında hakların eşitliğinin onaylanması, meşru çocuklar ile gayrimeşru çocuklar arasında eşitliğin kabul edilmesi, doğru bir ademi merkezizetçilik yoluyla devlet otoritesinin sınırlandırılması, özel bireysel hakların idari dökümanlara girmesinin kabul edilmesi gibi reformlar hukuk biliminde oldukça önemli

değişikliklerdir. Şunu kaydetmek gerekir ki, temelde bu reformlar, açıklayıcı teoriler ve analitik metodlardaki değişmelerden kaynaklanmaz; bunlar açıklanması gerekenlerdir. Doğal bilimlerle bir karşılaştırma yapmak gerekirse, yanma olgusunu açıklamak için filojiston yerine oksijeni ikame eden bilim adamları olmasaydı bile yanıcı maddeler yine yanacaktı; yanma olgusu açıklanmamış olsaydı bile yanıcı maddeler yanmayı reddetmeyecekti.

Kuramdaki değişikliğin, yanan aynı maddeleri aynı şeyler olmadığı izlenimini vermesi doğrudur. Ancak ikinci kuram da birincisi gibi aynı olguyu açıklamaya yönelmektedir. Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi hukuksal konularda sorun, daha iyi açıklama değildir. Önemli olan değişikliği bilimin amacına yerleştirmektir. Yine de bir zorluk doğal bilimlerde bilinmez. Çünkü bu bilimlerde zamanında bilinmeyen olguların algılamamıza yardımcı olan yeni araştırma prosedürleri vardır.

Yine de hiç bir şey bize, bu hukuksal evrimleşmelerin kendiliğinden olan orjinini başka bilimlerde karşılaşılmayan köktenci devrimleri ve daha derin yenilikleri hukuk bilimiyle karşılaştırmamıza izin vermez. İşaret edilmesi gereken, yasalastırma reformları ve hukuk biliminde meydana gelen ani değişiklikler bilimsel devrimlerde nadiren yer alan üretici güçtür. Yasakoyucular ve hukuk bilimi, çözümleri değiştirir. Yasaklanması gereken ya da gerekmeyen konularda yine onlar karar verir. Daha doğrusu nelerin özgürce yapılıp ya da hiç yapılmayacağı otoritenin iznine bağlıdır. Yine bazılarında verilen haklarda artırmaya veya azaltmaya gidilmesi hususunda yine onlar karar verir. Yasakoyucular bu yöntemle hukuk bilimini, pozitif hukuku değişik bir açıdan tanımlamasını zorlarlar. Hukuk bilimi hiç bir zaman bilimsel kuraldışıklara işaret etmez. Aksine önceki açıklayıcı araçlar genel olarak yeni olanaklara uygulanabilir.

Hukuksal olarak evli bir kadına kocasının sahip olduğu gibi kendi malvarlığını kendisinin yönetmesi gücünün verilmesi pozitif hukukta önemli bir değişmedir; yine de yeni kuralın öğretisel olarak ortaya konulmasında yeni bir kavram kullanılmaz. Kocasının haklarının azaltılıp bastırılması ve karının haklarının onaylanması teknik uygulamalarda zorluk yaratabilir. Fakat bu değişiklik bilimsel bilgide daha az zorluk yaratır.

Söz konusu değişikliğe ilişkin olarak kişisel malvarlığı kavramlarında veya tekelleşici ya da paylaşımcı yetki konusunda devrimci nitelikli hiç bir şey yoktur. Yine benzer şekilde, ek bir görevin idari yargılama alanına verilmesi veya bir bekçinin kusursuz sorumluluğunu varsayan bir rejimin getirilmesi gibi yenilikleri içeren ani hukuksal değişikliklerin bilimsel yeniliği azdır. Sonuç olarak bunlar, bir kategorinin kendi örneklerinden birini kaybederken diğerinin başka bir örnek kazanmasıdır.

Yasakoyucu tüketicileri imza ile devredilebilir mallardan kaynaklanan risklere karşı korurken, onlara daha önce korunmuş ehliyetsizler gibi yaklaşır. -Buradaki "tüketici" kavramı daha önce hukuk alanında varolan "ehliyetsiz" kavramıyla ilişkilendirilerek hukuk alanında yeni olma niteliği engellenmiştir (Ç.N.). O halde hukuk alanındaki hiç bir değişiklik hukuk biliminde bir devrim olarak değerlendirilmemeli mi? Böyle düşünmenin bir parça doğru yanı olsa bile bu açıkça aşırı bir yaklaşımdır.

Bir politik devrimi gerçekleştirmeyi istemek hukuksal alanda bir bilimsel devrimi gerçekleştirmeyi istemekten daha kolay olduğu kesindir. En önemli ve en zor sivil değişikliklerden sonra aynı hukuksal kategoriler her şeyden çok, değişik insanlar lehine kaçınılmaz olarak sınırlamalar ve genişlemeler olarak tekrar gündeme gelir. Bütün büyük nitelikteki devrimler temelde mülkiyetin birer naklidir.

O zaman işaret edilmesi gereken şey, kullanılan analizin düzeyinden kaynaklanan hukukun açık bilimsel istikrarıdır. Çözümdeki bir değişiklik, bilimsel bilgideki bir değişiklik hakkında konuşmak için tek başına yeterli olmadığı düşüncesi doğru ise, kullanılan teknik açısından yapılan akıl yürütme ile tatmin olmamız gerektiği de aynı şekilde doğrudur. Yasakoyucu görelilik olarak sınırlı bir dizi yöntem kullanır.

Bununla beraber, bu yöntemlerden birinin diğerine tercih edilmesi, onların düzenlenmesi ve her şeyden çok, izlenen amaç her şeyi değiştirebilir.

Temel kurallar değiştiği zaman bilimsel devrim meydana gelir. Tüketicinin bir ehliyetsiz insanla kıyaslanması teknik bir yenilik değildir. Bu, daha önce varolan tekniğin tam olarak tekrarlanmasıdır. Yine de bu durum bilimsel bilgide bir değişikliktir. Özel hukuktaki kişi kavramı, hatta şirket kavramı bile devlet veya idare ile vatandaşlar arasındaki ilişkiyi önemli derecede etkiler. Biz gerçekten önceki açıklayıcı kuramın önünden gitmeliyiz.

Üstelik bu kuram yenilikleri engelleyebilir. Yasaklayıcı bir yasalaraştırmadan sonra, "yasaklanmamış her şey serbesttir" ilkesinin uygulanmasının çok zor olmasının nedeni özellikle bu kuramdır. Evli bir kadının haklarının düzenlenmesi için daha önce varolması gereken belli sayıdaki garantinin hukuksal olarak getirilmesi gerekli değil miydi? Ticari gelenekler, şirketi evlilik haklarıyla sıkıca ilişkilendiren öğretisel kuramlara ya da entellektüel alışkanlıklara bağlıdır. Bundan dolayı bir çok yasa hükmü çocuk bakımıyla ilgili açıklamalar üzerinde durur. Yine bu tür hükümler kadınların kendi ev halkının geçimi ve çocukların eğitimi ile ilgili sözleşme yapma ve bir bankada hesap açtırma gibi hakları düzenler.

3. Özerk Bilimsel Evrimleşmeler

Eğer bazan yasama reformları veya hukuk bilimindeki değişiklikler hukukta yeralan kavram ve kurumların değişik bir biçimini empoze ederse, bu aynı şekilde hukuk biliminin kendi evrimi olur. Hukuk biliminde kurgulanmış bir olgunun evrimi, hukuk devletinin değişik bir biçiminin bir sonucu olarak değil de, varsayılan mevcut bir devletin sunumundaki geliştirilmiş bir çabanın sonucu olarak ele alınır. Böylece devletin karakterine göre ard arda açıklanmış öneriler, pozitif hukukun en iyi örneklerinden biri olarak sunulur.

Aslında bu öneriler sık sık belirli özel çözümlerin değiştirilmesini teşvik etmek amacıyla kullanıldılar. Yine aynı şekilde pozitif hukukun ayrıntılarındaki belirli evrimleşmeler kesin argümanları açıklamış ve bunları desteklemiş olabildi. Bu bilimsel değişikliklerin orjini hiç bir zaman tek yönlü olmaz. Bu durum, belirli temel kavramların değişmez kapalılığında kaynaklanabilir. Hukukçuların bir hakkın ya da bir bireyin ne olduğunu tam olarak bilmedikleri sürece aynı pozitif çözümlerin birbirinden tamamen farklı yeniden yapılanmaların amacı olabilmesi şartıca olmamalıdır. Hukuk bilimine ortak olan evrimleşmeler her şeye rağmen hukukçuların ideolojik evrimleriyle açıklanabilirler. Bir anlaşmanın zorunlu olarak uygulanmasına ardışıklı olarak neden olan tarihsel orjinler bu bakımdan açığa çıkıyor. Din, sembolik formlar, ahlak kuralları ve insan iradesinin felsefi özerkliği akdi prensiplerin savunulmasında temel rol oynamaktadır. Sosyal dayanışma düşüncesi de aynı işlevi görebilmeliydi. Bu örnekten hareketle, iki konu üzerinde durulmaya değer. Birincisi, bir anlaşmanın zorunlu olarak uygulanması düşüncesine getirilen bir açıklama modelinin farklılık arzettiğidir. Anlaşmayı bağlayıcı kılan düşünce ne olursa olsun önemli değildir. Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi, hukuken kurulmuş anlaşmalar bunları yapan taraflar arasında hukuk kuralları gibidir. Ne tamamen kabul edilmiş ne de reddedilmiş kuramlar arasında somut bilimsel başarı tartışmalarının olmaması şartıca değildir. İkincisi, realitede bir anlaşmanın uygulanmasının zorunluluğuna ilişkin bir açıklama modelinin seçilmesi uygulamalı bilime olduğu kadar kuramsal bilime de büyük anlam kazandırır. Aslında bu kuramın anlamı onun doğrudan amacı ile ölçülemez. Çünkü sözkonusu kuram eşzamanlı olarak bir hipotez işlevi gördüğü için daha yanlış anlaşılmalara neden olur.

Belli davalarda alınmış bir çok karar kullanılan haklılaştırma referanslarına bağlıdır. Din, iradenin özerkliği, hukuk ve sosyal dayanışma gibi haklaştırma referansları

açısından hukukçu, tarafların borçlarının belirlenmesine ilişkin olan durumdaki değişiklik karşısında aynı tutumu sergileyemeyecektir. Son olarak, diğer bir dizi durum tarafından açıklanabilen hukuk bilimindeki evrimleşmelere hukukçuların sıradan bilgi ve becerileri açıkça yabancıdır. Bir yazarın özel bir izleyicisinin her şeyden evvel bir izlenimi olabilir. Yeni bir bilimsel doğrunun başarısı rakiplerin ikna edilerek aydınlatılmasına değil de ve fakat daha çok bu rakiplerin yerine geçen yeni kuşağın sözkonusu bu yeni doğruyu bilmelerine bağlıdır.

Daha genel ifade edersek, uzmanlaşmış bir toplumda yeni uzman üyelerin ortaya çıkması kavram ve kurumlarda bir değişikliğe neden olabilir. Bu açıdan üniversite programlarındaki bütün yeni tanımlar umulmadık sonuçlar doğurabilir. Eşya hukuku dersini alan hukuk öğrencilerinin yoğun biçimde ekonomi eğitimi almaları zorunlu olsaydı veya özel hukukla kamu hukuku arasındaki didaktik fark kaldırılıyorsa kim bilir ne olurdu?

Bu kişisel faktörler, hiç değilse tartışmanın belli bir aşamasında en aza indirilmelidir. Çünkü herkes bilimin kavram ve sorunlarına ilişkin bir tartışmada diğer bir kişi karşısında başarılı olmayı ümit edebilir, fakat hiç kimse kendi görüşünü kanıtlayabileceğini ümit edemez. Üstelik, makul olma, tutarlılık ve basitlik gibi yargılar kişiden kişiye göre önemli ölçüde farklılık arzeder. Bu gibi yargılar yeni bir hukuksal kuramın benimsenmesine yol açan bir yöntemde etkili bir biçimde ortaya çıkarlar.

Biz, hukuk bilimi alanında Kuhn'un devrimsel buluşları tarafından belirlenen normal bilim periyotlarının varolduğu düşüncesiyle Popper'a üstünlük sağladığı sonucunu çıkarmalı mıyız? Böyle bir karmaşık soruya kısmi bir yanıt ancak karakteristik örnekler hesaba katılarak verilebilir.

4. Hukuk Bilimindeki Bilimsel Devrimler

Hukuk bilimine ilişkin önemli iki örnek değişiklik, hukukun bilimsel devrimine ilişkin sorunsal üzerinde düşünmemizi kolaylaştıracak nitelikte görünüyor. Birinci örnek değişiklik, en çağdaş Fransız hukukçular tarafından kabul edilen pozitivist paradigmadır. Bu "kesin biçimsel ve durağan perspektif"in seçilmesi belli sonuçlarla doludur. Normların ortaya çıkış koşullarını bilmezlikten gelerek hukuku kazanılmış ehliyetin açıklanmasına indirgemek formal değişmezliğin adaletin önüne ve aynı zamanda kuramsal kararlar tarafından doğrudan dikkate alınmayan bir çok faktörün önüne geçilmesine neden olur. Genel olarak ifade edersek, hukuksal pozitivism, hukukçulara kendi etkilerini hukukun kaynaklarına uygun bir biçimde tahsis edilen tam garantiler arkasına gizlenmiş ve kabul edilmeyen daha farklı bir yolda kullanmalarına yardımcı olur. İkinci örnek değişiklik birincisinden çok az farklı olduğu ve bizi epistemolojinin temel sorununa geri götürdüğü için hemen farkedilebilir. Çağdaş Fransız hukukçular yeni bir objektivite düzeyini benimsemektedirler. Bu, hem temel bir birimdir (birey, grup, ulus vs. gibi) ve hem de değişen hukuk biliminin öznesinin kavramıdır. Ekonomi bilimi, toplumu ardışıklı devam eden bir bütün olarak değerlendirdiğinden birey ve müteşebbislerin kendileri mükemmel topluma geri gitmeden önce hukuk bilimi kendi toplum ve insan imajını değiştirmektedir.

19. yy. hukukçuları "ihtiyatlı yönetici"yi kendi irsi yararlarını savunmaya eğilimli, irsi olmayan konulardaki hukuksal direktiflere karşı da duyarlı olan rasyonel bir yetişkin olarak bilirlerdi. Bu ihtiyatlı yönetici eski rejimin aracı öğelerinden sıyrıldıktan sonra kendi haklarını kendi hemsin ve emsallerine uygun olarak belirleme hususunda özgürlüğüne kavuştu. Sıradan bir birey olan sözkonusu ihtiyatlı yönetici, ihtiyatlı yöneticilerin kuşaklarının sahip olduklarına benzer ortalama ilkelere sahipti.

19. yy.'ın sonunda, firma ve birlik gibi kurumların gelişmesi ile birlikte gruplar hukuksal analizde kendi yerlerini aldılar. Aynı dönemde bir çok hukukçu bireysel haklara ilişkin sosyal hareketlere neden olmaya başladılar.

Marksizm, hukuksal olguların ve hukuk biliminin talepleriyle açıkça ve derin bir biçimde uyuşmadığı için, bu evrim ilke olarak anlamsız, sosyal realitenin belirli yönlerini günün koşullarına uydurduğu ölçüde de yararlı görüldü. Yine de total devrime bağlı olan "homo juridicus" kavramının kendisidir.

Oysa 19. yy.'ın başında "yasa önünde eşitlik" ilkesinin özgürlük için bir garanti olarak ortaya çıkması ve ayrıcalıklı insanlarla ayrıcalıksız insanlar arasındaki eşitsizliğin varoluğunun kabul edilmesi temel bir gelişme oldu. Daha ileri bir adım da, hukuk biliminin kendi en değerli kanılarından birini reddetmesiydi. 19. yy.'ın hatta 20. yy.'ın ilk yarısındaki Fransız hukukçular vatandaşların çoğunluğu için ve yine onların ilke ve kanılarına göre ortalama yasa yapmanın gerekli olduğu düşüncesini her zaman sürdürmüşlerdir. Bundan dolayı Fransızların çoğunun yaşam stilini ve ortalama bir Fransız için bir hukuk sisteminin gelişimini gözlemlemek artık bir sorun teşkil etmez. Bunun aksine olarak biz, yegane sınırı nüfusun çoğunluğunun hoşgörüsü olan marjinal davranışlı insanlara uygun bir hukuk sistemi önermeliyiz. Geleneksel hukukçular, nadir bir kaç davada kullanılan daha etkili tekniklerin bütün hukuksal aktiviteyi engelleyeceği korkusuyla zayıf bir sosyal çıktının bireyselci çabalarıyla yetindiler ve böylece kendi kendilerini sınırlamış oldular⁵.

Şunu da belirtmek gerekir ki, özel hukukun marjinalliği, müdahaleci irsi yaklaşımın liberalizme yönelmiş irsi olmayan yaklaşım arasında bulunan hukuktaki işlevlerin yeni bir bölünmesine bağlanmıştır. Hukuk bilimine ilişkin ikinci önemli değişiklik, pozitif hukuk devleti üzerinde kesin ve doğrudan sonuçlara sahip olduğu için birinci değişiklikten farklıdır. Bir hukuksal değişiklik diğer bir hukuksal değişikliği hukuk bilimine doğru veya hukuk felsefesi ve yasama ile ilgili kaynaklara doğru daha da ittiğini söylemek kuşkusuz zordur.

Bu iki varsayım açısından hukuk biliminin devriminden sözedebilir miyiz? Kesin olan, Kuhn'un açıkladığı farklı kriz göstergelerinin bu iki varsayımda bulunduğudur.

Dikkati çeken bir şey de, hukukçuların arasındaki tartışmanın özel biçimleri Kuhn'nun tanımladığı ölçülere göre gelişmekte olduğudur. Pozitivizme ve insanın yeni tanımına geçiş, paradigmanın rekabetçi yanlarının üretken hale getirilmesiyle, belli memnuniyetsizliklerin ve hatta hukukçular arasındaki huzursuzluğun açıklanmasıyla, felsefeye başvurma ve kuramsal temellerin tartışılmasıyla başarıldı.

Yine aynı şekilde kriz biter bitmez anlaşmazlıklar, en azından belirli onoktalar üzerindeki anlaşmazlıklar daha da azaldı. Her şeyden çok, araştırma alanı, öngördüğü sonuçları vererek yeniden güven kazanan paradigma tarafından konulan sınırlara indirildi. Pozitivizm, adli kararlara ilişkin daha güvenilir bir tedbiri sağlayacak nitelikteydi ve Fransız toplumunun % 70' i de çoğulcu bir hukuk anlayışının desteği ile önerilen insanın yeni tanımından memnun görünüyorlardı. Son olarak, bütün devrim türlerinde doğal olarak yer alan tarihsel gerçeğin değerinin küçümsenmesi bu iki olgudan kaynaklandı.

Pozitivizm en son çıkarılan hukuk mevzuatlarının avantajları üzerinde durur. Yine pozitivizm, verilmiş kararların kalitesinden daha çok onların sayısı ile ilgilidir. Çoğulculuk, görüş bildirimlerinin, tarihin bize öğrettiklerinden daha önemli olduğunu vurgular.

⁵ J. Carbonnier, Droit civil, Paris, P.U.F., t. 4, Les obligations, 10 th. ed., 1979, n. 22, p. 91.

Bu göstergeler etkili olmakla beraber hukuk bilimine ilişkin devrim kuramının kullanılmasını tek başına haklılaştıramazdı. İlk karşıt argüman hukuk biliminin kendi yapısından kaynaklanır. O, doğal bilimden daha çok kendisini ideolojik etkilerde kaçınılmaz bir biçimde gösterir. Dolayısıyla Kuhn'nun kanıtının bir bölümünün tamamı amaçsız kalmaktadır. Öğrenimin rasyonel olduğu normal bilim periyotları ile ortaya çıkacak bilime yabancı olan durumların yer aldığı paradigmadaki değişiklik periyotlarını ayırmak olanaksızdır. Bu periyotların varlığı sürekli dir. Doğru kural dışılıkları ile basit muammaları birbirinden ayırmak hiçbir biçimde olanaklı görünmüyor. Bunlardan birincisi normal bilimin konusunu, ikincisi ise olağanüstü bilimin konusunu oluşturur.

Hiçbir hukuksal kuram üstesinden kolayca gelebileceği çok ciddi kuraldışılıklardan tatmin edici bir biçimde tamamıyla korunamamalıdır. Son olarak, pozitivism ve çoğuculuk kültürel bağlamın etkisi altındaki kabullenmeleri zorlayamaz. Hukuk bilimin temelindeki değişiklikler yalnızca kültürel bağlamdaki değişikliklerdir.

Özetlersek, Popper'in argümanı olasılıkla hukuk biliminin doğru evrimleşmesine yakındır. Gerçekten paradigmatik yaklaşımın üstün hukuksal kuramı yoktur. Bu demektir ki normal bilim yöntemiyle düzeltililebilir olgular yoktur. Hukukçular kendi kuramlarına beslenen aşırı güvenden sürekli olarak bağışık tutulmalıdırlar.

Böylece onlar, Popper'in dile getirdiği şu gerçeğe kulak vermeye hazır olmalıdırlar: Belirli olguları yanlışlamamın eleştiriseî talebi dışında tutan veya sorunsal olmayı reddeden bir bilim anlayışı kaçınılmaz olarak geriler. Hukuk bilimi değişikliğe açık kalmalıdır. O, normal bilimin kendi kendini tatmin etme anlayışından uzak durmalıdır. " Bırakın onu hiç günah işlememiş olsun!"

SOSYAL DÜZENİN EVRENSEL TEMELİ OLARAK DOĞAL HUKUK*

Roman A. Tokarczyk
Çev. Sururi Aktaş**

Sorunun Formüle Edilmesi

Doğal hukuk birçok bakımdan temelde evrenselcilik tarafından karakterize edilir. İnsanlık tarihinde birçok işlevinin arasında, sosyal düzenin biçimlenmesindeki etkisi özel dikkat çekmeyi hak eder. Doğal hukuk kavramı ilk olarak Avrupa düşünce geleneğinde gelişti ve daha sonra Amerikan düşünce geleneklerine geçti. Diğer düşünce geleneklerindeki doğal hukuk kavramı, Avrupa ve Amerikan geleneğinin görüş açısından incelenir. Doğal hukukun temel mesajı, evrensel, global ve etik yönden iyi bir sosyal düzenin kurulmasıyla gerçekleşecektir.

Çok Boyutlu Evrenselcilik

Doğal hukukun kurucu terimleri olan "hukuk" ve "doğa" nın zaman, mekan, sübjektiflik ve objektiflik bakımından evrensel bir alanı vardır. Bu, onların sözel ve yazımsal dil bilim açıklamaları, içerikleriyle ve kültürel koşullarındaki farklılıklarıyla gelişmez. Doğal hukuk kavramlarının uygulanması, bütün insanlık tarihinde, bütün zamanlarda ve sosyal düzenin temelini ortaya çıktığı bütün yerlerde kendini gösterir. Sosyal düzen, evrensel insanlık değerleri arasında önemli bir yer işgal ettiği için o, yaklaşık olarak bütün insana ilişkin disiplinlerin yarar konusu olmaktadır. Sosyal düzenin temeli olarak doğal hukuk sorunu, insanlık tarihindeki Amerikan ve Avrupa düşüncesinin gelişmiş paradigmatları arasında yer alır Diğer düşünce geleneklerinden olan Afrikanizm, Yahudilik, İslam, Hinduizm, Konfüçyüzim ve Budizmin doğal hukuka benzer paradigmatları kendi orjinal düşüncelerinden kaynaklanır. Bu düşünce geleneklerindeki sosyal düzenin temeli olan doğal hukukun yeniden yapılanması, karşılaştırmalı bir çalışmayı ve çok boyutlu evrenselciliği gerektirir.

Doğal hukuk konusundaki felsefi ve teorik açıklamaların yoğun biçimde analize tabi tutulması, doğal hukuk sorunu ya da paradigmatı diye tanımlanan ortak öğelerin farklılaşmasına yol açtı. Doğal hukuk, yüksek derecede bir soyutlama üzerine formüle edilmiş birçok temel soruna sahiptir. Bu ise, mantıksal düzende yer alan değişik yanıtların olanaklılığına yardım eder¹.

Birinci sorun doğal hukukun varlığı, kaynakları ve kabulüne ilişkindir. Doğal hukukun varlığı, öncelikle insanın ve toplumun doğası ve evrene ilişkin düşüncelerle doğrulanır. Bu tür düşünceler, bütün hukuk sistemlerindeki sosyal düzenin benzer normlarının bulgulanmasına yol açar. Doğal hukuk normlarının ortak kaynakları, insan, toplum ve evrenin doğasındaki değişmez özelliklerde bulunur. Dinsel kökenli doğal hukuk kavramları ise tanrısallığın doğası ile ilişkilidir. Doğal hukukun kabulü, sosyal

* Orjinal adı " Natural Law as the Universal Basis of Social Order" Olan bu makale *Archiv für Rechts Und Sozialphilosophie*, 1993, vol. 79' dan alınmıştır.

** Arş.Gör., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

¹ Bak. R. Tokarczyk, Questions of Natural Law, *Archiv für Rechts- Und Sozialphilosophie*, Beiheft 23, 1985,p. 70 ff.

düzen normlarının doğal hukukun kendi tanımlaması içerisinde araştırılması gerektiği düşüncesini doğurduğu halde, onun reddedilmesi devletin formüle ettiği hukukun tek başına kabulünü gerektirir. Felsefe tarihinde uzunca zaman yer alan doğal hukuka ilişkin benimsenmiş olumlu ya da olumsuz tutumlar doğal hukuk ve pozitif hukuk taraftarları arasında oluşan farklılaşmanın temelini oluşturur.

İkinci sorun doğal hukukun özüne ilişkindir. Bu soruna ilişkin yanıtların çeşitliliği, doğal hukuk kavramlarının çeşitliliğini gösterir. Yine de bunların hepsi, doğal hukukun bağlayıcı gücünün pozitif hukukun bağlayıcı gücü kadar olduğunu gösterir. Doğal hukuk kavramının özü, etik anlamda iyiyi gerçekleştirme ve onun karşısından (kötüden) kaçınma noktasında yoğunlaşır. Adalet ve eşitliğin hukuksal kategorileri etik ilkeler üzerine kurulur. Doğal hukukun özü kendisini, düşünen bilinçli insanın doğasını karakterize eden aklın buyruklarında ve vicdanda gösterir. Özellikle bu, değerlerin çatıştığı durumlarda apaçık ortaya çıkar. Doğal hukuk kavramında, vicdanın sesi ve buyrukların niteliği sosyal düzenin biçimini ve doğal hukuka uygun eylemlerin kalıbını oluşturur. Sosyal düzenin doğal hukuk kavramlarına saygı göstermek insanların barış içinde birarada yaşamasını sağlarken, onların ihlali insan onurunun zedelenmesini, sosyal ortamda birarada yaşamının tahribini ve evrenin doğal çevresinin yıkılmasını doğurur.

Üçüncü sorun, doğal hukukun içeriğine, buyruklarına ve yasaklamalarına ilişkindir. Doğal hukuk kavramının genel anlamı liberal düşünceye çok yakındır. Doğal hukukun buyruk ve yasaklamaları, iyi bir sosyal düzene yol gösteren özgürlük, insan onuru ve özel mülkiyetin korunması noktasında yoğunlaşır. Sosyal düzen genel olarak evrendeki gözlenebilen düzenin özel bir açıklaması olarak nitelendirilir. Sosyal yaşama ilişkin olarak, düzen vatandaşların isteklerini ve ihtiyaçlarını karşılayan olanakları güvenlik altına alan örgütlenmiş devlet yapısının az ya da çok biçimselleştirilmiş modellerinin niteliklerini gösterir. Sosyal düzen modelleri, sosyal eylemlerin sürekliliğini, tutarlılığını ve bir deceye kadar tekbiçimliliğinin gerekli olduğunu varsayar. Bunlar, doğal hukuk kavramlarının üzerinde durduğu özelliklerdir.

Son olarak dördüncü sorun doğal hukukun işlevlerine ilişkindir. Doğal hukukun insanlık tarihindeki uygulamaları çok geniştir. Bu genişlik, ihtiyaca bağlı olarak, sosyal normların mutlak biçimlerinin yıkılıp yerine yeni modern biçimlerin koyulması gereğinden kaynaklanmıştır. Bütün bu durumlarda, doğal hukukun işlevi sadece ulusal ve bölgesel boyutta kalmamış aynı zamanda evrensel ve global boyuta taşınmıştır. İnsanları değişik biçimlerde biraraya getiren diğer faktörlerin aksine doğal hukuk kavramları şiddeti ve zorlamayı reddederek bilinçli, ahlaklı ve rasyonel insan doğasını temel alır. Ortaçağda evrenselci doğal hukuk taraftarları kendilerini, laik temelli imparatorluk gücüne veya papanın iktidarından kaynaklanan Hıristiyanlık ilkelerine dayalı ve tüm Avrupayı kapsayıcı bir sosyal düzenin kurulması eğiliminde olduklarını gösterdiler. Rönesans ve Aydınlanma Çağı düşünürleri insan doğasının temel özelliklerinin kalıcılığı üzerinde durdular ve aynı zamanda özgür ve açık modelli bir sosyal düzenin olanaklılığını gördüler. Modern düşüncenin en önemlisi olan liberalizm aynı zamanda daha da ileri giderek doğal hukuka uygun olan demokratik sosyal düzen biçimlerinin oluşmasını özgürlüğe düşkün bireylere bırakıyor.

Doğal hukuk paradigmasının yol açtığı sorulara yukarıdaki verilen yanıtlar, mutlak evrensel statik normlar ile görelî evrensel dinamik normları birbirinden ayırmaktadır.² Birinciler, On Emirde (Ten Commandments), Kant'ın kategorik emperatiflerinde gözlenebilir. İkinciler ise her zamanın entellektüel iklimine ve belirli bir sosyal duruma bağlı olarak ortaya çıkarlar. Doğal hukukun dinamik ve statik normlarının birleştirilmesi onun evrenselciliğini zenginleştirir. Statik normlar, doğal hukuku,

² Bu farklılaşmaya ilişkin kapsamlı bir tartışma A. Verdross'un *statische und dynamische Naturrecht*, Wien 1971 eserinde ortaya konulmuştur.

değişmeyen sosyal düzenin zamanlarına bağlar. Dinamik normlar ise, yeni sosyal düzen normlarının gerekli olduğu durumlarda yenilerinin bulgulanmasını sağlayarak doğal hukukun gelişmesini sağlar. Diğer yandan, insanlığın sosyal düzenin temelini sağlayan mutlak değerleri arzulanması zamandan bağımsız olarak görüntüyor.

Avrupa Geleneği

Doğal hukuk temelli sosyal düzenin içeriğine ilişkin araştırmalar Sofistler'le başladı. Onlar insan davranışını kontrol eden ve yapay ya da geleneksel kalıplar olarak adlandırılan pozitif hukukla (nomos) , evrenin bir parçası olan insanın doğasında gözlenen ve doğal ya da geleneksel olmayan kalıplar olarak adlandırılan doğal hukuku (fisis) birbirinden ayırt ederler.³ Doğal düzen ve insan yapımı düzen arasındaki sürüp gelen çatışkı, Antik düşüncedeki entellektüelizm ile teleolojizm arasındaki karşılıklı ilişkilerin anlaşılmasında bir yol olarak görünmektedir. Entellektüelizm, teleolojizmin temeli sayılmaktadır. Teleolojizm ise sosyal düzenin biçimlenmesinde önemli ve özel bir faktördür. Diğer yandan teleolojizm, bireylerin entellektüel ve fiziki gelişmesini sağlayan koşulları garanti eden sosyal düzenin, doğal hukukla uygunluk içinde olduğunu deyimler. Entellektüelizm, İnsan doğasının gerektirdiği normlara uygun sosyal düzen ilkelerinin insan aklı tarafından kavranabileceği inancını sürdürür.

Ortaçağ Avrupa düşüncesindeki evrensel sosyal düzenin doğal hukuk kaynaklarının araştırılması büyük ölçüde teolojik döneme kadar uzanır. Bütün Hıristiyanlar, evrensel doğal hukukun orjinini, evreni yaratan ve onun efendisi olan tek Tanrı'da görürlerdi. Doğal hukukun özü, tanrısal iradenin veya ilk insanın günahı ile sosyal düzeni bozulan cennetteki aklın ürünü olarak görülürdü. Tanrısal düzenin insan yapımı düzenle kesin olarak çeliştiğine inanılırdı. Hatta şu şekilde bir yasalar hiyerarşisi ortaya konuldu: İnsan yapımı yasalar, doğal yasalar, tanrısal yasalar ve ebedi yasalar. Papalık bu hiyerarşik temel üzerine, imparatorluğa dayalı Avrupa düzenine karşı olarak evrensel Avrupa düzenini kurmaya çalıştı.

Modern doğal hukuk yaklaşımları, sosyal düzen modelleri kurmada evrenselci anlayışları benimsedi. Modern doğal hukuk anlayışı, mekanikçilik, bireycilik ve yapısalcılığa kadar uzanan amprizm ve rasyonalizm laik temeline dayandı. Doğal hukukun mekanik yorumları günümüzdeki fiziğin başarılarından esinlendi. Bireycilik görüşü açısından toplum, bireysel ihtiyaçları, hak ve özgürlükleri gerçekleştirmeyi garanti eden bir sosyal düzeni gerektirir. Modern doğal hukuk düşüncesi bu bireysel eylemleri, insan doğasının *a politik* ve *a sosyal* eğilimlerini engelleyen sosyal sözleşme kavramı çerçevesinde tasarlar. Bu düşünce, evrenselci doğal ve sivil haklar deklarasyonlarının ortaya çıkmasına neden oldu. Onsekizinci yüzyıl doğal hukukun revaçta olduğu dönem olarak değerlendirilir. Doğal hukuk bu yüzyılda Amerikan ve Fransız insan hakları deklarasyonlarının içeriklerini belirledi. Yine bu yüzyılın doğal hukuk anlayışı Amerikan ve 3 Mayıs 1791 Polonya anayasalarını etkiledi ve sonra da Avusturya, Prusya ve Fransa medeni kanunlarına girdi. Fakat aynı zamanda doğal hukuk temelli sosyal düzen gücünü yitiriyordu. Doğal hukuk kavramının gücü, öteden beri sosyal düzenle realite arasındaki çelişkiye dayanıyordu. Doğal hukukun yerel hukuksal metinlere nüfuz etmesi, onun evrensel olma iddiasının geçerliliğini yok etti

Doğal hukukun yeniden geri gelmesi, ondokuzuncu yüzyılda hukuksal pozitivistlere dayalı sosyal düzenlerde ortaya çıkan kriz dönemine rastlar. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, doğal hukuka ilginin artmasının pratik ve ideolojik nedenleri vardır. Nazi savaş suçlularının uluslararası mahkemeler önüne çıkarılma çabasındaki pratik ihtiyaçlar doğal hukuka yollama yapılımasını doğurdu. Nazilerin yenilgisinden sonra

³ Doğal hukukun Avrupa'daki geleneği konusunda bkz., R. Tokarczyk, *Klasycy praw natury*, Lublin 1988.

sosyal düzenin anayasal temellerinin revizyona tabi tutulması gerekli hale geldi. Doğal hukukun yeniden doğmasındaki başlıca ideolojik neden, komünizme karşı mücadele edecek evrensel bir ideolojinin olmamasıdır. Bu, kapitalizmle sosyalizm arasında devam eden soğuk savaş döneminde temel bir yaklaşımdı. Son olarak, doğal hukuk düşüncesinin 1970'lerde başlayan popüleritesinin nedeni, totaliter modelin krize girmesi ve liberal sosyal düzen modellerinin revaç bulmasıdır⁴.

Amerikan Geleneği

Amerika Birleşik Devletleri'nde doğal hukukun doğuş ve gelişmesinde ilk etkiyi Avrupa düşünce geleneği yaptı⁵. Özellikle yirminci yüzyılın ortasında olgunlaşan Amerikan doğal hukuk düşüncesi sadece Avrupa geleneği üzerinde değil, diğer kıtalar üzerinde de büyük etki yaptı. Amerikan evrenselciliğin etkisi konusunda, özellikle doğal hukuktan kaynaklanan Amerikan liberalizmi üzerine söylenecek çok şey vardır.

Doğal hukuk Amerikan tarihinde büyük işlevler gördü. Doğal hukuk düşüncesi, sosyal düzenin evrensel öncülerinin kaynağı olarak insan hak ve özgürlükleri konusunda büyük rol oynadı. Doğal hukukun öncüleri Amerika'da ilk olarak Bağımsızlık Savaşı'nda, ardından da Bağımsızlık Bildirisi'nde, sonra Haklar Bildirisinde kullanıldı ve daha sonra da etkili hukuksal, politik ve sosyal kuramları telkin ederek Amerikan Anayasası'nın aksiyomu haline geldi. Amerika'nın uluslararası arenada süper güç olarak ortaya çıkmasıyla doğal hukuk düşüncesi dünyada birçok ülkeye yayıldı.

Amerika'nın sosyal düzeninin temeli, doğal haklar kuramını kabul eden doğal hukuk ilkelerine dayalı Anayasa'dır. Amerikan Anayasası'nı yapanlar halklarıyla beraber, aklın gerektirdiği doğuştan varolan doğal haklara inanırlardı. Pozitif hukuk, bağlayıcı olabilmesi için bu doğal haklara uygun olması gerekir. Devlet otoritesi bu hakları halkla konsensus içinde korumalıdır. Bu hakların korunması, uygun demokratik usulleri gerektirir. Dahası, bütün vatandaşlar yasa önünde eşit işleme tabi tutulmalıdır. Bütün bu varsayımların biraraya getirilmesi politik iktidarı meşru kılar⁶.

Amerika'nın sosyal düzeninin ideolojik meşruluğu, doğal hukuk ilkelerine dayanan liberal öğretisi ve esaslı biçimde laik rasyonel pragmatizme dayanır. Amerikan vari liberalizmin ideolojik köşe taşları, sosyal gelişmeye yol açacak değişiklik postulatlarını, kısıtlanmamış bireysel özgürlükleri, esnek devlet iktidarı anlayışını, özel mülkiyetin korunmasını ve uluslararası ilişkilerde tecrid edilmenin üstesinden gelmeyi kapsar. Amerikan kuramcıları tarafından geliştirilen bu düşünceler Amerikan politikacıları tarafından uygulandı ve Amerikan halkının zihninde yer etti. Ayrıca bu tür idealler Amerikan sosyal düzeninin başarısıyla büyüyen halkların ülkelerine nüfuz etti⁷.

Doğal hukuk temelli sosyal düzeni savunan Amerikalılar doğal hukuk anlayışını duruma göre iki yerde kullanırlar. Bunlardan birisi, doğal hukuka aykırı sosyal düzenin eleştirisi sırasında, ikincisi ise doğal hukuk kavramına dayanan hakların ve sosyal düzenin üstünlüğünün savunulması sırasında. Amerikan doğal hukuk kavramlarının bu iki işlevi, günümüzde Amerikancılık denen bir yolla hızla evrensellik kazanmaktadır. Yukarıdaki bilgilerin ışığında, doğal hukuk kavramlarının reddi, totaliterliğin kötülüğünü, değer rölativizminin aksiyolojik kötülüğünü ve politik otoritelerin

4 Cf. J. Zajadlo: "Trzecie odrodzenie" prawa natury? (uwagi metodo logiczne), *Colloquia Communia*, 6(41) 1988-1(42) 1989, p. 109 ff.

5 R. Tokarczyk, *Prawa wiernie naturze*, Lublin 1980, p. 43.

6 W.R. Harbour, *American Constitutionalism and Natural Law*, *Vera Lex*, vol. vii. no. 1, 1987, p. ff.

7 R. Tokarczyk, *Wspolczesna amerykanska mysl polityczna*, Warszawa 1981, p. 13 ff.

sinizminde kendini gösteren pratik kötülüğünü kaçınılmaz bir biçimde doğurmalıdır. Diğer yandan, bu kavramların kabulü, liberal demokratik düzenin uygun bir yapılanmasını garanti etmelidir.

Diğer Gelenekler

Afrikanizm, Yahudilik, İslam, Hinduizm, Konfüçyüzim ve Budizm gibi büyük kültür geleneklerinin Avrupa ve Amerikan doğal hukuk kavramlarına benzeme olasılığını düşünmek oldukça ilginçtir⁸.

Uygurluk tarihinin ilkel döneminde yaşayan Afrika halkı üzerindeki çalışmalar, onların kültürlerinde doğal hukuk kavramına benzer düşüncelerin varlığına ilişkin varsayımları desteklemektedir. Bu ilkel Afrika topluluklarında kabile yaşamını düzenleyen normlar, bir çeşit doğal hukuk düşüncesini deyimliyordu. Özellikle onlar, kabile şefi ile tebası arasındaki ilişkileri, kıyas yoluyla uygar toplumlardaki pozitif hukukla doğal hukuk arasındaki ilişkiler olarak tanımlıyorlardı. Kabile şeflerinin kararları, gelenekten kaynaklanan daha yüksek normlarla engelleniyordu. Bu tür normlar doğal adaleti temsil ederlerdi⁹.

Yahudi geleneğinde üç türlü doğal hukuk düşüncesi gelişmiştir. Bunlardan birincisi, Yahudi hukuku doğal hukuka ihtiyaç duymaz düşüncesi, ikincisi Yahudi hukuku doğal hukuka özdeştir düşüncesi, üçüncüsü ise doğal hukuk, Yahudi hukukun bir parçasını oluşturduğu düşüncesidir. Çağdaş Yahudi düşüncesinde egemen olan yaklaşım ise, doğal hukuk, Yahudi topluluklarının sosyal düzenini formüle eden normlar sisteminin bir parçasıdır. Tanrı Musa'ya Sina Dağı'nda, tanrısal hukuk diye adlandırılan yazılı hukukla, tanrısal doğal hukuk diye adlandırılan yazılı olmayan ya da sözel hukuku vahyetmiştir. Yazılı hukuktan çıkarılan "yazılı olmayan hukuk" tanrısal doğal hukuktur. Bu hukuk, Yahudi topluluklarının sosyal düzeninin temelini biçimleyen ilkelerin belirli değişimini kolaylaştıran ve devlet tarafından konulan yazılı hukukun genel formülasyonun bir somut biçimi olarak Yahudilikte büyük rol oynar. Genel olarak ifade edersek, Yahudi hukuku, doğal hukuk kavramı olarak kolayca yorumlanabilecek birçok diğer kavramları kapsar¹⁰.

İslam geleneğinin tek tanrıci sistemi, din, ahlak, politika ve hukuka ilişkin olarak bir temel kurar. Canlı ve cansız varlıklar alemindeki evrensel normlar olarak doğal hukuk kavramları bu sistemden beslenir. Bazan kutsal savaş diye adlandırılan bir yöntemle gerçekleştirilmeye çalışılan evrensel İslami sosyal düzen modelleri İslam dünyası dışında yaygın kabul görmemiştir. Diğer yandan, ondokuzuncu yüzyıldan beri bazı İslam ülkeleri Avrupa geleneğine dayalı sosyal düzenin belirli öğelerini benimseme eğilimine girmişlerdir. Sosyal düzenin bazı öğelerinin evrenselleşme sürecine, aynı

⁸ Bu sorunlar, University of Notre Dame Natural Law Institute proceedings'in özel bir yayını olan vol. v. Notre Dame, Indiana 1953'de tartışılmıştır. Tartışmayı H. Waskiewicz özetlemiştir. Powszechnosc prawa naturalnego, studia philosophia christiana, ATK,6(1970)1. p. 237 ff. O. "evrenselcilik" ile "genellik" kavramlarını birbirine karıştırmıştır ve bu durum J. Iwanicki'nin eleştirel tepkisini çekmiştir. (Uwagi do pracy H. Waskiewicz: powszechnosc prawa naturalnego, ibid, p.269 ff.

⁹ M. Gluckmann, Natural Justice in Africa, Natural Law Forum, vol. 9. 1964; ve bkz. O'nun Politics Law and Ritual in Tribal Society, Oxford 1965 eserine.

¹⁰ Rabbi S. Freehof,, The Natural Law in the Jewish Tradition, University of Notre Dame..., op cit., p. 15 ff; ve bkz. Vera Lex. vol. vi. no. 2. 1986, bu sayının hemen hemen hepsi Yahudi doğal hukukuna ayrılmıştır.

kökten beslenen İslam ve Hıristiyanlığın belirli dinsel benzerlikleri yardım edebilirdi. Bununla beraber İslam Hıristiyanlığa göre dış etkiye daha az duyarlıdır¹¹.

Hindu geleneği, tanrısal, ebedi, doğal ve pozitif olmak üzere dört çeşit hukuktan sözeder. Bu gelenekte, tanrısal ve ebedi hukuk o kadar baskındır ki doğal hukukun önemi en aza indirgenmiştir. Hinduizmde "dharma" kavramı, doğal hukuk kavramının özdeşi niteliğindedir. Bu kavram, hak, ödev ve erdemi anlatır. Dharma, canlı ve cansız varlıkların kendi iç doğal yasası olarak onları kuşatmıştır. Bir varlığın kendisini koruması kendi doğasına uygun yasayı gözetmesine bağlıdır. Aynı durum, insan, sosyal düzen ve evrenin doğası için de geçerlidir. İnsan eylemleri ile "dharma" arasındaki ilişkiyi "karma" kavramı açıklar. Dharma ve "karma" kavramlarının birbirine uygunluğu veya uygunsuzluğu bireysel insan varlığını ve nihai olarak sosyal düzenin kaderini belirler¹².

Çin düşünce geleneğinde birçok kavram doğal hukukun özdeşi olarak düşünülmüştür. Efsanevi Altın Çağın doğal hukuk ölçütüne nazaran pozitif hukukun evrimleşmesi çok daha erken gerçekleşmiştir. Sözkonusu bu kavramlar, insanlar arasındaki evrensel sevginin tanrısal bir iradesi olan doğal hukukun, dinsel olarak kavramlaşmasına neden teşkil ettiler. Bununla birlikte, doğal hukuk düşüncesine benzeyen "tao", "tien-tao", "ching". "lai", "lei", "tao lei" ve "tien lei" gibi temelde laik olan kavramlar en önemli rolü oynadılar. Burada bu kavramların ayrıntılı bir analizini yapmadan sadece bazı özelliklerinden sözedeceğiz. Bu kavramların hepsi, varoluşun doğasından kaynaklanan evrensel normlar anlamında birer doğal hukuk kavramlarıdır. Bu varoluş, "tao" düşüncesindeki evrenden "lei" düşüncesindeki insan doğasına uzanır. Makrokozmos ve mikrokozmos denen bu iki uç arasında, bunların değişik birleşim ve değişimleri bulunur. Tekil oluşumlarda (varlıklarda) görünen bu hiyerarşik düzen "tao" ekolü tarafından tamamıyla açığa kavuşturulmuştur. İnsan, cennetin yolunu izlemesi gereken dünyasal düzene uygun yaşamalıdır. Cennet ise "tao" da yazılı olan düzeni izlemek zorundadır. Doğal hukuka göre yaşamak bu hiyerarşik düzene saygı göstermek anlamına gelir¹³.

Budist geleneği, uzayın sınırlarının ötesine uzanan, sonsuz sayıda mikro ve makro kozmostan oluşan ve hiçbir yaratıcısı olmayan bir ebedi evren imajına dayanır. Sosyal düzenin doğal yasaları, kendi doğasının normları tarafından yönetilen ve insan topluluğu diye adlandırılan "dharmadhatu" içinde şekillenir. O, iyi-kötü, haklı-haksız, doğru-yanlış, güzel-çirkin ve haz-acı gibi kavramların çelişkilerini birarada toplar. Dharmadhatu düzeni, insan aklının iki bölümü olan "prajna" ve "karuna" da düşünülür. Prajna, aşkın bilgidir. Karuna ise, Prajnanın doğasındaki onun bir dönüşümüdür. Bilginin bu iki çeşidi birbirini tamamlayarak insanın sosyal düzen yasalarını ve yaşamdaki uygun yerini bulmasına yardım eder. Aynı zamanda bunlar, insanın öldükten sonraki durumunu da belirler¹⁴.

Budizmin Japon versiyonu, Avrupa doğal hukuk kavramlarının etkisinde biçimlenmiştir. Ondokuzuncu yüzyılın sonunda, Japon Meiji Hükümeti'nin Fransız danışmanı Gustave Emile Boissonade doğal hukuka dayanan bir medeni kanun ve bir de caza kanunu hazırladı. İkinci Dünya Savaşından sonra Japon savaş suçluları bu yasalara

- 11 Khalifa A. Hakim, *The Natural Law in Moslem Tradition*, University of Notre Dame....., op.cit., p.29 ff.
- 12 M.S. Sundaram, *The Natural Law in The Hindu Tradition*, University of Notre Dame..., op. cit. p. 69 ff.
- 13 Hu Shih, *The Natural Law in Chinese Tradition*, University of Notre Dame....., op. cit., p. 119 ff.; G. Xiangrui, *The World-view And the natural law thought of Taoist School in Ancient China*, *Das Naturrechtdenken heute und morgen*, Berlin 1983, p. 257 ff
- 14 D.T. Suzuki, *The Natural Law in Budist Tradition*, University of Notre Dame..., op. cit. p. 91 ff.

yollama yapılarak takibata tabi tutuldular. Doğal hukukun dünyada yeniden revaç bulması sırasında, bir hukukçu ve politikacı olan Kotaro Tanaka Japonya'da bu hukuk düşüncesinin propogandasını yaptı ve böylece bu düşünce birçok Japon üniversitesine girmiş oldu¹⁵.

Sosyal Düzenin Evrenselleşmesi

Doğal hukuka uygun olarak gelişmiş evrensel sosyal düzen modelleri tekil devletlerin örgütlenmesinde kullanılabilir. Bununla birlikte, insanlık tarihi, sosyal düzenin bazı kavramlarının uluslarüstü ve evrensel düzeyde evrenselleşmesine doğru güçlü bir eğiliminin varlığını gösterir. Uzay ve zamanda yer alan düşüncelerin hareketi bazı sosyal düzen kavramlarının diğerlerine olan üstünlüğünü açıklar. Bu, askeri, politik, ekonomik, dinsel, kültürel ve diğer faktörlerin bir sonucudur. Antik Çağda Stoa Ekolünün barışçı ve kosmopolitan düşünceleri geniş kabul gördü. Ortaçağ, uluslarüstü Avrupa evrenselciliğinin iki projesi olan Kilise barışçılığı ile Alman İmparatorluğunun çatışmasına tanıklık etti. Modern zamanlar, evrensel dünya düzenine ilişkin ütopyik yaklaşımlar ortaya çıkardı. Çağdaş zamanları, hem barışçı ve hem de şiddete dayanan dünya düzeni kavramlarının çokluğu karakterize ediyor. Şiddet, başlıca emperyalist ve totaliter projeler tarafından savunuluyor. Evrensel ve uluslararası bir düzeni amaçlayan barışçı yaklaşımlar, Milletler Birliği ve Birleşmiş Milletler teşkilatları tarafından desteklendi. Pan-Arabizm, Pan-Amerikanizm ve Pan-Afrikanizm projelerine karşı üretilen Pan-Avrupacılık istisna tutulursa, çeşitli kıtalar arası ideolojilerin etkisi daha az olmuştur. Bunlardan, Roma Kulübünün dünya düzeni projesi burada anılabilir.

Doğal hukuka bağlı sosyal düzenin uluslarüstü evrenselleşme kavramları bir çok nedenden dolayı özel dikkat çekmeyi hak ediyor¹⁶. Bu kavramlar, en az iki düşünceden dolayı evrenselcilik anlayışı tarafından karakterize ediliyor. Her şeyden önce en ılımlı doğal hukuk kavramı bile evrensel alan ve uygulamayı arzu ediyor. İkincisi bu kavramlar, bütün büyük geleneklerin az ya da çok doğal biçimde bulunan evrensel orjinlere sahiptirler. Her doğal hukuk kavramının evrensel yönünün olmasına karşın, doğal hukukla uyumsuz evrenselcilik çeşitleri de vardır. Özellikle, askeri güç, psikolojik beyin yıkama ve zor kullanarak gerçekleştirilmeye çalışılan evrensel sosyal düzen bu türdendir. Şiddete, beyin yıkamaya ve zora dayalı bütün büyük imparatorlukların er geç yıkılması, doğal hukuka uygun uluslarüstü sosyal düzenlerin evrensellik süresinin daha uzun olduğunu doğrulamaktadır.

Doğal hukuk düşüncesi, sosyal düzen kavramlarının içeriğine ilişkin açık göstergeler ortaya koyar. Antik Çağ, sosyal düzen öğelerinin ne şekilde harmoni edileceğine ışık tuttu. Ortaçağ hiyerarşi düşüncesini geliştirdi. Modernite ise özgürlük kültürünü ortaya attı. Günümüzde de adalet ve eşitlik kategorileri üzerinde duruluyor. Doğal hukuka uygunluklarını açıklayan bütün sosyal düzen kavramları, geniş anlamda liberalizm alanı içinde kalırlar. Liberalizm, doğal hukuku kendi temel varsayımı olarak benimser. Günümüzde, uluslarüstü sosyal düzenin evrensel olarak kabul edilmiş içerikleri konusunda açık bir bilinçlilik vardır. Sözkonusu bu düzen totaliterlikten daha çok liberal olmalıdır; bireysel eylemlerin özgürlüğünden yana olmalıdır; uluslararası bağlantıların avantajlarını ihmal etmeden yerel farklılıkları ve ulusal değerleri korumalıdır; zora dayalı merkeziyetçi sistemden daha çok değişik ulusların gevşek ekonomik ve kültürel federasyonundan yana olmalıdır¹⁷. Bütün halkları kapsayan global ölçekteki her barışçı iletişim çeşiti, bütün değerlerin, özellikle sosyal düzende bağlantılı değerlerin

15 J. Llompert, Natural Law in Japan and Kotaro Tanaka, Vera Lex, vol. no. 1, 1985, p. 7 ff

16 Bkz. M. T. Rooney, How to Develop World Peace through Law, The Catholic Lawyer, vol. 13, no. 3, 1967, p. 211 ff.

17 ibid,

evrenselleşmesinde temel yöntem olarak devam eder. Günümüzde böyle bir iletişimin oluşması, hızlı taşımacılık yöntemleri ile radyo, televizyon, bilgisayar ve telefon gibi bilgilenme sistemlerinin gelişmesine bağlıdır. Böyle bir iletişim modeli, yerel savaşlar, çevre kirliliği ve milliyetçilik gibi doğal hukuka aykırı eylem ve olaylara global tepki gösterir.¹⁸ Evrenselleşme süreci, şimdiye kadar gelişmemiş ve ayrıma tabi tutulmuş ırk ve ulusların yoğun çabalarıyla yaşama geçirilir. Totaliter sosyalist düzene karşı yapılan isyan evrensel bir ölçekte değişime neden oldu. Böyle bir isyan, kapitalist ülkelerde gelişen liberal sosyal düzen modellerinin üstünlüğünü daha açık bir biçimde ortaya koydu.

Sosyal düzenin uluslararası evrenselleşmesi yönteminin sözkonusu ulusları bağlayacak hukukta, birliğe gidilmesi olduğu düşünülüyor. Avrupa'da olduğu gibi bölgesel birlik, bir global birliği başlatabilir. Hukuk birliğinin anlam ve başarısı, uluslararası ilişkilerin özüne ve sözkonusu hukuk birliğinin tarafların yararlarına uygun olmasına bağlıdır.

Karşılaştırmalı çalışmalar, sözkonusu uygunluğu nitelendirmede büyük rol oynayabilir. Hukuk birliğinin sağladığı yararlar; daha kolay uluslararası ilişkilerle, risklerin azaltılması ve uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne hukuksal temel sağlanması gibi çok sayıdadır. Şimdiye kadar, taşıma, iletişim ve ticaret hukukundaki birliğin sağlanmasında çok büyük başarılar sağlandı. Birleşmiş Milletler tarafından benimsenen İnsan Hakları Sözleşmesi hemen hemen evrensel bir kabul gördü. Bütün bunlar, doğal hukuka dayalı evrensel sosyal düzen modellerinin gerçekleştirilmesi yönünde dev birer adımdır¹⁹.

¹⁸ Bkz. A. Grzegorzczak, *Moralistyczna Wizja dziejow. Sense polskiej historii*, ed. by A. Ajnenkiel, J. Kuczynski and A. Wohl, Warszawa 1990, p. 48 ff.

¹⁹ R. Tokarczyk, *Wprowadzenie do komparatystyki prawniczej*, Lublin 1989, p. 190 ff.

Sonuç Yerine

Sosyal düzen kavramlarının evrensel hale gelmesi, insanlığın entellektüel tabakasının en büyük istekleri arasındadır. Bu düşüncenin uygulamaya geçirilmesi, çelişkiler diye tanımlanan bir çok zorluğu doğurur. Sosyal düzen kurmayı amaçlayan doğal hukuk düşüncesi çerçevesinde, doğalcılık-gelenekçilik, idealizm-materyalizm, realizm-ütopyacılık, objektivizm-subjektivizm, teori-uygulama, istikrar-değişebilirlik ve milliyetçilik-evrenselcilik gibi çelişkiler ortaya çıkabilir. Biz uygulama açısından çok önemli görünen son üç çelişki üzerinde duracağız²⁰.

Doğal hukuk düşüncesi, bütün hukuku kapsayan istikrar ve değişebilirlik arasındaki çelişkiye iyi bir örnek oluşturur. Bu çelişki, bir yandan mevcut sosyal düzeni pekiştirmeye çalışan, diğer yandan sosyal düzendeki gerçekçi değişiklikleri yapmaya çalışan hukukun iki işlevinden kaynaklanmaktadır. Bu çelişki, yeni düzen biçimlerini savunanlara karşı eski düzen yanlılarının verdiği mücadeleden kaynaklanan büyük sosyal krizler esnasında gündeme gelir. Her iki durumda da doğal hukuk düşüncesi büyük bir rol oynar²¹.

Milliyetçilik ile evrenselcilik çelişkisi de uzun bir tarihe sahiptir. İnsanlığın kendi ayrılıklarını önemseyen bir çok gruba bölünmesi, aşırı milliyetçiliğin açık bir sonucudur. Şayet bu ayrılıklar, bir ulusun diğerine üstün olduğu şeklinde algılanırsa, bu durum uluslararası ilişkilerde gerilimin artmasına ve bazan da açık uyuşmazlıklara yol açar. Ulusal değerleri tümüyle sorun yapmayan çeşitli evrenselci kavramlar, ulusların global düzende barışla bir arada yaşayacakları toplum projelerini gösterir²².

Son olarak, pratik ve teori (düşünce) çelişkisi ise bütün rasyonel insan aktivitesini ilgilendirir. Doğal hukuk açısından bu çelişki, sosyal düzen idealleri ile bunların eksik uygulanımı arasındaki çatışkıdır.

Teorideki (düşünce) sosyal düzen basit, açık ve ahenkli olduğu halde, uygulamadaki sosyal düzen kural olarak daha çok karmaşıktır ve çelişkiler yüzünden yıkılarak dağılır. Teori (düşünce), rasyonel, önyargısız ve objektif olabilir. Sosyal uygulanım ise duygusal, önyargılı ve subjektiftir. Teori, evrenselci amaçları belirler; uygulama, yerel koşulların belirlediği halkın amaçları tarafından belirlenir. Teori, zaman sınırının engeline uğramadan gelişebilir, uygulama ise zamanın büyük baskısı altındadır. Muhtemelen en önemli olan ise; teori (düşünce) değişebilirlik arzeder, uygulamadaki başarılar ise genelde önceki olanaksız durumlara bir biçimde dönüş yapar.

20 Bkz. W. Friedmann, *Legal Theory*, London 1953, p. 465 ff.

21 R. Tokarczyk, cd. *Tradycja postep W Prawie*, Lublin 1983, özellikle p. 11 ff.

22 Bkz. J. Kuczynski, *Dialogue and Universalism as a New way of Thinking*, Warsaw University 1989.

İSLAM HUKUKU*

N. J..Coulson
Çev. Sururi Aktaş**

İslam Hukuku (dünyanın bazı yerlerinde Muhammed'in Hukuku= Muhammedan Law olarak da bilinir.), müslümanların dinsel inançlarına ve arzularına pratik anlam kazandıran kurallar bütünüdür. Allah'ın iradesine tam ve kesin olarak uymak, İslamın temel inanç öğretisidir. Dine dayalı İslam Hukuku ise, yaşamın bütün yönlerine ilişkin kapsayıcı davranış kuralları getirmesi açısından Allah'ın iradesini tanımlar. Yaşamın bütün yönleri, namaz kılmak, oruç tutmak, zekat vermek ve hac yapmak gibi ritüel uygulamalar, yenmesi caiz olan gıdaları belirlemek, giyim sitili ve Batı düşüncesinde tam manasıyla hukuksal nitelik taşıyıp bu sistemin (İslam Hukuku sisteminin) yaşamsal ve bütünsel bir parçası olan sosyal görgü kurallarından ibarettir. "Şeriat", Arapça "iz" veya "yol" manasına gelen bir sözcük kökünden türetilmiş bir terimdir. Bu hukuk, müslümanların yaşamlarında dinsel inançlarını yerine getirmeleri ve öbür dünyada da Yaratıcı'dan ödülleri almaları doğrultusunda rehberlik edecek tanrısal nitelikli bir davranış çizgisi oluşturur.

İslamın başlangıcı olan VII. yüzyılın başlarından itibaren İslam Hukuk Biliminin Arabistan'da üstlendiği görev, Allah'ın Hukuku'nun terimlerini müslüman toplum için keşfetmekti. Bu hukuk bilimi, giderek bir öğreti külliyatı oluşturdu ve IX. yüzyıl sonuna doğru Şeriat, hukukçuların bireysel çabalarıyla el-yazma hukuk kitaplarında kesin bir formülasyon kazandı. Ortaçağ boyunca bu temel öğreti daha da ayrıntılı hale getirildi ve büyük bir açıklama çerçevesinde sistematize edilerek literatür genişletildi. Kısacası, bu şekilde ortaya çıkan gelişme, Şeriat Hukukunun geleneksel meinlerini doğurdu.

İslamın ideal yaşam biçimini açıklamak için, geleneksel Şeriat öğretisi, İslam Hukukunun araştırılmasına ilişkin temel noktayı biçimlendirmek zorundadır. Ancak iki temel nedenden dolayı Ortaçağ hukuk eserleri günümüz müslümanlarının yaşamlarını düzenleyecek hukukun gerçek bir portresini sunmaktan uzaktır.

Birinci neden, Çağdaş İslam Hukuku hiçbir biçimde tamamen islami nitelikte değildir. Olasılıkla, diğer yaşam felsefelerinde olduğu gibi İslamda da kaçınılmaz olarak, teoriyle gerçeklik arasında bir dereceye kadar uyumsuzluk, dinin öğretisel idealizmiyle politik, sosyal ve ekonomik istemlerin uygunluğu arasında bir gerilim sürekli olarak var olmaktadır. Pratik gereksinim nedenlerinden dolayı müslüman toplumlar ve devletler, Ortaçağ hukuk eserlerinde açıklanan dinsel öğretiye aykırı yasaları kabul ederek uyguladılar.¹ Birçok değişik ulustan oluşan dörtüzmilyon mensuba sahip geniş İslam coğrafyasında, örf-adet hukuku, yaşamın birçok yönünü kontrol altında tutar. Son zamanlarda giderek artan hukuksal ilişkiler alanını, dışarıdan ve özellikle Avrupa kaynaklarından ithal edilen yasalar oluşturur. Mevcut hukuksal uygulamaların karmaşık değişikliği arkasında Şeriat, müslüman topluluklarının ideolojik birliği için bir sembol niteliği taşıyabilir ve uygulandığı oranda da müslümanların ortak hukuku (common law) sayılabilir. Fakat yine de Şeriat öğretisi, islami mahkemeler tarafından uygulanan hukukun sadece bir bölümünü oluşturur.

* Orjinal adı "*Islamic Law*" olan bu makale, editörlüğünü J. DUNCAN DERRET'in yaptığı "*An Introduction to Legal System*",(London, Sweet-Maxwell, 1986) adlı eserden alınmıştır.

** Arş.Gör., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

¹ Bu tür bazı durumlar Yahudi Hukuku'nda da vardır.

İkinci neden, Ortaçağ Şeriat mahkemelerinin günümüz İslam Hukuku için artık tam bir otorite olarak sayılmaması, bu metinlerin ortaya koyduğu öğretinin, günümüzde Şeriat hukukunun üst veya tek geçerli açıklamasına sahip olmayışıdır. Şu anda birçok İslam ülkesinde geleneksel otoritelerin öngördüğü anlayışla uyumsuzluk halinde olan yürürlükteki hukuk aynı derecede, Allah'ın hukukunun meşru versiyonunu temsil etmemektedir. Bu son gelişmeler İslam Hukukuna tarihsel bir bakış açısı kazandırdı. İslamın ilk üç asrında olgunluğa ulaşan İslam Hukuku on asır boyunca temelde statik bir seyir izledi ve şu anda da daha ileri bir evrim sürecinde bulunmaktadır.

Şu ana kadarki giriş açıklamalarından açıkça anlaşılacağı gibi, Şeriat Hukuku, hemen hemen on dört asıra yayılan İslam Hukuk tarihi tarafından belirlenmektedir. Bu yüzden, bu inceleme konuya temelde tarihsel bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Şeriat öğretisi, hangi gelişme süreciyle Ortaçağ hukuk eserlerindeki yetkili açıklama şemalarını sağladı? Hangi ölçüde ve hangi nedenlerden dolayı İslam Hukuk uygulamaları Şeriat öğretisinin öngördüğü ile değişiklik arz etmektedir? Geleneksel öğretinin günümüzde hangi temel üzerinde ve hangi etkilerle, Şeriat Hukukunun bugün biçimsel olarak yönlendirdiği bu hukuk alanlarının yerini almaktadır? Bu üç kapsamlı soruya verilecek yanıt, çağdaş İslam toplumdaki İslam Hukukunun niteliği ve rolünün değerlendirilmesi için bir anahtar niteliğindedir.

M.S. 622 yılında Peygamber Hz. Muhammed liderliğinde Medine'de kurulan ilk müslüman topluluk için İslam, Allah'ın iradesine uymak ve O'nun istediği topluma, yine O'nun elçisi tarafından yaşamı boyunca yavaş yavaş gerçekleştirdiği ve Kur'an'da tamamıyla toplanıp açıklanan devrimleri ile geçmekti. Allah'ın kendi ifadesi olarak Kur'an,-tarihsel ve ideolojik olarak- İslam Hukukunun temel açıklamasıdır.

Fakat, Kur'an esas olarak bir yasama dökümanı değildir. O, adil ceza ya da ödül, ticari işlemlerde dürüstlük ve toplumun zayıf üyelerine karşı merhamet gibi genel nitelikli çok sayıda ahlaki emir içerir. Fakat bu normlar genellikle hak ve göreve ilişkin herhangi bir hukuksal yapıya dönüştürülmez. Bundan dolayı, şarap içmek ve tefecilik basit bir yasak olarak açıklanır. *Çokkarılılık'a (polygamy)* izin verilmiştir; bir koca karıları arasında tarafsız (adil) olmak koşuluyla en fazla dört kadınla eşzamanlı olarak evlenebilir. Ancak, bu hükmün tam hukuksal anlamı konusunda veya bu hükmün ihlali halinde karının sahip olabileceği yasal haklar konusunda hiçbir şey söylenmemiştir. Kısacası, Kur'an bir hukuk *kodu* değildir (kapsayıcılık anlamında). Fakat o, İslamın dinsel etiğinin bir formülasyonudur.

Kur'an adaha kesin hukuksal biçime sahip birçok düzenlemeyi kesinlikli içermez. Bu düzenlemeler çok çeşitli konulara kadar uzanır ve bunlar Arabistan kabile örf-adet hukukunun oldukça geniş reformlarını oluşturur. Zina suçuna ve kanıtlanmamış gayrimeşru cinsel ilişki suçlamasına verilen sopa cezası gibi yeni suç eylemleri yardımcı cezalarla takdim edildi. Kadınların hukuksal statüleri birçok bakımdan geliştirildi; kural olarak koca tarafından evlilik düşüncesiyle karıya yapılan *inter alia* ödeme (mehir-ÇN) veya çeyiz, önceden yaygın bir biçimde uygulandığı gibi karının babasına veya evlilik sırasında karıya yardımda bulunan veli veya vasisine ait değil, karının kendisine aittir. Yine de bu kuralların çoğu tekil sorunlara çözüm bulmak için *ad hoc* ortaya çıkmıştır. Kur'an'da herhangi bir hukuksal konu veya ilişkinin geniş kapsamlı olarak ele alınmasına yönelik gerçek bir girişim bulunmamaktadır. Kur'anın düzenlemeleri, tamamen yeni bir sistem getirmekten daha çok mevcut örf-adet hukukunu değiştirip düzeltmeye yöneliktir.

Kur'anın genel niteliğini, tek taraflı iradeyle veya *talak* 'la yapılan boşanma kurumuna ilişkin düzenlemeler açıklar. Arabistan ataerkil örf-adet hukukuna göre bir kocanın istediği zaman basit bir beyanla evliliği sona erdirmeye hakkı tartışılmazdır. Kur'an kocayı bu gücünden mahrum etmemiştir. Ancak bu gücün kötüye kullanılmamasını, karıları boşamanın bir nedene dayandırılması ve boşama halinde adil bir nafaka verilmesini söyleyerek tavsiye etmiştir. Kur'anın kendisi incelendiğinde görülecek ki o,

var olan hukuksal bir durumu, sadece bireysel vicdanı ilgilendiren yeni ahlaki standartlara bağlamıştır.

M.S. 661 yılına kadar Medine, islami aktivitenin merkezi olmaya devam etmiştir. Hz. Muhammed yaşamı boyunca toplumun en yüksek hakemi kabul edilirdi ve her ortaya çıkan sorunu Kur'anın ilgili hükümlerini yorumlayarak çözerdi. Peygamberin 632 yılında ölümü ile birlikte, onun adli yetkisi politik liderliğinin mirasçıları olan halifelere geçti. Halifelerin kararları ile Peygamberin kararları birlikte, Kur'anın genel hükümlerini genişletip tefsir eden bir hukuk külliyyatının gelişmesinin başlangıcını oluşturdu.

Peygamber ve onun halifelerinin kendi adli yetkileri dahilinde karşılaştıkları temel sorun, Kur'anın hükümleri ile örf-adet hukukunun genel standartları arasındaki ilişkinin kesin belirleyicisidir. Toplumun eski ve yeni düzenleri arasındaki gerilim ve uyuşmazlık alanlarından birisi, özellikle en göze çarpanı miras sistemidir. İslam öncesi Arabistan kabileleri ataerkil ya da ata-çizgisel nitelik taşıdıkları için, ölüm halinde miras, sadece *asebe* (*agnatic*) hısımlarına geçmekteydi. Kabilelerin dayanışması, ortak bir atadan torunlara uzanan çizgideki erkek gruplar arasındaki kan bağından kaynaklanır. Bununla birlikte Kur'an ana-baba ve çocuklar arasında var olan yakın aile bağının önemini tekrarlar ve bu dar grup içindeki kadına, müslüman toplumunun en gerçek (uygun=proper) üyesi olarak daha yüksek ve daha sorumlu bir statü verir. Bu politikaya uygun olarak Kur'an, karı, kız çocuk, anne ve kız kardeş gibi daha yakın belirli kadın hısımlara, malvarlığı hakkı olarak sabit küsüratlı paylar (*feraiz*) biçiminde miras hakkı vermiştir. Bununla birlikte Kur'anın kendisinde bazı erkek *asebe* (*agnate*) hısımların miras hakkına ilişkin spesifik düzenlemelerin yer almaması, kabile bağı gereği mirasçılarla Kur'anın öngördüğü mirasçılar arasında sorun yarattı. Miras ahakkı dolaylı olarak aile bağları yapısına ve sorumluluklarına bağlandığından ve askeri fetihlerden dolayı yeni zenginliklerin ortaya çıkması, bunların dağıtım tarzına ilişkin güncel bir ilgiyi doğurduğundan sözkonusu sorun oldukça pratik bir önem kazandı; ve bu konuya ilişkin kararların Peygamber ve Medine Halifelerine atfedilmesi, erken hukuksal gelişme sürecine önemli bir örnek kazandı.

Sa'd'in malvarlığı ile ilgili bir olayda, Sa'd'in ölmesinden sonra dul kalan eşi, Sa'd'in malvarlığının onun en yakın erkek *asebe* hısımları olan kardeşi tarafından kendisine ait olduğu hususunda şikayette bulunarak sözkonusu malvarlığının kendisi ve iki kız çocuğuna ait olduğunu öne sürdü. Peygamber, dul kadının Sa'd'in malvarlığının sekizde birini, iki kız çocuğunun ise toplamın üçte ikisini, geri kalan yirmidörtte beşinin ise Sa'd'in kardeşinin alması gerektiğini emretti. Bu karar, İslamın miras hukukunun altın kuralının nasıl ifade edildiğini ortaya koydu; Kur'anda gösterilen bu hısımlar önce kendileri için buyrulmuş bölümleri almaktalar, sonra da erkek *asebe* hısımları geri kalanı almaktadır. Bu yöntemle, İslamın öngördüğü mirasçılarla örf-adet hukukunun geleneksel mirasçıları, karma bir miras sistemi içinde toplandılar.

Sa'd olayı gösteriyor ki, geleneksel mirasçıların hakkı, Kur'anın düzenlemeleriyle ciddi biçimde azaltılmıştır. (Oysa geleneksel hukukta *asebe* erkek kardeş tek başına mirasçı olacaktı). Ancak yine de ölenin erkek kardeşi, ölenin yaşamdaki kız çocuklarıyla birlikte mirasçı olabilir. Kur'an, bir erkek kardeşin geride kalan bir "çocuk"la mirasçı olamayacağını açıkça beyan etmiştir. Buradaki "çocuk" sözcüğü açıkça "erkek çocuk" olarak anlaşılmalı, dolayısıyla erkek kardeş, murisin erkek çocuğu tarafından mirasçılıktan engellenmekte, fakat kız çocuğu tarafından engellenmemektedir. Bu düşünceler açıkça gösteriyor ki, erken devir otoriteleri, Kur'anın hükümlerini, örf-adet hukukunun kabul edilmiş standartları ışığında yorumlamayı uygun kabul ettiler. Gerçekten, İslam miras hukuku bu temel üzerinde öyle gelişmiştir ki, kan bağı ile birbirine bağlı *asebe* hısımlar genellikle yasal mirasçılar gibi üstün bir durumda kalmayı korumuşturlar. Kur'ana dayanan mirasçıların örf-adet sistemindekilere üstünlükleri basitçe vurgulanarak sadece Kur'anın kendilerine kesin olarak tanıdığı paylarla sınırlı tutulmuştur. Onların miras payları ölenin malvarlığı

üzerindeki ilk sıraya sahip olmasına karşın, Kur'andaki hiçbir mirasçı, erkek *asebe* (*agnate*) mirasçıyı tamamen dışlayamaz. Örneğin, bir miras geride bir kız çocuğunu ve bir de uzak erkek kuzenini bıraksa, Ölenin kız çocuğu kendisine emredilen yarım payı alabilir, kuzen ise geride kalan mirasçı olarak kalan yarım payı (diğer yarısını) alır. Kur'an hükümlerinin bu sınırlayıcı yorumu ve örf-adet hukukunun geleneksel standartlarının sürdürülmesi hiçbir biçimde sadece mirasla sınırlı değildi. Bu durum Medine dönemindeki genel hukuksal gelişmenin temel bir özelliği idi.

M.S. 661-750 yılları arası Emevi hanedanının egemenliği sırasında İslam, sıkı dinsel örgülü bir Medine toplumundan, merkezi yönetimi Şam olan geniş bir askeri imparatorluğa dönüştü. Yerel yöneticiler fethedilen eyaletlerdeki işleri kontrol için atanıyorlardı. Yerel yöneticinin kendi adli yetkisini *kadı* denen resmi bir memura vermesi standart bir uygulama haline geldi. İslam Hukuku uygulamasında gelişen bir farklılık ortaya koymak, *kadı* veya hakimlerin aktivitelerindendi.

Bunun birinci nedeni, kararların Kur'anın metnine ve erken dönem Medine otoritelerinin emsal kararlarına oranı, *kadı*' ların bireysel olarak sahip oldukları dindarlık ve bilgi derecelerine bağlı olmasıydı. Dahası, bu kuralların doğru bir yorumu tek bir yerel adli çevrede bile sık sık görüş ayrılıklarını doğuruyordu. Örneğin, Kur'an ayetlerinden, "kadınlarını boşayanlar için adil bir nafaka" yükümlülüğü getirilmesine ilişkin kocalara yönelik tavsiye hükmünde de aynı şey geçerlidir. M.S. 688'den 702'ye kadar Kahire *kadı*' sı olan İbn-i Hureyre, bu hükmün zorunlu olduğunu ve onun miktarının üç dinarla sabit olduğunu düşünüyordu. Ancak 732 tarihindeki daha sonraki Kahire *kadı*' sı olan Tevbe İbn-i Nemir, Kur'anın buyruğunu yalnızca bireysel vicdana yönelik olduğunu ve bir kocanın bu tazminatı ödemeyi reddettiği zaman, ona, bunu yapması için zor kullanılmaz. Tevbe'nin halefi döneminde bu miktar yine tekrar kesin ve sabit bir hukuksal borç telakki edildi.

Hukuksal uygulamadaki farklılığın ikinci nedeni, *kadılar* kendilerini oldukça değişiklik arzeden yerel örf-adet hukukunun sözcüsü olarak görmeleridir. Örneğin, Arabistan kabile hukukunun geleneksel standartlarının korunduğu Medine toplumunda, hiç bir kadın velisinin izni olmadan kendi kendine evlenme sözleşmesi yapamazdı. Diğer yandan Irak'ın Kufe bölgesi ve daha çok etnik grupların bir karışımının bulunduğu Pers yöresi, kadınların Medinedekinden daha az aşağı düzeyde oldukları kozmopolit bir atmosfer yarattı ve Kufe *kadıları* , kadınların velilerinin müdahalesi olmadan kendi evlenme sözleşmelerini yapabileme haklarını onayladı. Dahası, Bizans, Roma ve Pers hukukunun öğelerinin fethedilen topraklardaki İslam Hukuku uygulamalarına girmesi, bu yerel norm ve standartların kabulü ile olmuştur. Irak *kadıları*' nın, 25 yaşını velayet yaşından çıkma yaşı olarak kabul etmeleri, Roma hukukundaki *curatio*' dan esinlenmeleri ile olmuştur. Oysa Arabistan örf-adet kurallarını takip eden Medine *kadıları*, velayetin sona ermesini, fiziki ergenlikte görüyorlardı. Çeşitli etkiler ve yerel standartların bir sonucu olarak, Emeviler dönemindeki İslam hukuku uygulaması Medine döneminde sahip olduğu birlik ve tutarlılığını kaybetti.

MS. 720 yılından itibaren Emevilere karşı ortak politik düşmanlık dalgası, onların Arap krallığının yasakoyucuları olarak dinin temel ilkelerini yok ettikleri gerekçesiyle kınanmalarına yol açtı. Dindar ulemanın, Emevi mahkemelerinin uygulamaların, Kur'an'ın hükümlerinin ruhuna uygun olarak yerine getirmelerinin başarısız olduğu sonucuna varmaları, İslam dininin doğru etiğinin sistematik olarak yerine getirilmesini temsil edecek davranış kalıplarına ilişkin düşüncelerinin dile getirilmesine neden oldu. Bu amaçla, gevşek nitelikli öğretim birimlerinde gruplaşanlar, erken hukuk okulları diye adlandırılacak okullara şekil verdiler. Bu okullar, İslam Hukuk Biliminin gerçek başlangıcını gösterirler. Bu okulların gelişmesi 750 yılında Abbasilerin iktidarı ele geçirmesiyle büyük bir ivme kazandı; bundan dolayı hukuk uleması, Abbasilerin kendilerini inşa etmeye adadıkları islami nitelikli devlet ve toplumun açıkça mimarı olarak kabul edildiler. Abbasilerden itibaren devam eden süreçte dikkati

çekmesi gerekenler, *fakih* (çoğulu *fukaha*) denen hukukçulardır; çünkü *fukaha*, *kadı*'nın basit bir görevi gereği uyguladığı öğretiyi formüle eden hukukçulardır.

Bu dönemde çeşitli İslam topraklarında bulunan hukuk okullarından ikisi olan Medine ve Kufe okulu özellikle önemliydi. Bu iki okulun amacı, ideal İslam Hukuku projesini formüle etme konusunda aynıydı. Kurumlar ve aktiviteler, Kur'an'da yer alan ilkeler ve erken dönem otorite insanların emsal kararları ışığında sistematik olarak yeniden gözden geçirilerek, bu esas dahilinde onaylandı ya da reddedildi. Ancak, bireysel bir hukukçu bu sınırlar dahilinde kişisel olarak akıl yürütmede (*rey*) özgür oldukları ve hukukçuların düşüncesi doğal olarak kendilerine özgü sosyal çevre tarafından belirlendiği için Medine okulunda tedricen gelişen hukuk öğretisi külliyyatı, Kufe'dekinden az olmayacak derecede farklılık arzetti. Kur'anın açık hükümlerinin ortak alanı ve erken dönem otoritelerini kabul edilmiş emsal kararları dışında, Ernevi *kaduları*'nin yargılamalarında kabul edildiği gibi yerel örf-adet öğretisi tarafından onaylandı. Böylece, iki bölgedeki mahkemelerin ortaya çıkmış uygulamasını takiben Medine öğretisi evlilik sözleşmesinin evlenen kadının velisi tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul ederken, Kufe öğretisi yetişkin bir kadına kendi evlenme sözleşmesini yapabilmesine izin verdi. Hukukta edebi dönemin başlamasıyla, değişik hukuk okullarının esas olarak üzerine temellendirildiği "yerel bağlılık kavramı" yerini, ilk hukuksal eserlerin yazarlarını kişisel yetkisine bıraktı. Malik bin Enes, Medine öğretisinin ilk ipuçlarını ortaya koydu ve Medine Okulu, Maliki Okulu olarak tanınmaya başlandı. Kufe'deki birçok eser veren Şeybani, kendi otorite yazımlarında Ebu Hanife'ye yollama yaptı ve bu yüzden bu okul Hanefi Okulu olarak tanındı. Hukukçuların şimdi yoğun olarak dikkatini çeken konu, öğretinin otoritesi ve onun çıkarıldığı kaynağa ilişkin sorundur; ve bu hukuk bilimi tartışması, değişik okulların hem içinde hem de aralarında daha ileri derecede uyumsuzluk ve anlaşmazlık doğurdu. Tartışma temelde, hukukçuların kendi kişisel usavurma yöntemleriyle Allah'ın iradesini belirlemeye çalışmaları konusunda izinli olmaları gerektiği yönüne çevrildi. Aslında, ilahi vahiyde açık bir metin bulunmadığı durumunda, kabul edilen "görüş açıklama" (*rey*) yöntemi sorgulanmaya başlandı. Birçokları usavurma yönteminin disipline edilmesi gerektiğini ve bunun da oluşmuş kurallardan analogi yöntemleri ya da tümevarım (*kıyas*) yoluyla olması gerektiğini ileri sürdü. Örneğin Hanefi Okulunda kocanın evlenme gereği vereceği mihrin on dirhem olması, hukukçuların *rey*'i ile kabul edilmiş bir sonuçtu ve sözkonusu hukukçular, bu miktardan daha azı ile bir evliliğin yapılmasını uygun olmadığını düşündüler. Diğer yandan, Maliki Okulunda da kıyas yoluyla asgari mihr kuralının saptanmasına ilişkin bir girişim vardı. Kur'an'da hırsızlık için emredilen el kesme cezası ile evlenmenin fiziki sonucu olarak kadının bekaretini kaybetmesi arasında genel bir benzerlik kurulmuştur. Peygamber, çalınan malın değeri asgari üç dirheme ulaşmadıkça, el kesme cezasının uygulanamaz olduğunu emrettiği için, aynı miktar kocanın evlenme durumunda ödeyebileceği asgari sınırı temsil etmesi gerekir.

Bununla birlikte, hukuksal usavurma yöntemine karşı daha radikal bir tutum *Ehl-i hadis* ya da gelenek taraftarı denilen grup tarafından benimsendi. Hanefi ve Maliki okullarının mevcut hukuksal yöntemine muhalif olan bir ulema grubu hukuksal usavurma yönteminin her hangi bir biçimde kullanılmasının hem gayrimeşru hem de gereksiz olduğunu ileri sürdüler. Onlar, Kur'an dışında tek doğru hukuk kaynağının ilahi iradeyi açıklama ve yorumlamaya yetkili olan Peygamber Hz. Muhammed'in uygulaması olduğunu ileri sürdüler. Onun uygulaması veya sünneti her tekil durumda söylediği ve yaptığını betimleyen hadis ve geleneklerden aranıp bulunmalıdır. Kur'an, "insan rehbersiz bırakılamaz" açıklamasını yaptığı için peygamberin sünneti kuşkusuz kapsayıcıdır. Allah'ın hukukunun nasıl olmasına ilişkin spekülasyon usavurma yöntemine kapılmadan daha çok, hadis yoluyla sünneti keşfetmek hukukçuların görevi idi.

Ehl-i hadis 'le hukukçuların geneli arasındaki ilke uyumsuzluğu göstermiştir ki, hukuksal kuramın temel ikilemi, hukuk alanındaki ilahi vahiy ile insan aklı arasındaki kesin ilişkinin belirlenmesinde yatmaktadır. İşte bu noktada, İslam Hukuk Bilimi tarihinde en çok etkileyici niteliğe sahip olan Şafii uleması ortaya çıktı. Şafii, Allah'ın

hukukunun ilahi vahiyden tek elde edebilecek kesin bilgi ilkesini sistematik ve sarîh olarak ilk açıklayan hukukçuydu. O, Kur'an dışında hukukun yegane maddî kaynağının Peygamberin kararları ve önceki verdiği hükümlerde olduğunu ileri sürdü. Hz. Muhammed, Allah'ın seçilmiş bir vasıtasıydı; o sadece Kur'andaki Allah'ın sözünü aktaran bir sözcü olmayıp, aynı zamanda Kur'anda spesifik olarak düzenlenmemiş konularda kutsal hukukun yanılmaz bir yorumcusuydu. Peygamberin hukuksal aktiviteleri ilahi ilhama dayanıyordu. Güvenilir hadisler yoluyla belirlenen onun uygulaması ilahi olarak sünneti belirliyordu ve onun Kur'anı açıklama ve tamamlaması Kur'an yanında Allah'ın hukukunun eşit yetkili kaynağıydı.

Kur'an ve sünnetin hükümleri tarafından spesifik olarak çözülmemiş sorunların ortaya çıktığı durumda Şafiî, usavurmanın gerekli olduğunu kabul ederdi. Fakat bunun yalnızca sıkı bir disiplin ve anoloji yoluyla yapılan usavurma yönteminin yardımcı formu içinde olması gerektiğini düşünürdü. O, hukukun kendileriyle uygun hukuk kuralının formüle edilmesine hizmet eden sonuç ve amaçları rasyonalize etmeye çalışan erken hukuk okullarındaki hukuksal usavurma yöntemlerini kesin olarak eleştirirdi. Bundan dolayı Şafiî, hukukun hizmet ettiği amaçların yalnızca Allah'a ait bir konu olduğunu savundu. Hukuk biliminin işlevi hukuk yaratmak değildi ve fakat onu ilahi vahyin özünden çıkarmaktı ve gerekli olduğu yerde orada bulunan ilkeleri anolojik usavurma yoluyla yeni sorunlara uygulamaktı. Şafiî'nin, hukukun kaynaklarını kesin bir kuramını oluşturmadaki bilinen amacı, bu zamanda açıkça mevcut olmayan bir tekbiçimciliği İslam Hukuk Bilimine sokmaktı. Hukuktaki değişiklik, yerel ve kişisel değerlendirmelerden oluşan erken dönem hukuk okullarının hukuksal yönteminden kaynaklanmıştı -söz konusu yerel ve kişisel değerlendirmeler, özel bir yerin geleneği ve bireysel görüşlerdir. Peygamberin öğretileri olan sünnet de bu geçerli geleneklerden biriydi. Sistematik bir usavurma yöntemi ve müslüman toplumun konsensüsü de aynı nitelikteydi. Şafiî, mevcut hukuk bilimindeki yerel ve sınırlı öğeler yerine, evrensel islami geçerliliğe sahip olan bu uygulamanın kavramlarını koydu. Onun *Risale* '(bu Risaleyi MS. 820'deki ölümünden önce ömrünün son beş yılını geçirdiği Kahire'de kaleme almıştır) sindeki bir ifadesi, öğretisinin bir özetini ve bu öğretinin amacını ortaya koyar. Allah, peygamberin sünneti ve müslümanların ittifakı ile açık kural konulduğu konularda anlaşmazlığa izin verilmez. Bunun haricindeki diğer konularda, ulema bu üç kaynaktan bir işaret bulmak amacıyla kendi muhakemelerini değerlendirebilirler...

Hukuk otoritesini tamamıyla en yüksek düzeyde tutmaya çalışan Şafiî'nin hukuk kuramı, İslam Hukuk Felsefesinin temel amacını açıklığa kavuşturdu ve nihai kabülü temin etti. Bu arada birçok ulema kendilerini, hadisleri sınıflandırma ve toplama yoluyla belgelere geçirme görevine adanmış ve IX. yüzyılın son bölümünde birçok hadis derlemesi ortaya konuldu. Bu derlemler doğru hadislerden yanlışlarını eleme iddiasındaydı. Özellikle bunlardan Buhari ve Müslim'in kaleme aldığı iki eser, Peygamberin sünnetinin hakiki yansıtıcısı olmaları düşüncesiyle her zaman yüksek bir itibara sahip olmuşlardır.

Ancak Şafiî öğretisinin desteklenmesine ilişkin bu aktiviteye karşın, onun tekbiçimci ve müşterek nitelikli İslam Hukuku hayali gerçekleştirilemedi. Gerçekten onun çalışmasının bir sonucu olarak daha önce var olan İslam Hukuk okullarına ek olarak iki hukuk okulu daha katıldı. Şafiî öğretisinin kesin terimlerini mutlak olarak kabul etmeye hazırlananlar azınlık bir gruptu ve bunlar Şafiî Okulunu biçimlendirdiler. Hadis öğretisini daha keskin eksterm noktalara taşımaya çalışanların bir grubundan ise Hanbelî Okulu ortaya çıktı. Bu okulun kurucusu olan Ahmet bin Hanbel (öl. 855), hukuk kaynağı olarak kıyası içeren herhangi bir formdaki insan aklını reddetti ve her hukuk kuralının gerekli otoriteyi sadece Kur'an ve sünnette bulabileceğinde ısrar etti.

Diğer yandan, Maliki ve Hanefilerin kurulu okulları Peygamberin emsal kararlarının otoritesini reddetme konusunda isteksizken, aynı şekilde var olan kendi hukuk otoritelerini bu emsal kararlar ışığında revizyona tabi tutmada da isteksizdiler. Fakat onlar, kendi mevcut hukuk anlayışlarıyla Şafiî kuramının ilkelerini uzlaştırmayı

başardılar. O zamana kadar keşfedilen ve yürürlüğe konulan büyük bir hadis külliyyatından kendi özel öğretilerini destekleyenler ortaya çıkarıldı. Kendi öğretileriyle çelişen hadislerin etkisi ise hukuksal yorum yoluyla en aza indirildi.

Bu adaptasyon süreci tamamlanır tamamlanmaz, Hanefi ve Malikiler hadislerin üstün otorite olduğu ilkesini biçimsel olarak kabul ettiler. Diğer yandan Hanbeliler de kendi orjinal pozisyonlarını, kıyasın, hukukun geliştirilmesinde gerekli bir araç olduğunu kabul ederek değiştirdiler. Böylece, IX. yüzyılın sonuna doğru İslam Hukuk Bilimi bir bütün olarak, Efendi'nin öğretilerini değişik bu dört okulda kabul görebilecek bir formda özümsemeyi başardı.

Yukarıda açıklanan gelişmelerden kaynaklanan klasik hukuk kuramı, ilahi hukuk terimlerini ortaya çıkaracak ilkelerin analiz ve formülasyonundan oluşur. İlahi hukuku açıklamak için girilen genel çalışma süreci *icthah* olarak ifade edilir. *İcthah* çalışmasının tanımında izlenmesi gereken klasik hukuk bilimi, Şafii öğretisini takip etmiştir; bir *müctehit* 'e düşen ilk görev, sorunların çözümünü Kur'an ve sünnette aramaktır. Bu kaynaklarda spesifik herhangi bir düzenlemenin olmadığı durumunda, analogik tümevarım ya da kıyas yönteminin kullanılması gerekir. Ancak, ilahi iradenin açıklamaları olarak yorumlanması gereken otorite açısından değerlendirilen ve düzenlenen *icthah* 'ın sonuçları konusunda, klasik hukuk bilimini kendi *icma* öğretisinin de Şafii'nin hukuk kuramına oldukça önemli bir ilavede bulundu.

Klasik hukukçular tarafından tanımlandığı gibi *icma*, belli bir kuşaktaki nitelikli hukuk ulemasının anlaşması (ittifakı) dır. Ve böyle bir görüş birliğinin yanılmaz olduğu varsayılır.

Tanrı'nın iradesini belirleme girişiminde ulemanın bireysel olarak *icthah* 'ı yalnızca *zann* (conjecture) diye deyimlenen geçici ve olası bir sonuç doğurur. Yine de bu sonuçlar, ulemanın genel uzlaşmasının bir ürünü olduğu zaman Tanrı'nın hukukunun tartışılmaz ve yanılmaz açıklamaları olmaktadır. Böylece *icma*, *icthah* sonuçlarının bütünlüğüne yönelik meşruiyet temin eder. Görüş birliği (icma), Tanrı iradesinin kesin bilgisini ortaya çıkarır; ancak görüş birliğine varılmadığı zaman da değişik görüşler, bu iradenin tanımlanması konusunda yapılmış birer eşit girişim olarak tanınır².

İcma öğretilerinden kaynaklanan sonuçlar, Ortaçağdan itibaren İslam Hukuk Tarihinde egemen oldu. Her şeyden önce *icma*, *bireysel* hukukçularla değişik okullar arasında bulunan temel hukuk öğretisi farklılıklarını tölere eden bir ilke olarak işletildi. Şer'i hukukun değişik versiyonları olgusunun İslam Hukuk Bilimi tarafından kabul edilmesi, Peygamber Hz. Muhammed'e ait olduğu iddia edilen şu sözlere dayandırılır: "Ümmetim içerisindeki görüş ayrılıkları Allah'ın rahmetinin bir işaretidir." Samimi bir çoğulculuk felsefesi içinde bu dört hukuk okulu (Hanefiler, Malikiler, Şafiiler ve Hanbeliler), tek aynı esasın ayrılmaz esası olarak *icma* ilkesi otoritesinin semsiyesi altında harmanlandılar.

Ortaçağdan itibaren devam eden süreçte sözkonusu okullar arasındaki ayırım, değişik İslam bölgelerindeki mahkemelerin tek bir okulun öğretisini tedricen uyguladıkları için, iyice belirginleşti. -Bu sonuç, ya belirli bir bölgenin nüfusunun gönüllü olarak tek bir okulu benimsemesinden ya da belli bir okulun öğretilerine bağlı hakimlerin siyasal otorite tarafından ilgili bölgeye atanmasından kaynaklanmıştır. Daha açık ifade edersek, Hanefi Okulu Ortadoğu ve Hint altkıtasında, Maliki Okulu Kuzey, Batı ve Merkezi Afrika'da, Şafii Okulu Doğu Afrika ve Arabistan yarımadasıyla Malezya ve Endonezya'da egemen olmuştur. Hanbeli Okulu, XIX. yüzyılda siyasal Vahhabi hareketi tarafından resmen benimsenene kadar her hangi bir kara parçasında egemen

² Bu Yahudi inancındaki "Birbirine zıt olan görüşler eşit olarak, yaşayan Tanrı'nın sözleridir." anlayışına benziyor. Hindu Hukuk bilimi, çeşitli uygulamaların örf-adet gibi aynı derecede geçerli olabileceği düşüncesinden dolayı kuramsal olarak tek bir bütündür.

olmayı başaramamıştır. Vehhabi hareketinden sonra bu hukuk, Suudi Arabistan mahkemelerinin uyguladığı hukuk haline gelmiştir.

Bir çok okulun aynı temel öğreti yapısına ve aynı esasa dayanan hukuksal kurumlara sahip olduğu doğrudur. Hanefi ve Malikiler arasında daha önce ortaya çıkan örnek farklılıklardan ve zamanı geldikçe çıkacak diğer farklılıklardan açıkça anlaşılıyor ki, bireysel karakterlere sahip farklı sistemleri temelde temsil eden bu okullar, geniş ölçüde kendi orjin ve gelişme koşulları tarafından biçimlendirilmiştir.

Bu okulların ortak sünni felsefesi, coğrafya ve tarihin, sünni İslam hukuk uygulamasında dört katlı bir bölünmeyi yarattığını gizlememeliydi.

Sünni ya da "ortodoks" İslam terimi, geniş ölçüde bir müslüman çoğunluğu, teolojik sorun ve öğretiler temelinde sünnilerden farklılık gösteren belirli bir azınlık grup ya da mezheplerden ayırmak için kullanılır.

Bu önemli mezheplerden sayısal olan en güçlü olan Şia, sünni inanca muhalif olarak, Hz. Muhammed Tanrı ile temas kuran son kişi olduğunu ve onun ölümünden sonra ilahi esinlenmenin, onun yaşamda kalan kızı Fatıma yoluyla torunlarına geçtiğini iddia etmektedir. Peygamberin bu torunları, Şia tarafından, ilahi adaletle kural koyan kanun yapıcıları ya da *imam* olarak kabul edilirler. Şia, şeriat hukukunun özel bir versiyonuna sahiptir. Bu noktada miras hukuku konusuna ilişkin kısa bir karşılaştırmanın onlarla sünniler arasındaki farkın ne ölçüde olduğunu göstermeye hizmet edebilir.

Miras hukukunun, üzerinde sünnilerin ayrıldığı bir çok yönünün olmasına karşın, tevarüse ilişkin temel şema onların hepsi için aynıdır. Özellikle onlar (sünniler), erkek *asebe* hısımlarının hukuki mirasçı olarak önemli bir yere sahip oldukları ilkesine bağlıdırlar. Bütün zıtlık, Şii Hukukun *asebe* bağı (agnatic tie) kriterini tamamen reddetmesidir. Erkek *asebe* hısımlara ilişkin olarak Şii imam Cafer'in şu sözü söylediği iddia edilir: "Toprak onların ağızlarına olsun!". Şii hukukuna ilişkin erkek ve kadın, *asebe* ve *asebe* olmayan bütün hısımlar tek bir öncelikli sistemde toplanmıştır. Bu sisteme göre anne-baba ve altsoy mirasçılar, erkek ve kız kardeşlerle büyük anne ve büyük babayı mirasçılıktan dışlarlar; dışlanan bu mirasçılar da yeri geldiğinde amca-dayı ve hala-teyze ile onların altsoyunu mirasçılıktan dışlarlar.

Murisin kadın ve *asebe* olmayan altsoyunun kuzenler karşısındaki durumu belki de bu iki sistem arasındaki farkın en açık göstergesidir. Sünni hukukta kız çocuğun erkek ve kız evladın her hangi bir erkek *asebe* kuzen tarafından mirasçılıktan tamamen dışlanırken, kız çocuk, erkek *asebe* kuzenleri (uzak olanları hariç)³ mirasçılıktan dışlamaz. Diğer yandan, Şii Hukukunda her hangi bir altsoy bütün kuzenleri mirastan tamamıyla dışlar.

Bu ayırımın hem sosyal hem de hukuksal önemi vardır. Sosyal ilişkiler açısından, Sünni Hukukun, *asebe* kuzenlerin taleplerini kabul etmesi, geniş aile ya da kabile grubu kavramının oluşmasını sağlar. Diğer yandan Şii Hukuku, ana-baba ve onların altsoyu arasındaki ilişki bağının daha da dar olmasını üstün tutar. Hukuksal açıdan temel sorun, Kur'anın yorumuyla ilgilidir. Sünniler, Kur'anın düzenlemelerinin, mevcut örf-adet hukukuna eklenmiş tedrici reformlar olduklarını ve Kur'an bunları açıkça reddetmediği durumunda zımnen onaylamış olduğunu varsayarlar. Böylece örf-adet hukukunun eski mirasçıları olan erkek *asebe* mirasçılarla Kur'anın spesifik olarak düzenlediği yeni mirasçılar arasındaki miras şeması bir araya gelerek karma nitelik kazandı. Diğer yandan Şia, Kur'an hükümlerinin eski bir uygulamayı tamamıyla durduran ve yeni bir hukuk sisteminin geliştirilmesine ilişkin ortaya konulan ilk

³ Örneğin, babasının babasının kardeşinin oğlunun oğlunun oğlu.

prensipler olduğunu varsayarlar. Onlar (Şiiiler), kadın hısımların hakları üzerinde duran ve *asebe* ilişkisinin önemini hiç bir yerde vurgulamayan bu ilk miras ilklerinden kabile örf-adet hukununun kriterlerini hiçe sayan bir miras hukuku sistemi kurdular. Bunu yapmalarındaki arzuları ise Kur'anın ruhuna ve amacına daha çok uygunluk sağlamaktı.

Şimdi tekrar klasik hukuk kuramının sünni hukuk üzerindeki etkisine dönersek, yukarıda açıklandığı gibi görüş birliği (*icma*), sözkonusu dört okulun değişik öğretilerini eşit olarak meşru kabul etmektedir. Fakat *icma*, aynı zamanda yasaklayıcı ve tekelleyici bir ilke olarak işletilmiştir. *İcma*, kendi yanılmaz otorite şemsiyesini uzlaşmanın konusu olan noktalar dışında mevcut olan görüşler üzerine de koyduğu için, Tanrı iradesinin yanılmaz açıklaması olan *icma* ile çelişik durumdaki daha ileri farklı görüşleri ileri süren çağdaş durum, kesin bir biçimde onaylandı ve böylece sapkın bir mezhebin suçlusu durumuna düştü. Bundan dolayı, Allah'ın hukukunu belirlemeye yönelik bağımsız çaba ya da *icthah* ortadan kalktı. *İcma*, Allah'ın iradesine göre hukuku açıklamada son noktayı temsil eden öğretiye nihai damgasını vurdu; ve İslam Hukuk Bilimi, yaratıcı gücünü "icthah kapısı kapandı" açıklamasıyla kaybettiği kabul edilir.

Bu olgu, *taklit* (imitation) döneminin başladığını gösterir. Bundan böyle hukukçuların *icthah* yetkisi artık yoktu. Onlar artık kendilerinden önce gelenlerin öğretilerini kabul ve takip eden birer taklitçiydiler. X. yüzyıldan itibaren devam eden süreçte hukuk literatürü, öğretiyi ortaya çıkarıcıların çalışmaları üzerine yapılmış gittikçe tükenen yorumlarla sınırlı kaldı. Bu da sadece öz bakımından değil, aynı zamanda biçim ve önceki üstadların düzenlemesine bağlılık şeklindeydi. XIV. yüzyıla doğru, çeşitli İslam bölgesi ve okullarında özel bir itibar sağlayan ve her bir okul için *icma* tarafından onaylanmış yetkili hukuk açıklamasını temsil eden çeşitli hukuk metinleri ortaya çıktı.

Bundan dolayı klasik hukuk bilimi, şariat öğretisinin büyük bir bölümünün gerçek köklerini ortadan kaldırdı. Görüldüğü gibi bu durum, yerel örf-adet uygulamaları ve bireysel alimlerin kişisel usavurma yöntemlerinde mevcuttu. Her bir hukuk kuralı *icma* öğretisi yoluyla Tanrı'nın iradesi ile özdeş duruma geldi. Hukuk, kuramsal olarak toplumdaki çıkmadı; o, topluma yukarıdan aşağıya doğru empoze edildi. Doğru davranış kalıpları ve değerlerine ilişkin bilgi, insan düşüncesi ve deneyiminden değil de, sadece ilahi vahiyden elde edilebildi ve eylemlerin iyi veya kötülüğü yalnızca Tanrı'nın bu sıfatı onlara atfetmesiyle oldu. Arapça hukuk eserleri Tanrı'nın hukukuna ilişkin mükemmel açıklamalarla doluydu. Ve bu (hukuk sistemi), değişmez bir sistem olarak geliştirilmişti. Çünkü Peygamber Hz. Muhammed'ten sonra, tanrısal irade ile insan arasında bir iletişim olmayacaktı. Kısacası, klasik anlamda hukuk, hukuk kitaplarında geniş bir biçimde ve ilahi takdirle açıklanmış yükümlülükler *kodu* idi; ve müslüman bir toplum ve devlet onun ebedi olarak geçerli olan ilkelerine bağlı kalmak zorundaydı.

Böylece somutlaşmış olan Şariat Hukuku kuramsal ve idealist nitelikteydi. Çünkü onun otoritesi, mahkemelerin gözlemlerinden değil, ulemanın onun nasıl gözlemlenmesi gereken argümanlarından kaynaklanıyordu. Dolayısıyla şimdi ortaya çıkan soru, şariat öğretisi metinlerinin uygulamaya ne ölçüde geçirildiğidir; bu soru, *kadı* ya da şariat mahkemelerinin niteliği ve genişliği açısından yanıtlanabilir⁴.

Politik yasakoyucu temsilcilerine yüksek idari ve adli güç verilmiştir; *kadılar* hiç bir zaman bağımsız bir adliye oluşturamamışlardır. Şariat mahkemelerinin yaptığı yargılama, politik iktidarın belirlemeyi uygun gördüğü sınırlamaya tabidir. Şariat kavramları ile yönetimin yararları arasında bir uyumsuzluk çıktığı zaman, politik iktidar şariat mahkemelerinin gücünü yarıda keserek alternatif yargılama organları kabul eder.

4 Roma sistemindeki *iudex* kavramı ile *kadı* kavramı arasında temel bir farkın olduğu gözlenecektir. İslamda hukuka karşı sorumluluk, karar verme aşamasındadır; dolayısıyla Tanrısal iradeyi yürürlüğe koymaktan korkulur. Bu, bir hukuk reformu yöntemi olarak, yasamayı kabul etmenin zorluğunu artırmaya eğilimlidir. *Ed.*

Şeriat mahkemelerinin etkinliği üzerindeki en ciddi sınırlamalardan biri, hukuk ve ceza davalarında uygulanan katı isbat ve usül sistemiyle ilgilidir. İsbat yükümlülüğü kesin ve değişmezdir; ve çoğunlukla bu yükümlülük davacıya aittir. Davacı, ahlaki bütünlük ve dinsel doğruluğu tartışılmayan iki erkek müslüman ve yetişkin olan tanıkların sözel olarak doğrudan gerçeği söylemelerini sağlamalıdır. Eğer davacı isbat yükümlülüğünü yerine getirmede başarısız olursa, davalı ya da suçlanan kişiye tekzip yemini teklif edilir. Kur'an üzerine uygun biçimde yapılmış yemin, yemin eden lehine yargılamayı garanti eder; eğer davalı yemin etmezse hüküm davacı lehine verilir. Bazı durumlarda davacı lehine hüküm verilebilmesi için yemini bu sefer davacı eder. Böyle bir usül veya isbat sistemi ulemanın dinsel idealizminden doğabilir. Fakat bu daha çok, davacıya empoze edilmiş pratik olmayan isbat yükümlülüğünden ve ahlaksız davalıların, sağduyunun varolmasını istediği hukuki ve cezai sorumluluktan kolayca kaçınma ihtimalinden kaynaklanmıştır; zaten şeriat mahkemelerinin hukukun belli alanlarının yürütülmesinde tatmin edici bir organ olmadığı kanıtlanmıştır.

Ceza ve toprak hukuku, şeriat usulünün hantal niteliğini tölere eden politik yararların yer aldığı açık alanlardır; ve kural olarak bu konulara ilişkin yargılama yetkisi, hükümdar tarafından *kadı*' dan daha çok memurlara verilmiştir. Bu memurların güçleri kolektif olarak *mezalim* yargılaması biçiminde iyi ifade edilmiştir. Bir memur tarafından yapılan ve *Sahib el-mezalim* diye bilinen bu yargılama, şeriat mahkemelerine ciddi bir rakip oluşturmak ve İslam Hukuku uygulamasında açık bir dikotomi yaratmak için geliştirilmiştir. İslam devletindeki bütün işlevler kuramsal olarak dinsel nitelikteydi. Fakat, *mezalim* ve şeriat yargılamaları arasındaki ayırım, laik ve dinsel yargılama arasındaki bir bölünmeye çok benzemektedir; *kadı*, Tanrı'nın hukukunun bir temsilcisi olarak görülür. *Sahib el-mezalim* ise hükümdarın hukukunun bir sözcüsü olarak kabul edilirdi.

Genel olarak ifade edersek yönetimin yararı, şeriat mahkemeleri yargılamasını özel hukuk alanıyla sınırlandırmıştır. Fakat dinsel inancın temel ve bütünsel bir parçası olan aile hukuku alanında bile şeriat öğretisi evrensel olarak bütün İslam dünyasında uygulanmamıştır. Şeriat Hukuku Arap dünyasındaki bölgelerin örf-adetleri üzerine bina edildiği için, bu hukuk İslam dinini kabul edenlerin kendi toplumlarının geleneksel yapısına yabancıdır. Ve bu, onların örf-adet hukuklarını şeriatın hepsine veya bir bölümüne uydurmaları sonucunu doğurur. Bundan dolayı, Fas'ın müslüman nüfusunun hemen hemen yarısını oluşturan Kuzey Afrika Berber halkları, değişmez özelliği kadının mirasını reddeden şeriat öğretisiyle büyük ölçüdeki uyumsuzluk durumundaki memur mahkemelerinin uyguladığı örf-adet hukuku ile yönetilmektedir. Hindistan alt kıtasındaki İsmaili Koj, Bohora ve Cutchi Memon toplulukları, Hinduizmden İslama döndükten sonra Hindu hukukunun ölüme bağlı tasarrufa bağlı olan ve ölüme bağlı tasarrufa bağlı olmayan mirasçılık kurallarına göre yönetilmekte ve böylece kendi mal varlıklarını bütünüyle miras dışı bırakma gücünü ellerinde tutmaktadırlar. Kuzey Nijerya ve Keşmir'de gayrimenkul malvarlığı örf-adet kurallarına göre mirasçılara geçmektedir. Müslüman toplum da müslüman yönetim gibi, şeriat mahkemelerinin münhasır yargılama ilkesini sürekli olarak desteklemedi.

Kadı mahkemeleri kendilerinin kabul edilmiş yargılama sınırları içinde bile, sosyal ve ekonomik nedenden dolayı, sınırlı bazı konular bakımından şeriat metinlerinin katı öğretilerinden sapmışlardır. Özellikle bu, klasik hukukçuların yüksek ideallerle ortaya koydukları öğretilerde yer alan özel hukuk işlemlerinde sözkonusudur. Sistematik bir katılık derecesine kadar götürülen riba (haksız kar) ve belirsizlik (*ğarar*) çifte yasaklanması ise, sözleşmelerde ortaya çıkacak her hangi bir spekülasyon riski ortadan kaldırmaya ve ekonomik ve ticari yaşamın pratik talepleri ışığında tamamen realist olmayan standartlar getirmeye yöneliktir. Bu yüzden, şeriat mahkemeleri belirli durumlarda örf-adet hukukunun öğelerini tanıyıp uygulamaktadırlar. Buna örnek olarak, Kuzey Batı Afrika'daki Maliki mahkemelerinin uygulamasında yer alan ve *hamessa* denen tarım sözleşmesi verilir. Bu sözleşmeye göre bir toprağı kiralayıp işleyen kimse ürettiği ürünün beşte dördlük bölümünü kendisi almakta, geri kalan beşte birlik bölümünü ise kira bedeli

olarak toprak sahibine vermektedir. Bu tip bir kira süresi şeriat öğretisinin iki temel özelliği olan "kira bedeli gıda maddesinden oluşmaz" ve "kira bedelinin değeri önceden belirlenmeli ve bilinmelidir" kurallarıyla çelişir. Ancak *hamessa* sözleşmesinin bu bölgede çok yaygın olması, sermaye dolaşımının çok az olduğu bir toplumda ekonomik gereksinimin gerçek bir sonucudur; ve Ortaçağdan itibaren devam eden süreçte bu sözleşme şeriat mahkemeleri tarafından evrensel olarak kabul görmüştür. Diğer konularda sözkonusu mahkemelerin kabul ettiği hileler (*hiyal*) uygulamada destek görmeyen şeriat öğretisinin katı kurallarını bertaraf etmek için düşünülmüştür. Böylece, riba yasağına rağmen karşılıklı sözleşmeler biçiminde yapılabilen faizli bir ödünç sözleşmesini şeriat mahkemeleri uygulayacaklardır. Bu, basit bir çifte satımla oluyordu. Ödünç verici olarak L, X pound değerindeki bir malı nakit ve peşin ödemek koşuluyla alıcı olan B'den satın alacaktır. Daha sonra B, aynı malı X pound+Y (Y, burada kabul edilmiş faiz oranını temsil etmektedir) fiyatla gelecekteki belli bir tarihte ödemek koşuluyla tekrar L'den satın almak için sözleşme yapacaktır. Hanefi ve Şafii mahkemeleri genellikle böyle bir *hiyal* (hile)'in geçerliliğini kabul etmişlerdir. Fakat Maliki ve Hanbeliler eylemlerin arkasında bulunan gerçek niyete büyük önem verdikleri için, temelde yazılı hukukun ruhuna aykırı böyle bir sonuca yol açan bu manipülasyonu tamamen kınamaktadırlar⁵.

Hukuk uygulamasındaki bu çeşit gelişmeler, eğer bunlar, şeriat öğretisinin bekçileri denem ulema tarafından başlatılmışsa desteklenirdi.- Özellikle güncel hukuksal sorunlarla ilgili resmi görüşleri (fetvaları) olan *müfti* ve hukuk danışmanları, klasik öğretiyi müslüman toplumun gereksinimlerine uydurma konusunda geniş ölçüde sorumluluk taşımaktaydılar. Ancak pratik gereksinimden dolayı ortaya çıkan bu ödün, gönülsüzce verildi ve mahkemelerin sıkıca bağlı oldukları klasik eserlerdeki öğretiye bir istisna oluştururdu. Otorite metinlerin katı terimlerinden herhangi bir ayrılış, ideal standarttan bir sapma meydana getirirdi.

XIX. yüzyıl sırasında Batı Medeniyetinin müslüman toplum üzerindeki etkisi, medeni hukuk, ticaret hukuku ve ceza hukukunda köklü değişiklikler meydana getirdi. Şeriat mahkemelerinin bu konularda, hem usul ve hem de bağlı oldukları öğreti açısından tamamen zamanın gereklerine ulaşamaz durumdaydı.

Şeriat Hukukunun özel borç ilişkileri nisbeten Ortaçağ Arap toplumunun basit ticari aktiviteleri üzerine kurulmuştur. Sermaye yatırımı ile ilgili her türlü faiz biçimini tamamıyla yasaklayan bu sistem, modern ticari ve ekonomik gelişmeler sisteminin gereksinimini karşılamaktan oldukça uzaktır. Aynı şekilde modern devlette destek bulmayan bir konu da, şeriatın ceza hukukudur. Her şeyden önce hırsıza verilen el kesme cezası ve zinadan dolayı verilen taşlama (*recm*) cezası gibi belirli suçlara verilen *had* cezaları hümanizma açısından artık kabul edilemez. İkinci olarak şeriata göre adam öldürme, suçtan daha ziyade özel bir zarar niteliğindedir. Bu suçun takip edilmesi mağdurun hısımlarının isteğine bağlıdır; onlar, suçlunun kısas gereği öldürülmesini, öldürenin tazminat olarak kan parası (*diyet*) ödemesini veya tamamen affedilmesini isteyebilirler. Adam öldürme kavramı gibi böyle bir makul düşünce bir kabile toplumu bağlamında ele alınabilmektedir ki artık bu, modern devletin niteliğine uygun bir şey değildir. Son olarak, belirli altı *had* suçu (şarap içme, zina, zina iftirası, hırsızlık, yol kesme ve dinden dönme) dışında, Şeriat Hukuku yargıca hemen hemen keyfi olarak suç ihdas etme ve dolayısıyla cezalandırma hakkı verir. Böyle keyfi bir adli güç, Batı ceza hukuku düşüncesinden etkilenmeye başlayan müslüman halkların tepkisini çekmektedir.

Bu düşüncelerin bir sonucu olarak, XIX. yüzyıl, Şeriat ceza ve medeni hukukunun birçok ülkede ortadan kaldırdığına ve bunların yerine Avrupa hukuk *kod* 'larının büyük ölçüde iktibas edildiğine tanıklık etti. Böylece, Şeriat Hukukunun biçimsel

⁵ Açıkçası onların (Maliki ve Hanbelilerin) bölgelerindeki faizin sosyal ve ekonomik içeriği daha çok tartışmalıdır ve faizin tamamen yasaklanması ile maruz kalınan kayıp faizle ödünç para vermenin, sermayeye ihtiyaç duyan birisinin sömürüsü olarak görülmeyen diğer bölgelerden daha azdır.

olarak hukukun bütün alanlarında üstünlüğünü koruduğu Arap Yarımadası hariç, İslam Şeriat Şukukunun bu yüzyılın başından itibaren uygulaması çoğunlukla aile hukuku alanıyla sınırlı kaldı.

Ancak buradaki reform hızı dahi yakında kendini göstermiştir. Anlaşıldığı üzere, Şeriat aile hukuku büyük ölçüde İslamın erken çağlarındaki Arap kabile toplumunun ataerkil özelliğini yansıtmaktadır. Doğal olarak, bu hukukun belirli kurum ve standartlarının, modern müslüman toplumun ve özellikle kabile bağlarının ayrıştığı ve kadınlara özgürlüklerinin verilmesine ilişkin hareketlerin ortaya çıktığı kent bölgelerinin koşulları dışında kaldıkları hissedildi. İlk etapta, müslüman toplum, modern yaşamın değişen koşulları ile medeni ve ceza alanlarında Batı *kod'* larının benimsenmesine yol açan ve değişmezliği iddia edilen hukuk arasındaki açık bir çıkmazla karşı karşıya geldiği gözlemlendi. Bundan dolayı, Türkiye için 1926'da olası görülen tek çözüm, şeriat hukukunu tamamen değiştirip yerine İsviçre Aile Hukukunu kabul etmektir. Bununla beraber hiçbir müslüman ülke bu örneği takip etmiş değildir. Bunun yerine, geleneksel şeriat hukuku değişik yollarla çağdaş toplumun koşullarına adapte edilmiştir. Bizim son incelememiz ve aynı zamanda en önemli ilğimiz, İslam Hukuk Tarihinin temelde konusunu oluşturan, modern gelişmelerin anlamının uygun bir biçimde değerlendirilmesi olduğu için, İslam Aile Hukukunun en son evrimi çarpıcı bir olgu oluşturmaktadır.

Ortadoğu'da başından beri var olan temel sorun reformların hukuksal temeline ilişkindir. Bu reformlar, onların, İslam Hukuk Bilimi kuramı açısından sahip oldukları sosyal istenebilirlik ve haklılaştırma olgularından vazgeçmeleri demektir. Ortadoğudaki reformlar tartışmasız olarak yasalar biçiminde devlet otoritesinin resmi açıklamasıyla yürürlüğe konmuştur. Bu bakımdan onları modernist bir yasama aktivitesi olarak göstermemek uygun değildir. Ancak bu reformlar kelimenin tam anlamıyla bağımsız bir yasa-yapma olgusunu temsil etmezler. Bunlar Allah'ın hukukunu veya Şeriatın bir versiyonu olan politik iktidarın yorumlarını temsil edici nitelikteydi ve yine bunlar otoritesini temelde Şeriat'tan alan ve hukuksal ilkeleri değişmez bir biçimde açıklayan "yasama" faaliyetine giriş nitelikteydi.

Modern reformun erken dönemleri sırasında, taklit öğretisine biçimsel olarak uyuldu ve bu Ortaçağ hukuk eserlerinin en üstün ve tekelleşici olduğuna ilişkin geleneksel görüşle açıkça çelişmedi. Reformun temel esası, geleneksel hukuk metinlerinde açıklanan yönetim ve *siyasa* öğretisi ile politik otoritenin gerçek anlamda yasama gücüne sahip olmamasına karşın, yine de Şeriat Hukukunun mahkemeler tarafından etkin olarak uygulanmasını sağlamak için idari düzenlemeler yapma hak ve yetkisine sahip olduğuna ilişkin özel ilke yatmaktadır. Bu idari düzenlemeler ya da reformcuların deyimyle *kanun*, iki şekilde kullanılırdı.

İlk olarak bunlar Şeriat mahkemelerinin bağlı olduğu delil ve usul sistemine ilişkin olabilirlerdi. Mahkemeler belirli usul gereksinimlerini karşılamayan davalarda değerlendirme yapmamak konusunda talimat alırlardı. Bu tip bir düzenleme en basit biçimiyle, belirli dava türlerinde gerekli olan yazılı delil oluşturmak için kullanılırdı. Örnek olarak, geleneksel Şeriat Hukukuna göre evlenme veya boşanma en ideal olarak tanıkların sözleriyle isbat edilmeliydi. Fakat, *Mısır Şeriat Mahkemelerinin Teşkilat ve Usulüne İlişkin 1897 tarihli Kanun*, "hiç bir evlenme ve boşanma iddiası veya bunlara ilişkin bir itiraf, sahte harlık şüphesinden uzak belgelerle desteklenmedikçe taraflardan birinin ölümünden sonra dinlenilmez" hükmünü içermektedir. Bununla birlikte aynı tip düzenleme, Mısır'da çocukların evlenmesi sorunuyla ilişkin daha ilginç bir konu için kullanılmaktadır. 1931 tarihli *Mısır Şeriat Mahkemelerinin Usulüne İlişkin Kanun*, daha önceki bazı hükümleri birleştirerek, "evlenme sözleşmesi sırasında gelinin onaltı yaşından güveyinin ise onsekiz yaşından küçük olması durumunda evlenmeye ilişkin hiç bir uyuşmazlık iddiası dinlenilmez" hükmünü getirmektedir. Bu reform başlangıçta usule ilişkin düzenlemelerden (bu düzenlemeler, kayıtlı olmayan evlenmelerden çıkan uyuşmazlıkların dava konusu edilmesi yasağı ile belirtilen yaşların altındaki tarafların yaptıkları evlenme sözleşmelerinin kaydedilmemesi hususunda yetkili memurlara emir

vermeyi içeriyordu) kaynaklanmasına karşın, daha sonra velayet altındaki evlenen küçüğün velisinin evlenmeye ilişkin asli velayet hakkını açıkça etkilemiştir. Küçükler arasında yapılan bir evlilik tam olarak geçerli kabul edilmiş, ancak bu konuda bir uyumsuzluk çıktığı zaman bu, mahkemelerin adli yetkisinin konusunu oluşturmaz. Teoride, klasik otoritelerin öğretisiyle bir çelişki olmadığı; fakat uygulamada çocukların evlenmesi kurumunun ortadan kaldırılmasına ilişkin bir girişim oldu.

Hindistan'da bu dolaylı reform yönteminin aksine olarak, geleneksel Hanefi Hukukunun yerini doğrudan 1929 tarihli *Çocukların Evlenme Yasası Kanunu* aldı. Bu Kanun, on dört yaşından küçük kızlarla on altı yaşından küçük erkek çocukların evlenmesini cezalar getirerek yasakladı.

Ortadoğu'da reform gerçekleştiren idari gücün kullanılmasına ilişkin ikinci alan, mahkemelere, uygulamak zorunda oldukları değişik mevcut kurallar arasından özel bir kural konusunda kendilerine talimat verilmesiyle ilgilidir. Ashında, Şeriat Hukuku kendi içinde karşılaştırmalı bir hukuk sistemidir. Azınlık ve çoğunluk görüşü açılarından ya da güçlü görüş ve daha az güçlü görüş açılarından hukukun açıklanmasına sadece sünni hukuk içinde yer alan dört ayrı okul değil, aynı zamanda aynı hukuk okulunda yer alan farklı bireysel hukukçular da neden olmuşlardır. Şeriat Hukukunun karşılaştırmalı niteliği, klasik dönemin sonlarından itibaren şeriat öğretisinin genel varyasyonlarına adanmış bilimsel çalışmalardan kaynaklanmıştır. Örneğin, XII. yüzyılın ünlü bir hukuk eseri olan *El-Muğni*, Hanbeli alimi İbn-i Kudame tarafından kaleme alınmıştır. Bu eser, değişik okul ve hukukçuların farklı öğretilerinin eleştirel bir değerlendirmesi ve karşılaştırmasına yöneliktir. Bu tür çalışmaların gelişmesiyle okullar arasındaki engeller gittikçe ortadan kalkmakta ve bu durum, klasik hukuk felsefesini, Şeriatın eşit ve meşru görünümü olarak daha önce kabul edilmiş anlayışı andırmaktadır. Hukuk bilimi, bir kuralın veya bir görüşün "doğruluğunun", göreliliği kavram olduğunu ve her bir farklılığın kendine özgü haklılığı bulunabileceğini ve dolayısıyla hiç bir görüşün diğerlerine karşı bir üstünlüğünün olamayacağını kabul etmiştir.

Bu arkaplan, Ortadoğu hukukçularının, yönetimin sadece Hanefi hukukçuların görüşlerinden değil aynı zamanda bir bütün olarak Şeriat öğretisinin dört eğilimin görüşlerinden de özgürce seçim yapabileceğini ilkesini desteklemesini sağladı. Bu kural, çağdaş toplum koşullarına en uygun olduğu varsayıldı ve mahkemelere diğer değişik kuralların uygulanması konusunda talimat verildi.

Bu "seçim" usulü örneklerinden birisi boşanmaya ilişkin 1920 tarihli Mısır yasamasıyla ilgilidir. Bu tarihe kadar yürürlükte olan Hanefi Hukuku, kocanın evlilikle ilgili işlediği bir suçtan dolayı karyaya, boşanmak için dava açma hakkı tanımamıştır. Bu durumun, terkedilmiş veya kötü muameleye maruz kalmış kadın için büyük sıkıntı yarattığı kabul edildi. Bununla birlikte Maliki Hukuku karyaya, evi terketme, geçim ve destek sağlamama gibi kocanın *inter alia* kötü davranışlarından dolayı evliliği sona erdirmeye hakkını vermektedir. Dolayısıyla, Mısır yasaması Maliki Hukukunun bundan böyle şeriat mahkemeleri tarafından uygulanması gereken hukuk olarak kanunlaştırdı.

Hint altkıtasındaki İslam Hukuku pozisyonunu bu konular bakımından tekrar karşılaştırmak öğretici olacaktır. Burada boşanma hukukundaki temel benzer reformlar 1939 tarihli *İslami Evliliklerin Feshedilmesi Yasası* ile gerçekleştirilmiştir. Ancak Hindistan reformları Maliki kurallarını benimsediğini iddia ederken, bu Yasadaki bir çok hüküm gerçekte Maliki Okulunun temel ilkelerine aykırıdır. Hindistan yasama meclisinin geleneksel Şeriat Hukukunu doğrudan iptal etmesi örneğine kadar bu Yasaya iyi riayet edilmesinin nedeni budur⁶.

⁶ Bu örnekler, Hindistan'ın, common law'un yasa yapımına ilişkin post-reformation ilkelerine olan borcunu göstermektedir. Parlamento vicdani konular hakkında bile geçerli olarak yasa yapabilir. Ed.

"Seçme" yöntemi, sünni hukuk bilimi tarafından birer otorite olarak kabul edilen değişik görüşler arasından sadece birini seçmekle yetindiği müddetçe, reformcular belki de haklı olarak kendilerinin hala taklit öğretisini izlediklerini iddia edebilirlerdi. Fakat, reformcular, otoritesini yalnız bir okuldan ve soyutlanmış bir hukukçunun bireysel görüşünden alan kodifiye kuralları kabul ettikleri ve bir bütün olarak dört sünni okulun kabul edilmiş öğretisi konusunda uyuşmazlığa düştükleri zaman, böyle bir iddia daha şüpheli hale geldi. Yasakoyucular, otorite araştırma konusunda *icma* ile kurulmuş geleneksel sınırların ötesine geçiyorlardı. Son olarak, onlar *telfik* (parçaları biraraya getirmek) diye ifade edilen bir aktiviteye başvurdular. Buna göre, hukuk kuralları görünüşte değişik kök ve niteliğe sahip olan hukuksal görüşlerin ve bunların öğelerinin biraraya getirilmesiyle oluşturuluyordu. Sonuçta yine herhangi bir okulun ya da bireysel olarak bir hukukçunun görüşüne göre hiç bir otoritesi olmayan bir kural formüle ediliyordu. Bu aşamaya ulaştığı zaman, Şeriat öğretisi de kendi içinde taşıdığı bu değişiklik kapasitesi ve hareketliliğinin tamamen kötüye kullanıldığı açıkça ortaya çıkmaktadır. *Taklit* iddiası biçimsellikten öteye geçmedi.

Taklit öğretisi açıkça son yirmi yıl boyunca giderek artan bir biçimde itiraza maruz kalmıştır. Ortaçağ eserlerinde bir çok konuya ilişkin olarak kaydedilmiş hukuk, erken dönem hukukçuları tarafından Kur'an ve sünnetin ilahi metinleri üzerine yapılmış yorumları temsil ettikleri oranda artık tek ve üstün otorite olma özelliğine sahip değildirlir. Modern hukuk bilimi, bu yorumları reddetme ve ilahi vahyin orjinal metinlerini bağımsız bir biçimde yeniden yorumlama hakkını istemektedir: Kısacası X. yüzyıldan beri teorik olarak kapalı olan içtihat kapısını yeniden açmak istemektedir. Tarihte, içtihat kapısının kapanması öğretisini hiç bir zaman kabul etmemiş XIV. yüzyıldaki Hanbeli İbn-i Teymiyye gibi bazı ulemanın adları yer alır. Ve XIX. yüzyılın sonunda Mısırlı büyük hukukçu Muhammed Abduh, bir hukuksal reformun esasına yönelik olarak, Kur'an ve sünneti modern koşullara göre yeniden yorumlanmasını savunmuştur. Aynı şekilde Hindistan'da İkbâl gibi alimler, eğer İslam kendisini modern dünyaya başarılı bir biçimde uyurlamalıysa, *İctihat* 'ın kullanılması günümüz kuşağının sadece bir hakkı değil, aynı zamanda görevi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak, on yüzyıldır devam eden hukuk geleneğinde tam bir kopukluğu temsil eden bu tez, doğal olarak şiddetli bir tartışma yarattı. Ve sadece son zamanlarda pratik bir anlam kazandı.

İctihat 'ın bir hukuksal yorum metodu olarak gelişen kullanımı, 1953 tarihli *Suriye Kişi Halleri Yasası* ile 1957 tarihli *Tunus Kişi Halleri Yasasının* çok evlilik ve *talak* 'la ilgili terimlerinin bir karşılaştırılması yapılarak anlaşılabilir. Bir kocanın aynı anda dört kadınla evlenmesine ve istediği zaman tek taraflı bir beyan (*talak*) 'la karısını boşamasına ilişkin sınırsız hakkına hiç bir sünni okul itiraz etmemiştir. Şeriat aile hukukunun ataerki sisteminin bu özelliği, doğal olarak modern reformcuların dikkatini çekmiştir.

Çok evliliğe ilişkin olarak Suriye reformcuları, kocanın kendilerinin geçimi ve yardımı için uygun garantiyi sağlamadıkça Kur'anın kendisini birden çok kadınla evlenmemesini önerdiğini ileri sürmüşlerdir. Klasik hukukçular, bu ayetin sadece kocanın vicdanına bağlı ahlaki bir tavsiye olduğu yönünde yorum yapmışlardır. Ancak, Suriye yorumcuları bu ayetin, çok evliliğin bir pozitif hukuksal önkoşulu sayılması ve dolayısıyla mahkemeler tarafından uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu yeni yorum, mahkeme tarafından evlenme izni verildikten sonra evlenmelerin uygun biçimde kaydedilmesi zorunluluğunu getiren normal bir idari düzenleme ile birleştirildi. Buna bağlı olarak, sözkonusu Suriye Yasasının 17. maddesi, "*kadı*, daha önce evli olan bir erkeğin, geçimlerini sağlayamayacak durumunda olduğu zaman ikinci kadınla evlenmesi konusunda izin vermeyebilir" hükmünü getirmektedir. Tunus reformcularının yaklaşımı daha uç niteliktedir. Onlar Kur'anın, kocanın karılarını geçindirme konusundaki mali gücüne ek olarak birlikte yaşayan karılara tamamıyla tarafsız davranılması koşulunu da getirdiğini iddia etmişlerdir. Kur'anın bu emri sadece basit bir ahlaki tavsiye olarak değil, *çokkarılılık* 'ın hukuksal önkoşulu olarak değerlendirilmeli ve kocanın gerçekten tarafsız davranacağına ilişkin yeterli belirtiler (deliller) ortaya çıkmadıkça ikinci evliliğe izin

verilmemelidir. Ancak reformcular, modern sosyal ve ekonomik koşullar altında böyle bir tarafsız muamelenin pratik bir imkansızlık olduğunu ileri sürmüşlerdir. *Çokkarılılık* 'a ilişkin temel koşul yerine getirilmediği için 1957 tarihli *Tunus Kişi Halleri Yasası*, " çokkarılılık yasaktır" hükmünü kısaca beyan etmiştir.

Kocanın tek taraflı *talak* beyanı konusunda sözkonusu Suriye Yasası cesur bir yenilik getirmiştir. Buna göre, koca haklı bir neden olmaksızın tek taraflı beyanı (talak) ile karısını boşadığı zaman, mahkeme kocayı, karısının bir yıllık geçimini sağlama konusunda tazminata hükmedebilir. Bu reform da yine, geleneksel hukukçular tarafından, hukuken yerine getirilmesi gereken bir emirden daha çok ahlaki bir nitelik taşıdığı genellikle kabul edilen sözkonusu Kur'an ayetlerine Pratik bir yürürlülük kazandırmayı temsil etmektedir. (Bu ayetler, kocaya boşadığı kadına adil bir nafaka vermesini ve karılarını şefkatle yanında tutmasını veya onları bir nedene dayanarak (iyice düşünerek) boşamasını emretmektedir). Dolayısıyla Suriye Yasasının etkisi, kocanın *talak* 'taki saikini mahkemenin incelemesine tabi tutmak ve koca bu gücünü sınırlı da olsa kötüye kullanmışsa, onu cezalandırmak olmuştur. *Talak* 'a ilişkin Tunus *icthāt* 'ı daha radikaldir. Buradaki reformcular, koca ile karı arasında bir anlaşmazlık çıktığı zaman, Kur'anın, hakemlerin atanmasını emrettiğini ileri sürmüşlerdir. Koca tarafından yapılan bir *talak* beyanı, açıkça eşler arasında bir anlaşmazlık durumunun olduğunu göstermektedir. Yine aynı şekilde, resmi mahkemelerin Kur'ana göre zorunlu olan hakemlik işlevini yerine getirme konusunda en uygun nitelikte oldukları açıktır. Bu nedenlerden dolayı *Tunus Kişi Halleri Yasası* 'nın 30. maddesi, kocanın mahkeme dışı *talak* 'la boşanma hakkını, "mahkeme dışı yapılan boşamanın hukuksal sonucu yoktur" diyerek ortadan kaldırdı. Koca *talak* 'ta ısrar ederse mahkemenin evlenme sözleşmesini feshetme zorunda olmasına karşın, karının boşanma yüzünden maruz kaldığı zararlardan dolayı, mahkeme kocayı tazminata mahkum etme konusunda sınırsız yetkiye sahiptir.- Fakat uygulamada bu yetki şimdiye kadar az kullanılmıştır.- Dolayısıyla *çokkarılılık* ve *talak* bakımından Tunus'un, Kur'anı yeniden yorumlayarak gerçekleştirdiği reformlar, Türkiye'nin daha önce İsviçre Medeni Kanununu iktibas etmesinden daha az radikaldir. Pakistan'da orjinal ilahi vahiy metinlerinin yeni bir yorumu, 1961 tarihli *Müslüman Aile Yasaları Fermanı*'nin ortaya koyduğu reformların ilan edilmiş esasıydı. Bu Ferman'ın *çokkarılılık* ve *talak* 'la boşanmaya ilişkin hükümleri Ortadoğu reformlarından daha az radikaldir. Çünkü ikinci evlilik basit bir biçimde Hakemlik Konseyi'nin onayına bağlıdır ve kocanın yaptığı *talak* 'ın sonucu, tarafların uzlaşmasını sağlayabilmek amacıyla sadece üç ay ertelenebilir.

Bununla birlikte, Pakistan'daki son adli kararlar, Kur'anın bağımsız yorumlanması hakkını açık bir şekilde onaylamıştır. Örnek olarak, *Hursid Bibi'nin Muhammed Emine karşı açtığı 1966 tarihli dava* 'da⁷ Yüksek Mahkeme, müslüman bir karının, kocasına uygun bir tazminat ödeyerek boşanabilme hakkının olabileceğine karar vermiştir. Bu karar, mahkemenin Kur'anın ilgili ayetini yorumlaması sonucu verilmiştir. Geleneksel şeriat hukukunda *khul* diye bilinen bu boşanma biçimiyle karının, kocasını boşamasına karşılık ona tazminat ödemesi, eşler arasındaki bir sözleşmeyle olmaktadır ve bu da tamamen kocanın serbest iradesine bağlıdır. Geleneksel şeriat eserlerinin otoritesi konusundaki temel soruna karşı, mahkemelerin şimdiki tutumu önceki uygulamayla tamamen çelişmektedir. *Aga Muhammed'in Gülsüm Bi Bi'ye karşı açtığı 1897 tarihli dava* 'da⁸ Kral Konseyi, mahkemelerin böylesine büyük bir antikanın yorumcularının ve yüksek otoritenin açıklamalarına aykır olarak kendilerinin Kur'ana anlam vermelerinin yanlış olacağını beyan etmiştir.

Bu, İslam kişiler hukukunun halihazır sorunlarını çözmede, modernist hukuk bilimine yardımcı olan reform hareketinin zamanını belirleyecek büyük bir süreç

⁷ (1967) Pakistan Legal Decision, 97 (S.C)

⁸ L.R.24. Ind.App. 196;A.A.A.Fyzee, Cases in the Muhammedan Law of India and Pakistan (Oxford, Clarendon Press, 1965), pp. 1-4

olmuştur. Bununla birlikte, modernist hukuk yönteminin, kendi dayandığı ilkelerin kesin ve sistematik bir şemasını formüle eden aşamaya henüz geldiği sanılmamalıdır. Son on yıl esnasında, *ta'kid* öğretisinden yeni *icthar* ilkesine kadar hukuk biliminde açık bir gelişme yaşandığı halde, reformun temel bir ilkesi olan bağımsız yoruma hiçbir biçimde başvurulmaz. Günümüzde, gelenekçi ve modernist öğelerin, çoğunlukla yasamanın tek bir parçası olmaları konusunda bir araya gelmeleri kolay değildir. Reformların, temel ilkelerinin karşılaştırmalı bir formülasyonundan daha çok, tekil sorunlara dönük kısmi ve ani çözümler olmalarının nedeni de budur. Örneğin, sünni miras sisteminin geleneksel bütün şeması, geniş aile ya da kabile ailesi kavramı üzerine dayanır. Fakat bugün birçok müslüman toplumda birim, anne-baba ve çocuklardan oluşan daha dar aile grubudur. Dolayısıyla miras hukukundaki birtakım önemli reformlar, bu sınırlı aile grubunun miras haklarının artmasına yönelmiştir. Bununla birlikte, sünni hukuktaki kabile mirasçılarının haklarını koruyan temel kural, murisin kız çocuğunun, herhangi bir erkek *asebe* kuzen hısımları mirastan dışlamamasıdır. Bu kural sadece Tunus ve Irak'ta henüz kaldırılmıştır ve kız çocuklarına mirasta erkek kardeşler veya murisin uzak *asebe* hısımlarına göre mutlak öncelik hakkı verilmiştir. Irak'taki reform, ulusal hukuk olarak Şii miras sisteminin benimsenmesiyle gerçekleştirilmiştir. Irak bağlamındaki bu reform, diğer yerlerde olabildiği gibi o kadar radikal bir adım değildi. Çünkü Irak nüfusunun yaklaşık yarısı gerçekten şii'dir. Tunus'ta yapılan reform, murisin bir çocuğunun olması durumunda erkek veya kız kardeşe miras hakkı tanımayan Kur'an metnine dayandırılmıştır. Fakat İslam dünyasının diğer yerlerinde bu konudaki geleneksel hukuk, oldukça derin köklü çatışmalar geçirmiştir. Bununla birlikte, bu hukukun günümüz aile bağları kavramı ile uyumsuzluğu çoktur.

Çünkü modernist ve gelenekçi tutumların göreceli gücü ülkeden ülkeye göre değişir. Mevcut İslam Hukukunun özü, İslam dünyasının değişik bölgelerine göre oldukça farklılık arzeder. Üstelik dış etkiler bu hukukun uygulanmasının biçim ve yönteminde değişiklik yaratmıştır. Ortadoğu'da Şeriat Hukukunun kodifiye edilmesinin temel nedeni Fransız etkisidir. Diğer yandan, Hint altkıtasındaki İslam Hukuku uygulaması, İngiliz Hukuk geleneğini izler. Mahkemeler yazılı hukuk kurallarına bağlı olarak, İslam Hukukunun emsal karar öğretisine dayanan *Case-Law* sistemine göre uygularlar. Fakat bu durum sadece Hindistan ve Pakistan'da söz konusudur. Şeriat aile hukuku şimdi Mısır ve Tunus'ta ulusal hukukunun bütünsel bir parçası olarak tek tip mahkeme sistemiyle uygulanır. Diğer yerlerde şeriat mahkemeleri ayrı bir yargılama sistemi olarak devam eder. Bu mahkemeler, laik medeni ve ceza hukukunu uygulayan mahkemelerden ayrıdır.

Öz ve biçimin bu karmaşık çeşitliliğine karşın, mevcut İslam Hukuk Biliminin temel amacı yine de bütün ülke ve topluluklarda aynıdır. Bu amaç, günümüz toplumunun ihtiyaç ve isteklerine, Allah'ın emrini açıklama iddiasında olan yasalar yoluyla yanıt vermektir. Şimdiye kadar devam eden geleneksel hukuk reformunun ilke ve uygulama bakımından hala büyük sorunları vardır. Hiç değişmeyen gelenekçi bir görüş, *icthar* sürecini kesin bir biçimde redderek, metinlerden salt manipüle yoluyla elde edilen anlamın, reformcuların önyargılı amaçlarına hizmet ettiğini ve dolayısıyla bunun, hukukun nihai belirleyicisi olan Allah'ın iradesi olmadığını ve İslamın temel ideolojisi ve sosyal istenebilirliğine aykırı olduğunu ileri sürer.

Hukuksal reformun pratik etkisi bakımından, bugün birçok müslüman ülkesinde, Batılı modernist azınlıkla nüfusun büyük muhafazakar kesimi arasında derin bir sosyal uçurum vardır. Genellikle gelişen kent toplumu standartları tarafından teşvik edilen ve bunları tatmin etmeyi amaçlayan reformlar, kırsal bölgelerin gelenekçi toplulukları için çok az şey ifade ederler. Ayrıca, *kadı* 'ların arkaplan ve eğitimleri gereği modernist yasakoyucuların amaçlarına tamamen sempati duymadıkları durumu da sık sık ortaya çıkar.

Doğal olarak böyle sorunlar İslamın da şimdi içinde bulunduğu sosyal evrime geçiş aşamasında yer alır. Son birkaç on yıl zarfında hukuk biliminin en büyük başarısı,

toplumdaki hukukunun rolü sorununa işlevssel yaklaşım olmuştur. Hukuk bilimi, taklit öğretisinin erken Ortaçağ dönemlerinden itibaren kendisi üzerine empoze ettiği içe dönük ve idealist tutumunu terkederek çağdaş toplumun sorunlarına çözüm aramaya başladı. O, ilahi iradenin dikta ettiği ilkeleri kendi sosyal çevrelerine aktarmayı amaç edinen erken dönem müslüman hukukçularının tutumunu tekrar benimsemek için uzun dönem içinde bulunduğu durgunluktan çıkmaktadır. Şeriatın bir pratik hukuk sistemi olarak modern zamanlarda yaşamasını sağlayan ve bu isteği geleceğe taşıyan işte bu tutumdur.

BİBLİYOGRAFYA

İslam Hukuk Sisteminin tarihsel gelişimi, hukuk bilimi kuramı ve maddi hukukunun çok önemli alanlarına ilişkin genel bir inceleme aşağıdaki üç çalışmada yer alır.

J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford University Press, 1964).

J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (New York and London, 1959).

N.J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh University Press, 1964)

Araştırmacılar şu kitap bibliografyalarına başvurabilirler; özellikle bu husustaki modern gelişmeler konusunda J.N.D. Anderson tarafından kaleme alınan makaleler önemlidir.

J. Schacht, *The Origins of Muhammedan Jurisprudence* (Clarendon Press, Oxford, 1950). Bu eser, bu konunun önde gelen alimleri tarafından yazılan erken hukuk tarihi gelişmeleri hakkında yapılmış modern araştırmalara ilişkin temel bir çalışmadır.

Abdur Rahim, *Muhammedan Jurisprudence* (Madras, 1911). Bu eser geleneksel hukuku kuramının güçlü bir eseridir.

Farhat J. Ziadeh, *The Philosophy of Jurisprudence in Islam* (Leiden, 1961) Bu eser günümüz İslam hukukçularından Subhi Mahmassani'nin Arapça eserinin İngilizce çevirisidir.

Law in the Middle East, ed. M. Kadduri and H.J. Leibesny (Washington, 1955). Bu eser, müslüman ülema ve Oryantalistler tarafından İslam maddi hukukunun modern ve geleneksel yönlerine ilişkin olarak yazılmış derleme bir çalışmadır.

A.A.A. Fyzee, *Outlines of Muhammedan Law* (Oxford University Press, 1955). Bu çalışma, bugün Pakistan ve Hindistan'da uygulanan İslam Hukukuna ilişkin standart bir metindir.

The Encyclopaedia of Islam (1st. ed. Leiden, 1913-42; 2nd. ed, Leiden and London, 1960). Tekil hukuksal konular hakkında yazılmış birçok makaleden oluşur.

HAKEMLERİN MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİME MİLLİ OLMAYAN KURALLARI UYGULAMALARI

Yavuz Kaplan*

GİRİŞ

Milletlerarası ticari nitelikli bir uyuşmazlıkta, tarafların tahkime uygulanacak olan hukuk konusunda anlaşmış olmaları halinde, hakemler bu seçilmiş olan kanunlar ihtilafı kurallarını olaya uygulayacaklardır. Taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde ise, hakemler uyuşmazlığın çözümüyle ilgili olarak, kendilerini bir hukuki boşluk içerisinde bulacaklardır. Doğal olarak böyle bir durumda, hakemlerin en kolay ve emin bir şekilde uygulayabilecekleri hukuk, kendi mensubu oldukları veya ikamet ettikleri yerin kanunlar ihtilafı kuralları olacaktır. Ancak, milletlerarası bir ticari uyuşmazlıkta, tarafların açık bir seçimlerinin olmamasına rağmen, hakemlerin esasa uygulanacak hukuk konusunda, belirli bir milli kanunlar ihtilafı sisteminden hareket etmemelerinin doğru olup olmayacağı tartışmalıdır.

Hâkimler, uyuşmazlık konusu ilişkinin mahiyeti ne olursa olsun, gerek şekli, gerekse maddi hukuk planında *lex fori*' nin tayin ettiği çerçeveyi aşamazlar. Milletlerarası ticaret hakemleri ise, tarafların iradi bir seçim yapmamış olmaları halinde, kendilerine rehberlik edecek bir *lex fori*' ye sahip değildirler. Bu nedenle, tarafların uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak kurallar konusunda bir seçim yapmamış olmaları halinde, hakemler, bu kuralların nasıl belirleneceğini gösteren bir metodu seçmekle serbesttirler.

Onların bu tercihlerini milli bir kanunlar ihtilafı sistemi yönünde mi, yoksa milli hukuklardan bağımsız bir kanunlar ihtilafı sistemi veya kuralı yönünde mi kullanmaları gerektiği yönünde değişik görüşler beyan edilmektedir.

Bu görüşlerin ilki, milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin, sonuçta milli hukuk düzenleri içerisinde aranması gerekeceğini beyan eden klasik anlayışı ifade eder. Teorik anlamda, ticari tahkime ilişkin bir uyuşmazlıkta, tarafların hakemlerce uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını seçmemiş olmaları halinde, hakemlerin milli olmayan bir kanunlar ihtilafı kuralını seçmeleri gerektiği yolunda görüşler beyan edilmektedir. Ancak, milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarının nasıl ve nereden bulunacağı ve hangi kriterlere göre uygulanacağı konusu buradaki başlıca sorunu oluşturmaktadır. Milletlerarası ticari tahkimde, davanın, dünyanın herhangi bir yerinde görülmesi, hakemlerin değişik ülke ve hukuk sistemlerinden gelmesi, tarafların farklı ülke vatandaşı olmaları veya farklı ülkelerde ikamet etmekte olmaları doğaldır. Hakem mahkemelerinin bu durumu, onların belirli bir bağlama noktasını esas alarak, belirli bir zaman ve mekana göre, milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarını seçmelerini güçleştirmektedir. Milletlerarası alanda, yeknesak bir milli olmayan kanunlar ihtilafı kuralları oluşumu da söz konusu olmadığı için, bu kavramın teorik bir söylemden öteye geçebildiğini söylemek zordur. Zaten, bu konudaki liberal yaklaşım, milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması konusunda, tarafların kendi serbest iradeleriyle belirli bir kanunlar ihtilafı sistemini veya kuralını seçmemiş olmaları halinde, mutlaka herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının içinden geçerek maddi hukuk normuna ulaşma metodunu değil, doğrudan doğruya maddi hukuk normunun tahkime uygulanması anlayışını benimsemektedir.

İkinci olarak, biz, tarafların milletlerarası ticari tahkime uygulanmasını istedikleri maddi hukuk veya kanunlar ihtilafı kurallarının seçmemiş olmaları halinde, hakemlerce milli olmayan kuralların uygulanmasından; uyuşmazlığa öncelikle, *lex mercatoria* denilen

* Arş.Gör. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Devletler Özel Hukuk Anabilim Dalı

milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak ortaya çıkmış bulunan maddi hukuk kurallarının uygulanmasını anlamaktayız. Tarafların ad hoc tahkim usulünü benimsemelerine rağmen, bazı konularda hukuki boşluk bırakmış olmaları halinde de, hakemler bu kuralları uygulamak suretiyle boşluğu doldurma yoluna gideceklerdir.

Üçüncü olarak, tarafların MTO tahkimi gibi, kurumsal tahkim usullerinden birinin uyumsuzluğa uygulanmasını seçmiş olmaları halinde de, ortaya çıkabilecek boşluklar, tarafların anlaşamamaları halinde, bizzat hakemler tarafından, kurumsal tahkimden tarafların elde etmeyi amaçladıkları hukuki menfaatlere paralel olarak serbestçe doldurulabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkimin özünde, esas olarak tarafların iradesi yatmaktadır. Bunun için, tarafların tahkime ilişkin herhangi bir konuda irade beyanında bulunmamış olmaları halinde, hakemlerin, onların tahkim usulüne başvurularındaki temel tercih sebeplerini ve bu konudaki iradelerini yorumlayarak, bu boşluğu doldurmaları gerekecektir. Bu usul, tarafların, hakemlerce uyumsuzluğun esasına uygulanacak olan, kanunlar ihtilafı kurallarını veya doğrudan uygulanacak maddi hukuk kurallarını seçmemiş olmaları halinde de izlenmelidir.

Gerçekten, tarafların aralarındaki uyumsuzluğu herhangi bir devlet mahkemesine değil de, bir milletlerarası ticari hakemlik merkezine veya değişik ülkelere mensup hakemlere çözdürmek istemeleri, onların milli hukuka dayalı çözüm şekillerini dışlayarak, uyumsuzluğu milletlerarası bir platforma oturtmak istediklerinin açık bir göstergesidir.

Milletlerarası ticari tahkimde, millî olmayan hukuk kurallarının seçimi, tahkimin amacına ve tarafların menfaatlerine daha uygun düşmektedir. Özellikle devlet ve devlet kuruluşları ile özel şahıslar arasındaki sözleşmelerde ve farklı ekonomik ve politik sistemlerden gelen taraflar arasındaki sözleşmelerde millî olmayan hukuk kurallarının uygulanması, milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaçlarına daha uygundur. Böylece taraflar, belirli bir hukuk düzenini seçtikten sonra, o hukuk düzeninde sonradan söz konusu olabilecek keyfi ve tek tarafı koruyan muhtemel değişikliklerden dolayı, zarara uğramaktan da kurtulmuş olacaktırlar. Zira, bu tür değişiklikler sözleşmenin tarafları arasında ciddi boyutlarda tehlike ve güvensizlik ortamı oluşturabilecektir. Bu tehlike ve güvensizlik ortamı, ancak, milletlerarası ticari tahkimin, milli hukuk sistemlerinin dışına çıkılarak, milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkelerine ve hemen hemen tüm milli hukuk sistemlerinde ortak olarak yer alan hukuk kurallarına tabi kılınması suretiyle bertaraf edilebilir.

Milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması kavramından neleri anlamamız gerektiğini böylece belirttikten sonra, bizim seminer çalışmamızın konusunun da, milletlerarası ticari tahkime, bu milli hukuklar dışı maddi hukuk kurallarının uygulanması olduğunu ifade edelim. Çalışmanın kapsamı maddi hukuka ilişkin kurallarla sınırlı olacak ve usul hukukuna ilişkin olarak belirtme zarureti hissettiğimiz bazı konularda ise, bu husus özellikle belirtilecektir. Konu ile ilgili olarak, önce milli olmayan kuralların hukuki niteliği ve bu kurallara tabi olmanın gerekliliği ile, hukuki sonuçları ve tenfiz edilebilirliği üzerinde durulacak; daha sonra ise, milletlerarası ticari tahkim alanında milli olmayan kuralların uygulanması ile ilgili düzenlemelerde, milletlerarası sözleşme hükümlerine yer verilecektir.

I. GENEL OLARAK MİLLİ OLMAYAN KURALLAR VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Günümüzün çağdaş akımlarına göre, milletlerarası ticari tahkimin tabi olacağı hukuki rejim, genel olarak milli hukuk düzenleri içerisinde yer almamaktadır. Oysa, klasik anlayışa göre, milletlerarası ticari tahkimin tabi olacağı hukuki rejim, milli hukuk düzenleri içerisinde aranmaktadır. Zira, nihai olarak milletlerarası olarak nitelendirilen

tahkimde, somut olaydaki maddi ve hukuki vakıalardan hareket edilerek belirlenecek bir devletin kanunlar ihtilafı kurallarının tahkime uygulanacağı görüşü beyan edilmektedir¹.

Ancak, milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin belirlenmesi konusundaki bu klasik anlayışın, bazı durumlarda uygulamaya elverişli olmadığı ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak, milletlerarası ticari tahkimin tek bir hukuk sistemi içinde sonuçlar doğurmadığı, milletlerarası ticari alanda sonuçlar doğurduğu yolunda görüşler beyan edilmiştir².

Gerçekten, münferit devletlere ait mevzuattan arındırılmış bir milletlerarası hakem kararı fikir, ticari ve ekonomik bakımdan uygundur. Zira, taraflar arasındaki yapılan milletlerarası ticari sözleşmeler, herhangi bir devletin milli kanun hükmüne tabi olsalar bile, söz konusu sözleşmeye dayanılarak verilecek hakem kararları, birden fazla devlet ülkesinde sonuçlarını doğuracaktır. Bu nedenle, milletlerarası ticari tahkimle ilgili doğacak uyumsuzluklarda bu gerçek dikkate alınarak, verilen kararın milletlerarası alanda tenfiz edilebilme özelliğini taşımasına da dikkat edilmelidir³.

Hakemliğe milliyet izafe etmek, onu sonuç olarak belli bir milli kanunun kapsamına dahil etmek demektir. Bu durumda her hakem kararı ve hakem sözleşmesi, belirli bir devlet hukukuna tabi olacak ve böylece *lex fori*'nin hükümleri uygulanacak demektir. Halbuki böyle bir durumda, milletlerarası hakemlikten veya milletlerarası hakem kararlarından bahsetme olanağı yoktur⁴.

Ancak günümüzde, milletlerarası ticaret hukukundan doğan uyumsuzlukları çözüme bağlayacak devletler üstü bir mahkeme bulunmadığı için, milletlerarası uyumsuzlukların çözümünde devletin müdahalesini kabul etme zorunluluğu vardır. Ancak devlet bu yetkisini kullanırken de, haiz olduğu nitelikten dolayı, milletlerarası tahkimi yerel tahkim ile aynı hukuki rejime tabi tutmamalıdır⁵.

Genel olarak, milli olmayan kanunlar ihtilafı kuralları ile milli olmayan maddi hukuk kurallarının kaynağı olarak, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası ticari tahkim uygulanmasında genel kabul görmüş uygulamalar ile hukuki teamüller gösterilmektedir⁶.

Milli olmayan kurullar ile mahalli hukuk kuralları arasındaki en önemli nitelik farkı, bu ikisinin hakim veya hakemler tarafından uygulanmalarındaki ihtiyarilik veya zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Hâkimler bir kanunlar ihtilafı sorunu ile karşılaşmalarında *lex fori*'nin kurallarını uygulamak zorundadırlar. Aksi halde pozitif hukuka aykırılık söz konusu olacağından, kararın bozulması gerekecektir. Milli olmayan kurullar ise, tarafların iradesine bağlı olarak, milletlerarası ticaret hakemlerince bir tercihin ifadesi olarak uygulanmaktadır. Hakemler, önlerine gelen davanın kapsam ve özelliklerine göre milli olmayan bir kanunlar ihtilafı veya maddi hukuk kuralını uygulamakta ve bu kuralların uygulanmasının olaya uygunluğu ölçüsünde tercihlerini bu kurullar yönünde kullanmaktadırlar⁷.

1 MANN, F.A. : *Lex Facit Arbitrum. International Arbitration. Liber Amicorum for M.Domke*, Ed.P.Sanders.The Hague 1967. sh.160.

2 AKINCI, Z. : *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994. sh.60.

3 KORAL , R.: "Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı" (Hakem Kararlarının Milliyeti). *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar.II.Tahkim Haftası*.Ankara 1984. sh.26.

4 KORAL,Hakem Kararlarının Milliyeti. sh.28.

5 ŞANLI, C.: "Milletlerarası Ticari Tahkimde, Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu" (Tahkim Yerinden Ayrılma). *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi. Bildiriler-Tartışmalar.II.Tahkim Haftası*.Ankara 1984 .sh.174.

6 ŞANLI, C.: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk)*. Ankara 1986.sh.249-250.

7 ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*. sh.251.

Nitekim, milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin milli hukuk rejimleri dışında aranması gerektiğini savunan görüşe göre, taraflar uyumsuzluğa bir devlet mahkemesi yerine, milletlerarası ticari tahkim kurumu veya değişik milletlere mensup hakemlerin bakmasını isteyebilmelidirler. Bu istek onların uyumsuzluğun milletlerarası bir platformda giderilmesi yolundaki iradelerinden kaynaklanmaktadır. Yani taraflar, mahalli mahkemelerce uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının bertaraf edilmesini sağlayabileceklerdir⁸.

Bu görüşe göre, hakemlerin davanın çözümünü sağlamak üzere, milli hukuk sistemleri dışında maddi kurallar belirlemeleri halinde, bu belirtilen kuralların uygulanması mümkün olmayabilir. Milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak ortaya çıkan bu kurallar "lex mercatoria" olarak adlandırılmaktadır⁹. Tanınmış Fransız hukukçu Rene David, bir memleket hâkiminin milletlerarası ticari uyumsuzlukları giderebilme konusunda, uyumsuzluğun esasına milli hukuklar dışında ve duruma daha elverişli olan kuralları araştırıp bulması gerektiğini söylemiştir. Onun bu konudaki görüşlerinin yayımlanması ile birlikte, Fransa'nın bir diğer tanınmış hukukçusu olan Berthold Goldman, gelişmeye başlamış bu kurallar için, ilk defa "lex mercatoria" terimini kullanmıştır¹⁰.

Milli hukuklar dışında, milletlerarası ticaret hukuku alanında doğduğu ve gelişmekte olduğu söylenen bu kuralların; tarafların iradelerine bağlı olarak, bu hukuka tâbi şekilde yürütülmüş ve sonuçlandırılmış hakem kararlarını milletlerarası hakem kararları olarak algılayan bir anlayış da mevcuttur. Ancak bu anlayış, milletlerarası ticaret camiasının kendi hukukunu belirleyecek derecede teşkilatlanması ile geçerlilik kazanabilecektir. Günümüz itibarıyla, bu düzeye geldiğini söyleyebilme olanağı yoktur¹¹. Ancak, gün geçtikçe bu konuda daha çok ilerleme kaydedildiğini söyleyebiliriz.

Milli hukuk sistemleri dışında var olan ve milletlerarası ticaretin uygulamaları arasında gelişmiş olan bu kuralların hakemlerce dikkate alınması gerektiği, birçok milletlerarası ticari uyumsuzluklara ilişkin düzenlemelerde açıkça yer almıştır. Örneğin, 1981 tarihli Fransız Medeni Usul Kanununu değiştiren Kararname, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olması halinde, hakemlerin davanın çözümünde kendi uygun gördükleri kuralları uygulayacakları ve her halde milletlerarası ticari örf ve adet kurallarını göz önünde bulunduracaklarını öngörmektedir¹². Yine bu kuralların dikkate alınması gerektiğine yer veren düzenlemelere örnek olarak, 1961 Avrupa Sözleşmesi VII/1, 1976 UNCITRAL tahkim kuralları 33/3 ve MTO Tahkim Kuralları 13/5. maddesini verebiliriz.

II. MİLLİ OLMAYAN KURALLARA TABİ OLMA NEDENLERİ

Milletlerarası ticari uyumsuzlukların giderilmesi konusunda milli olmayan kuralların uygulanması düşüncesinin temelinde, milletlerarası tahkim prosedürünün milli hukuk sistemlerinin kısıtlayıcı ve engelleyici kurallarından kurtarılacak, milletlerarası ticaret hayatının dinamizmine uygun, esnek, liberal ve tarafların beklentilerine karşılık veren bir kurum olarak gelişmesini sağlama amacı yatmaktadır¹³.

Milletlerarası ticari tahkim ile yerli tahkim, özellikleri itibarıyla birbirinden farklıdır. Bu fark milli mevzuatta ve mahkeme kararlarında vurgulanmıştır¹⁴. Milletlerarası ticari tahkim sadece bir devlet hukuku ile bağlantılı olmayıp birden çok

⁸ LEW,J.D.M.:Applicable Law in International Commercial Arbitration.New York 1978.sh.287; ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk.sh.251.

⁹ AKINCI, sh.61; KORAL, Hakem Kararlarının Milliyeti.sh.29.

¹⁰ KORAL, Hakem Kararlarının Milliyeti. sh.28-29.

¹¹ NOMER,E.: Devletler Hususi Hukuku, B./, İstanbul 1990, sh.487.dn.243.

¹² AKINCI, sh.61.

¹³ ŞANLI, Tahkim Yerinden Ayrılma, Sh.176.

¹⁴ AKINCI, sh.62.

devleti ve birden çok hukuk sistemini ilgilendirmektedir. Bu nedenle milletlerarası ticari tahkimi milli hukuklar içinde yer alan sistemlerden birine yerleştirmeye çalışmak yerine, onun milli hukuklar dışındaki özerk niteliğinin tanınması gerektiği yolunda görüşler beyan edilmektedir¹⁵. Bu görüşün temel düşüncesi, milletlerarası ticari hakemlerin belli bir *lex fori* 'ye sahip olmadıklarından kaynaklanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, ihtilafın esasına uygulanacak hukuk belirlenirken, başvurulabilecek bir *ex fori* 'nin kanunlar ihtilafı sistemi de bulunmamaktadır¹⁶.

Milletlerarası ticari tahkimin milli tahkim sistemlerinden ayrılması gerektiği görüşünü savunanlar, tahkim yeri ülkesi ile milletlerarası ticari tahkim arasındaki ilişkinin genellikle hukuki değil, subjektif gerekçelere dayandığını ileri sürmektedirler. Bu noktadan hareketle, taraflar özellikle seçmedikleri takdirde, tahkim yeri ülkesinin tamamen yerli ilişkiler düşünülerek düzenlenmiş bulunan kurallarının, milletlerarası ticari tahkime uygulanmasının yerinde olmayacağı görüşü beyan edilmektedir. Zira, bu görüşe göre, milletlerarası ticari tahkim ile tahkim yeri arasındaki ilişkinin böylesine zayıflamış olduğu bir durumda, tahkim yeri mahkemelerinin bu tür kararlar üzerindeki muhtemel sınırlayıcı ve engelleyici etkisinin bertaraf edilmesi gerekmektedir. Böylece milli mahkemeler, yerel menfaatleri olmadığı için milletlerarası ticari tahkim alanına müdahalede bulunmayacak ve milletlerarası ticari tahkim prosedürü her türlü yerel olumsuz etkilerden kurtarılmış bir şekilde, tarafsız ve özel bir çözüm yolu olarak işleme devam edecektir¹⁷.

III. MİLLETLERARASI TİCARİ HAKEM KARARLARINA MİLLİ OLMAYAN KURALLARIN UYGULANMASININ SONUÇLARI VE BUNUN AMACA UYGUNLUĞU

Öncelikle belirtelim ki, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuka tabi olmaması konusu ile milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması konusu, birbiriyle bağlantılı olmakla beraber, iki ayrı konudur. Bizim burada özellikle belirtmek istediğimiz husus, tahkime taraf olan kişilerin, milli hukuklarca düzenlenmiş bulunan tahkim usullerini dışlayarak, tahkim konusu olan uyumsuzluğa milli olmayan kuralların uygulanmasını istemelerinin doğuracağı sonuçlardır. Ayrıca, milli olmayan kuralların uygulanmasının, tarafların tahkimden bekledikleri amaca ulaşabilmeleri konusunda, ne gibi etkilerinin olabileceği üzerinde de duracağız.

Milletlerarası ticaret hayatında, tarafların tahkim usulünü seçmelerindeki sebepler muhtelifdir. Örneğin tahkimdeki çabukluk, ucuzluk, gizlilik ve ihtilafı uzman olan bir kimseye çözdürme arzusu bu sebeplerden bazılarıdır. Ancak milletlerarası ticaret hayatında tahkim usulünün seçilmesinin genel sebebi, tacirlerin ihtilaflarını milli yargı düzenlerinin dışında, tarafsız kurum ve kurallar çerçevesinde çözdürme arzusudur. Bu arzunun, yerel kanunlar ihtilafı sistemlerinin sıkı sıkıya uygulanması ile ortaya çıkacak çözümleri dışladığı da açıktır¹⁸.

Tarafların aralarındaki ihtilafı belli bir devlet mahkemesine de değil de, bir milletlerarası ticari hakemlik müessesesine veya başka ülke kökenli hakemlere sunmaları, onların ihtilaflarını milletlerarası bir düzeyde halletmek istediklerini göstermektedir. Böylece taraflar, ihtilafın çözümünde hakemler tarafından yerel olarak tatbik edilen kanunlar ihtilafı tekniklerinin kullanılmasını da, zımnen dışlamış olmaktadır. Bu nedenle, bir milletlerarası ticari tahkim olayında, tarafların hakemlerce tatbik edilecek olan kanunlar ihtilafı kuralını veya bir maddi hukuk seçimini yapmamış olmaları halinde; onların genel iradelerinin, hakemlerin, milli olmayan ve milletlerarası nitelikte sayılan bir

15 LEW, sh.61.

16 AKINCI, sh.62.

17 AKINCI, sh.63 : ŞANLI, Tahkim Yerinden Ayrılma. sh.176-177.

18 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk. sh.248.

kanunlar ihtilafı kuralını veya maddi hukuk kuralını uygulamaları yönünde olduğunu kabul etmek gerekir¹⁹.

Bu bağlamda milletlerarası ticari tahkim kurumunun milli hukuk sistemleri dışında ele alınmasının en önemli sonucu, tahkim usulüne ve ihtilafın esasına milli hukuk dışı kuralların uygulanması ile, milletlerarası ticari tahkimin bağlayıcı gücünü tahkim yerinden aldığı görüşünün terkedilerek, tahkim yeri mahkemelerinin bu tür hakem kararları üzerindeki denetim yetkilerini tekrar gözden geçirmeleri olacaktır²⁰. Nitekim, milletlerarası ticari ilişkilerin yoğun olarak yaşandığı birçok gelişmiş ülkede bu yönde ilerlemeler vardır. Bu düşünce yapısının hukuki dayanağı ise, milletlerarası ticaret hayatını tahkime bağlayıcı nitelikte gelişmiş, milli hukuklar dışı bir özerk hukuk sistemine sahip olduğu düşüncesidir²¹.

Örneğin, Belçika Hukuku'nda, 1985 yılında Medeni Usul Kanunu'nda yapılan bir değişikliğe göre, Belçika'da, Belçika vatandaşı olmayan kişiler arasındaki bir ihtilaf hakkında verilen hakem kararlarının, tahkim yeri ülkesi olan Belçika Hukuku'ndan tamamen soyutlanması mümkündür. Kanun, taraflara milletlerarası ticari tahkimin milli hukuk dışı kurallara tabi tutulmasına izin vermekte ve bu nitelikteki hakem kararlarını, tahkim yeri hukukunun denetiminden ayırmak gerektiğini beyan etmektedir. Belçika Medeni Usul Kanunu'nun konu ile ilgili 1717. maddesi şöyledir :

“Belçika Mahkemeleri, ancak hakem kararına konu olan ihtilafın taraflarından birinin Belçika vatandaşlığına haiz veya Belçika'da mukim veya Belçika'da kurulmuş bir teşebbüs veya Belçika'da şubesi bulunan bir gerçek veya tüzel kişi olması durumunda, hakem kararının iptaline ilişkin davaya bakabilir.”

Kanunun emredici niteliğinden dolayı, Belçika'da yabancılar arasında söz konusu olacak tahkimde, taraflar, ilgili hakem kararının iptali konusunda, Belçika mahkemelerinin yetkili olmasını iradi olarak dahi kararlaştıramayacaklardır²².

Yine Fransız Hukuku'nda, Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 1496. maddesi uyarınca, ihtilafın esasına tarafların seçmiş oldukları hukuk uygulanacaktır. Böyle bir seçim yapılmamış olması halinde ise, ihtilafın esasına uygulanacak olan hukuku hakemler belirleyecektir. Her halde milletlerarası ticaretin örf ve adetleri göz önüne alınacaktır. Fransız Hukuku'nda milli hukuklar dışı kuralların seçilmesi mümkün olduğu gibi, *lex mercatoria*'nın kurallarına milli hukukların üstünde (supranational) bir nitelik tanınmaktadır.

Fransız Hukuku'nda, 1981 tarihli bir kararname ile, tahkim yeri ülkesi mahkemesinin milletlerarası ticari hakem kararları üzerindeki klasik etkisi, yeniden ele alınmış ve klasik görüş uyarınca, hakem kararlarının bağlayıcı gücünü tahkim yeri ülkesinden aldığı görüşü ve tahkim yeri ülkesinin iptal ettiği bir hakem kararının, diğer ülkelerde tenfizinin mümkün olmayacağı görüşü reddedilmiştir. Fransa'da verilen bir milletlerarası ticari hakem kararı üzerinde, ancak söz konusu kanunda belirtilen hususlar bakımından Fransız mahkemelerinin denetim yetkisi vardır. Bu haller özetle, geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunmaması, hakem mahkemesinin oluşumundaki düzensizlik, hakemin yetkisini aşan hususlarda karar vermiş bulunması, tahkim usulünün tabi tutulduğu kurallara riayet edilmemiş bulunması, hakem kararının tanınma ve tenfizinin kamu düzenine aykırı bulunması halleridir. Fransız Hukuku'nda bu sayılan iptal sebepleri dışındaki bir sebeple iptal edilmiş bulunan bir hakem kararının tenfizinin mümkün olabileceği belirtilmiştir²³.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun, milletlerarası ticari hakem kararlarının iptali ile ilgili 190 (2). maddesi de, iptal sebeplerini yukarıda Fransız Medeni

19 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk. sh.249.

20 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk. sh.249.

21 AKINCI. sh.64.

22 AKINCI, sh.87.

23 AKINCI, sh.88-89.

Usul Kanunu'nda belirtilen nedenlerle sınırlı saymıştır. Hatta daha da önemlisi, Kanun'un 192. maddesi gereği, tarafların yapacağı bir sözleşme ile, 190. maddede liberalleştirilmiş olan bu iptal sebeplerinin, bütünüün bertaraf edilmesini de mümkün kılmıştır²⁴.

Çalışmamız açısından, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nu incelediğimizde, Kanun'un İsviçre'de verilmiş olan, milletlerarası nitelikli ticari tahkim, yerel tahkimden farklı kurallara tabi tuttuğunu, tahkim usulüne ve ihtilafın esasına uygulanmak üzere, milli hukuklar dışı kurallar seçme hususunda taraflara serbesti tanımakta ve tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararı üzerindeki denetleyici ve engelleyici yetkisinin ortadan kaldırılmasına izin vermekte olduğunu görüyoruz²⁵.

IV. MİLLİ OLMAYAN KURALLARA GÖRE VERİLEN BİR HAKEM KARARININ TENFİZİ SORUNU

Tahkime milli olmayan kuralların uygulanmasının, yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı, kazanan taraf için oldukça cazip olduğunu belirtmiştik. Ancak, kaybeden tarafın hakem kararının geçerliliğine karşı başvurabileceği yolların ortadan kaldırılması da, tahkim kurumuna olan güveni ortadan kaldırabilecektir²⁶.

Günümüzde, Avrupa'nın önemli tahkim merkezi konumundaki ülkelerinin, daha fazla tahkime gidilmesi amacıyla, mahkemelerinin tahkim üzerindeki denetimini azaltma veya kaldırma eğilimi içinde oldukları görülmektedir. Ancak milletlerarası ticari hakem kararlarının herhangi bir milli hukuka tabi olmaması düşüncesinin milli hukuklar tarafından desteklenmesinin, bu düşüncenin hukuki temellerine olan inançtan çok, tahkim piyasasından daha fazla pay alabilme kaygısına dayandığı ileri sürülmektedir. Ayrıca, herhangi bir milli hukuk sistemine tabi olmaksızın verilen bu tür hakem kararlarının, belle bir hukuki statüye sahip olmaması nedeniyle temelsiz olduğu ve uygulamada bir çok hukuki sorunlar doğuracağı şeklinde görüşler de mevcuttur²⁷.

Şimdi milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması ile ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz itirazların neler olduğunu inceleyelim.

A- Uyuşmazlığın Çözümünde Tahkim Yeri Ülkesinin Emredici Usul Kurallarına Aykırı Karar Verilmesinin Tenfize Engel Olacağı İtirazı

Bu konuda klasik görüş, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuklardan ayrılması düşüncesinin temelinde, milletlerarası ticari tahkime evsahipliği yapabilme kaygısının yattığını ve bu görüşün milli hukuklarca benimsenmesinin nedeninin, ekonomik düşüncelere dayandığını ileri sürmektedir²⁸.

Klasik görüş ayrıca, milletlerarası ticari tahkim ile kararın verildiği yer ülkesi hukuku arasında sıkı bir bağlantı olduğunu savunmakta ve bu kararların bağlayıcı gücünün tahkim yeri ülkesi hukukuna dayanması nedeniyle, söz konusu hukukun emredici usul kurallarına aykırı hareket edilemeyeceğini beyan etmektedir. Oysa, milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması ile ilgili olarak, hem usul hukuku, hem de maddi hukuk kuralları bakımından, hem devletlerin milli hukuk sistemlerinde, hem de milletlerarası düzenlemelerde birçok değişiklikler yapıldığı da bir gerçektir²⁹.

24 AKINCI, sh.90-91.

25 AKINCI, sh.91.

26 AKINCI, sh.64.

27 AKINCI, sh.64-65.

28 AKINCI, sh.65.

29 AKINCI, sh.64-65.

Yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler doğrultusunda, milletlerarası ticari hakem kararlarının tenfizi ile ilgili en önemli düzenleme, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'nin V. maddesine göre, tahkim usulüne uygulanacak kurallar taraflarca serbest olarak belirlenecektir. Tarafların bu konuda herhangi bir irade beyanında bulunmamış olmaları halinde, tahkim yeri ülkesinin hukukunun dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu nedenle tahkim usulünün, tahkim yeri ülkesi hukukuna tabi olması zorunluluğu yoktur³⁰.

1958 tarihli New York Sözleşmesi, milletlerarası ticari hakem kararlarının tenfizinin kolaylaştırılması konusunda, çok önemli liberal hükümler içermektedir³¹. Bu hükümlerden biri, çifte tenfiz (double exequatur) olarak adlandırılan, hakem kararlarının kesinleşmesinde, verildiği ülke mahkemeleri tarafından tasdik edilmesi gerekliliğinden vazgeçilmiş olmasıdır³².

Milletlerarası ticari hakem kararının, tahkim yeri ülkesinin usul hukukunun emredici kurallarına aykırı olması nedeni ile, tahkim yeri ülkesi mahkemelerince iptal edilmesi durumunda; milletlerarası ticari tahkimin milli tahkimden ayrılmasına karşı çıkan görüş, bu tür kararların uygulamada tenfiz edilemeyeceğini ve başarısızlığa mahkum olduğunu iddia etmektedir. Bu konuda özellikle New York Sözleşmesi'nin V (1) (e) maddesindeki, aleyhine hakem kararı verilmiş bulunan tarafın, kararın verildiği ülke kanunu veya tabi olunan kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmün icrasının geri bırakıldığına ilişkin iddialarını ispat etmesi halinde, hakem kararının tanınması ve icrasına engel olabileceği yolundaki hüküm mesnet kabul edilmektedir³³.

B- Uyuşmazlığın Çözümünde Esasa Milli Hukuklar Dışı Kuralların Uygulanmasının Tenfize Engel Olacağı İtirazı

Uyuşmazlığın esasına milli hukuklar dışı kuralların uygulanmasının tenfize engel olabileceği yolundaki itirazlar bakımından konuyu ele alırsak; daha önce milletlerarası ticari tahkime onun özerk niteliğinden dolayı, milli olmayan kuralların uygulanmasının daha uygun olacağına bir takım yazarlar tarafından savunulduğunu belirtmiştik. Bu konuda uygulanacak hükümler bakımından ticaretin genel hükümleri ile milletlerarası mahkeme kararları ve ticari teamüller gibi kaynaklardan yararlanılabileceği beyan edilmektedir³⁴. Buna karşılık olarak, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların milli hukuklar içerisinde yer alan kurallar tarafından çözülmesi gerektiği, zira, milletlerarası hukukun milli hukuklardan bağımsız, kendi kurallarını oluşturabilecek bir sisteme sahip olmadığı yolunda görüşler ileri sürülmüştür. Hatta milletlerarası anlaşmaların dahi, daima, temellerini bir milli hukuktan alarak düzenledikleri ifade edilmiştir³⁵.

Konuyla ilgili olarak, tahkim yeri ülkesinin etkisiyle, milletlerarası ticaretle ilgili kararların tenfizinde, çok taraflı milletlerarası sözleşmelerden yararlanmanın mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, milletlerarası ticari nitelikli hakem kararlarının bağlayıcı niteliği, milli hukuklarından kaynaklanmaktadır. Zira, bu çok taraflı sözleşmelerden yararlanılması olanağını doğuran, tahkimi kontrol eden devletin, o

30 AKINCI, sh.66.

31 KORAL, R. : "Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi" (yabancı Hakem Kararlarının İcrası), İÜHFİM, C.24, 1-4.

32 AKINCI, sh.66.

33 New York Sözleşmesinin ilgili hükümleri konusunda bilgi için bkz. Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (Sempozyum), Ankara 1991. sh.117 vd.; KORAL, Yabancı Hakem Kararlarının İcrası. sh.45 vd.

34 BİRSEL, (Tartışmalar) Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984. sh.260.

35 ÜSTÜNDAĞ, S. : "Yabancı Hakem Kararı Kavramı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi. Bildiriler-Tartışmalar, II Tahkim Haftası. Ankara 1984. sh.3 dn.1.

sözleşmeye katılmış olmasıdır³⁶. İlgili eleştirilerin değerlendirilmesi sırasında bu konuyu irdeleneceğiz.

C- Tahkim Yeri Ülkesinin Yetkilerinin Kısıtlanmasının Olumsuz Sonuçlar Doğuracağı İtirazı

Milletlerarası ticari tahkime uygulanacak kuralların milli hukuk sistemleri dışında tutulmasına karşı olan yazarlar, milletlerarası ticari tahkimin daima bir devletin yargı organlarının desteğine ihtiyacı olduğunu belirtmektedirler. Özellikle, hakemlerin atanması, görevden alınması ve değiştirilmesi konularında devlet mahkemelerine duyulan ihtiyaç kendisini göstermektedir. Ayrıca uygulamada, yargılama için gerekli olan delillerin ve belgelerin toplanarak hakemlere tevdi edilmesi konusunda da mahkemelerin büyük katkıları vardır³⁷.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği *lex loci arbitri*, yani tahkim yeri hukukuna bağlıdır. Bu nedenle hakemlerin, tahkim yeri ülkesinin emredici usul kurallarına uymaları gerekecektir. Ancak bu çerçevede, taraflar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku seçebileceklerdir. İşte, hem tahkim yeri ülkesinin korumak istediği menfaatler bakımından, hem de devlet mahkemelerinin milletlerarası ticari tahkime olan yardımları bakımından, tahkim yeri ülkesinde cereyan eden tahkimi, bu ülkenin hukuk düzeninin denetlemeye yetkili olduğu iddia edilmektedir³⁸.

D- Milli Olmayan Hakem Kararlarının Milletlerarası Anlaşmaların Sağladığı Tenfiz Kolaylıklarından Yararlanılamamasına Neden Olacağı İtirazı

Bazı yazarlar, milletlerarası ticari tahkimde, tahkim yeri ülkesi gözardı edilerek verilen kararların, uygulamada başarısızlığa mahkum olduğunu beyan etmektedirler. Bu görüşe göre, bu tür hakem kararları, hakem kararlarının tenfizinde kullanılan milletlerarası sözleşmelerin kapsamına girmeyeceği için, tenfiz edilebilmeleri bakımından sorun doğuracaklardır³⁹.

Bu görüşe göre, milletlerarası nitelikli de olsa, milletlerarası ticari tahkimin yargı denetimi dışında bırakılması yanlış olacaktır. Örneğin, New York Sözleşmesine taraf olan devletlerden birinin hukukuna göre verilmiş milletlerarası ticari tahkim kararı, bu sözleşmeye taraf olan diğer bir devlet ülkesinde kolaylıkla tenfiz edilebilecektir. Taraf devletler bunun için, karara taraf devletlerden birinin bağlayıcılık vermiş olması koşulunu aramaktadırlar⁴⁰.

V. MİLLİ OLMAYAN KURALLARA GÖRE VERİLMİŞ HAKEM KARARLARININ HUKUKİ TEMELLERİNE YAPILAN ELEŞTİRİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A-Genel Olarak

Milli olmayan kurallara göre verilmiş hakem kararlarının hukuki temellerine yapılan eleştirilere ilişkin sorunu, ikili bir ayırım çerçevesinde yapabiliriz.

Eğer, milletlerarası bir tahkim kurumunun tahkim kurallarına tabi olarak yapılan bir tahkim söz konusu ise, zaten bu tür tahkimde milli tahkim yeri yoktur. Buradaki

36 MANN.sh.157

37 AKINCI. sh.69.

38 AKINCI.sh.70-71

39 KURU.B.:(Tartışmalar) Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar. II. Tahkim Haftası. Ankara 1984.sh.217

40 AKINCI.sh.71-72

denetleme ya kurum tarafından, ya da tenfiz ülkesinin yetkili makamları tarafından yapılacaktır.

Eğer tahkim, tahkim yeri olarak belirli bir ülkenin hukuk düzenine tabi kılınmış ise, hakem kararının denetimi hem tahkim yeri ülkesi, hem de tenfiz yeri ülkesi tarafından, belirli ölçüler içerisinde ve özellikle bu konudaki milletlerarası düzenlemelere uygun olarak yapılabilecektir.

Milletlerarası ticari hakem kararlarının tenfizi bakımından en önemli düzenleme, 1958 tarihli New York Sözleşmesidir. New York Sözleşmesi'nin V. maddesi, hangi hallerde hakem kararlarının tenfizi talebinin reddedilebileceğini, sınırlı olarak saymıştır. Bu madde, tenfiz yeri ülkesi mahkemesine, hakem kararının reddi konusunda bir zorunluluk yüklemeyip, ancak V.madde de sayılan nedenlerden dolayı hakem kararlarını reddedebilme konusunda hakime bir inisiyatif tanımaktadır. Yani, hakimin ilgili sebepler doğrultusunda mutlak olarak tenfiz talebini reddetmesi zorunluluğu yoktur⁴¹. Bu çerçevede, hakem kararı iptal edilmiş olsa dahi, söz konusu kararın tenfizi New York Sözleşmesi'nin ilgili maddesi hükmüne aykırı olmayacaktır⁴².

Milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin, milli hukuklar dışı kaynaklara tabi tutulması görüşünün kabulü halinde; aleyhine karar verilmiş olan tarafın, ilgili kararın tenfizini engellemek veya geciktirmek için New York Sözleşmesi'nin V. maddesindeki, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararı üzerindeki denetim yetkisini istismar edebilmesi olasılığının da önüne geçilmiş olunacaktır⁴³.

Milli hukuklar dışı verilmiş hakem kararlarının, tahkim yeri ülkesi mahkemelerince denetlenmesi tartışılırken, bu tür kararların tenfiz yeri ülkesinin mahkemelerince denetiminin yapılması kaçınılmazdır. Kaldı ki, kurumsal tahkim söz konusu ise, bu kurum tarafından da bir şekilde denetim yapılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, milli hukuklar dışı kuralların uygulanması ile verilmiş olan milletlerarası ticari hakem kararlarının, tamamen mahkeme denetimi dışında kaldığı yolundaki anlayışlar doğru değildir. Ayrıca, hakem kararına itiraz etmek isteyen tarafın karara bu aşamada itiraz etmesi de mümkündür⁴⁴.

Bundan başka, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin ve tenfiz istenen ülke mahkemelerinin, milletlerarası ticari tahkim kararlarını, milletlerarası kamu düzenine uygunluk açısından denetleyebileceklerinin kabul edilmesi, bu konudaki muhtemel istismarların önüne geçilebilmesini sağlayacaktır. New York Sözleşmesi'nun V.maddesinin 2 (b) bendinde, kamu düzenine aykırılık tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Bu noktada hakem kararı ikili kontrolden geçecektir. Tahkim yeri ülkesi hukukuna göre kamu düzeninden dolayı iptal edilmeyen hakem kararı, tenfiz ülkesine göre kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, bu defa tenfiz edilmeyecektir⁴⁵.

Kararı vermiş bulunan hakem veya hakemlerin bağımsızlığına ilişkin şüpheler, hakem kararının hakemlerin bağımlılıklarının etki ve belirtilerini taşıması halinde, kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, hakemlerin milletlerarası ticari tahkime uygulayacakları milli olmayan kurallar konusunda keyfi davranmaları hali de, kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşacaktır⁴⁶.

Milletlerarası kamu düzenine aykırılık mefhumu, bazı milli hukuklarda da denfiz engeli olarak ayrıca düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız Hukukunda 1981 tarihinde çıkarılan bir yasa ile, milletlerarası kamu düzenine aykırılık kavramının tenfiz engeli olarak

41 AKINCI.sh.72

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI.sh.73. dn.245

43 AKINCI.sh.73.

44 ŞANLI.Tahkim Yerinden Ayrılma.sh.178

45 ÖZTEKİN.G.:1958 Tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları-V(1) E Maddesi, Basılmamış Tez. İstanbul1993.sh.166 vd.

46 NOMER.E.:"Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı". MHB.Y.4.S.1.1984

düzenlendiğini görüyoruz. Zaten, milletlerarası kamu düzeni kavramı, milletlerarası ticari tahkimin gelişimi ve bu tip tahkim türünün niteliği icabı, ona bağlı olarak geliştirilmiş bir kavramdır ve temel hukuk kurallarıyla, adalet ölçülerine aykırılığı ifade eder⁴⁷.

B-Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının Denetimi

Milli olmayan kurallara göre verilmiş olan hakem kararlarında, önemli itirazlardan biri de, hakemlerin yetkilerini kötüye kullanmaları durumunda, bunun ne şekilde denetleneceği yolundadır. Bu tür tahkimde hakem kararının denetlenmesi görevi, tenfiz yeri ülkesinin mahkemesine bırakılmalıdır. Zira, pratik olarak, mahkemelerin hakem kararını denetlemeleri gereği, daha çok tenfiz aşamasında ortaya çıkmaktadır⁴⁸. Nitekim, gerek bu alandaki milletlerarası sözleşmeler, gerekse milli hukuklardaki düzenlemeler, tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin, hakem kararlarının haiz olması gereken asgari hakkaniyet standardını denetlemesine izin veren hükümler içermektedir. Örneğin, New York Sözleşmesi'nin V(1) ve 2 (a) maddeleri, tenfiz yeri ülkesi mahkemelerine, ilgili hakem kararını denetleme olanağını tanımaktadırlar⁴⁹.

Bu konudaki bir diğer itiraz, New York Sözleşmesinin V(1) (e) maddesine göre⁵⁰, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararı üzerindeki denetim yetkisinin daima var olduğu yolundadır. Öncelikle, bu maddenin tenfiz yeri ülkesi mahkemesine, tahkim yeri ülkesi mahkemesinin iptal etmiş olduğu kararı reddetme konusunda bir zorunluluk getirmediğini belirtmek gerekmektedir. Özellikle, coğrafi olarak tahkim yeri olmanın dışında, hakem kararı ile tahkim yeri ülkesi hukuku arasında bir bağlantının olmadığı durumlarda, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararını iptal etme yetkilerinin de olmaması gerekir. Herhangi bir şekilde böyle bir iptal kararı verilmiş dahi olsa, böyle bir karar, tenfiz istenen ülke mahkemesinin tenfize ilişkin yetkisini kısıtlamamalıdır⁵¹.

Tahkim yeri ülkesi mahkemelerin tahkim üzerindeki denetimlerinden vazgeçilmesi olgusu, klasik görüşe taraf olan bazı yazarların iddia ettiği gibi, bu tür hakem kararlarını başıboş hale getirmeyecektir. Özellikle devleti taraflardan birini oluşturduğu uyumsuzluklarda, devletin kendi aleyhine verilmiş olan bir hakem kararını, kendi ülkesinin mahkemesine iptal ettirmesi mümkündür. Oysa, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuklar dışı kurallara göre yapılmasını savunan görüşe göre, tahkim yeri ülkesi tarafından iptal edilmiş bulunan bu kararın, örneğin ilgili devletin malvarlığının bulunduğu bir diğer devlette tenfiz edilebilmesi mümkün olacaktır⁵². Zaten, söz konusu hakem kararı tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin de denetimi ile tenfiz edilecektir ki, bu durum muhakemede tarafların eşitliği ile adalet anlayışına da uygundur.

Konuyla ilgili bir başka itiraz da, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin kararı denetleme yetkilerinin kısıtlanması halinde, kaybedilen tarafın, tenfiz istenen her ülkede kararın geçerliliğine itiraz etmek zorunda kalacağı hususundadır. Oysa, tenfiz yeri ülkesinin hakem kararları üzerindeki denetim yetkisi, hakem kararlarının milli olmayan kurallara tabi tutulması olgusuyla ortaya çıkmış bir durum değildir. Hemen her ülke kendi iç mevzuatında ve milletlerarası sözleşmeler gereği, hakem kararlarını tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin denetimine tabi tutmaktadır⁵³.

47 ÖZTEKİN.sh.168

48 AKINCI.sh.75-76

49 New York Sözleşmesinin bu maddeleri için bkz. Sempozyum. sh.121; KORAL. Yabancı Hakem Kararlarının İcrası.sh.44 vd.

50 New York Sözleşmesinin V(1)(e) maddesi, hakem kararlarının tahkim yeri ülkesi tarafından iptal edilmesi durumunda, tenfiz yeri ülkesinin söz konusu kararın tenfizi talebini reddedebileceği hükmünü içermektedir.

51 AKINCI.sh.76

52 AKINCI.sh.77

53 AKINCI.sh.77

Örneğin, MÖHUK.45.madde, saydığı nedenlerden birinin varlığı halinde, tenfiz yeri mahkemesinin hakem kararının tenfizini reddedebileceğini hükme bağlanmıştır. New York Sözleşmesinin V(1) ve (2). maddelerinde de benzeri hükümler yer almaktadır.

C- Milletlerarası Ticari Tahkimde Tanınacak Serbestinin Sınırı

Tahkim yeri mahkemelerinin milletlerarası ticari tahkim kararları ile ilgili denetim yetkilerinin tamamen kaldırılması halinde, geçersiz bir hakem kararı sonucu kaybeden tarafın, ilgili hakem kararının geçersizliğini her ülkede ispat etmek zorunda kalacağı beyan edilerek, bu serbestinin sınırlandırılması gerektiği yolunda görüşler beyan edilmiştir. Bu yaklaşım, milletlerarası ticaret hukuku açısından, temel hakkaniyet kurallarına aykırılık teşkil eden sebeplere dayandığında haklılık kazanmaktadır. Bu nedenle, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası hakem kararlarını kendi iç hukuklarına uygunlukları bakımından değil, milletlerarası ticaretin kamu düzeni olarak adlandırılan ve milletlerarası ticaret hayatında benimsenmiş temel hakkaniyet kurallarına ve evrensel adalet ölçülerine uygunluk açısından denetlemesi uygun olacaktır⁵⁴. Pratik anlamda milletlerarası kamu düzeni, yine de her ülkenin temel milli değerlerine göre anlam ve içerik kazanan bir kavramdır. Burada önemli olan, hakem kararının, tahkim veya tenfiz yeri ülkesinin temel değerleriyle çatışmamasına dikkat edilmesidir.

Milli mahkemelerin böyle bir denetimi yapması, çifte tenfiz dediğimiz, hakem kararının verildiği ülke mahkemesi tarafından, hakem kararının tasdik edildiği sistemlerde söz konusu olabileceği gibi, tahkimin sonuçlarını doğuracağı tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin bu denetimi yapması şeklinde de olabilir. Buradaki önemli olan nokta, birinci halde, hakem kararının reddi söz konusu olabilecek iken, ikinci halde, yalnızca hakem kararının tenfizi tabelinin reddedilebilecek olmasıdır.

Bu şekilde, milletlerarası ticare tahkim, milli hukukların milletlerarası ticaret ile bağdaşmayan gereksiz kısıtlamalarından kurtarılacağı gibi, milli hukuklar dışı kuralların uygulanmasının kaybeden tarafı zor duruma düşürmesi de önlenmiş olacaktır. Böylece, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası ticari nitelikli bir hakem kararını iptal etmeleri halinde, bu iptalin milletlerarası ticaretin gerekleri ile bağdaşıp bağdaşmadığına bakılacak ve bağdaşmadığının belirlenmesi halinde, tenfiz yeri ülkesi mahkemeleri, milletlerarası ticaretin kamu düzenine aykırı olmayan bu hakem kararını tenfiz edebilecektir⁵⁵.

Nitekim,1961 tarihli Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin IX.maddesinde, tenfiz yeri ülkesinin her iptal kararını dikkate almak zorunda olmayacağı öngörülmüş ve tahkim yeri ülkesinin hakem kararını iptal edebileceği durumlar, sınırlayıcı olarak belirtilmiştir⁵⁶.

Türkiye, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesini onaylayarak, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası ticari hakem kararları üzerindeki etkisini sınırlayan bu düşünce tarzını benimsediğini göstermiştir. Bunun da ötesinde bazı milli hukuk sistemleri, tahkim yeri mahkemelerinin milletlerarası ticari tahkime müdahalesini engelleyen yeni yasal düzenlemeler kabul etmişlerdir. Belçika 1985 yılında yaptığı bir yasal düzenleme ile taraflardan hiçbirinin kendi vatandaşı olmaması halinde, mahkemelerinin hakem kararını iptal etme yetkisini kaldırmışlardır. İsviçre ise, aynı konuda ve aynı şartlarla, taraflara iptal yetkisini bertaraf eden bir sözleşme yapabilme izni vermiştir⁵⁷.

54 BERGER, K.P. : internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Berlin 1992, sh.252: LEW, sh.59 : ÖZTEKİN, sh.168\$ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk sh.49. 404 vd.

55 BERGER.sh.253 vd.

56 AKINCI.sh.79.

57 AKINCI.sh.79.

Bu gelişmeler çerçevesinde, milletlerarası ticari hakim kararlarının milli hukuk sistemlerinin etkisinden kurtarılmasının, bu tür hakem kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması anlamına gelmediğini tekrar vurgulamak istiyorum. Buna bağlı olarak, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası ticari hakem kararları üzerindeki denetim yetkisi, bu kararların milletlerarası kamu düzenine aykırılığın denetimi ile sınırlı olmalıdır.

Herhangi bir milli hukuk sistemine bağlı olmasızın verilmiş olan hakem kararlarını, milletlerarası sözleşmeler arasında gerekli uyumu sağlamaya çalışmak, zaten bu konuda giderek gelişmekte olan liberal eğilimlere de uygun olacaktır⁵⁸.

VI. MİLLİ OLMAYAN KURALLARIN UYGULANMASINA DAYANAK OLABİLECEK DÜZENLEMELER

A-Genel Olarak

Milletlerarası ticari tahkimin kapsam ve amacı, hakemler tarafından milli hukuklar dışı, yani milletlerarası karakterli kuralların tercih edilmesini haklı kılmaktadır. Zira doğal olarak, milletlerarası ticarete taraflar, daima karşı tarafın hukuk sisteminin kendi aleyhine hükümler taşıdığı kanısını taşımaktadırlar. Bu durumda uyuşmazlığı inceleyen hakemlerin, taraflardan birinin mensup olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaları halinde, diğer taraf, hakemlerin objektif davranmadıkları şüphesini ister istemez zihninde taşıyacaktır. Bu neden, milletlerarası ticari uyuşmazlıklara bakan hakemlerin, milletlerarası karakterli bir kanunlar ihtilafı kural veya sisteminden hareket ederek, uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuku belirlemeleri isabetli olacaktır⁵⁹.

Günümüze gelinceye kadar, birçok değişik sistemleri benimsemiş devletlerin biraraya geldiği, milletlerarası karakterli ticari ilişkileri düzenlemek amacıyla, sayısız sözleşmeler, yeknesak kanun ve tasarılar geliştirilmeye çalışılmıştır. Kuşkusuz bu sözleşmelerin kapsamında yer alan düzenlemeler, sosyal, hukuki ve ekonomik düzenleri bakımından birbirinden farklılık gösteren ülkelerin, konuya ilişkin ortak çözüm iradesini yansıtmaktadır. Yani, bu düzenlemelerde yer alan çözüm şekilleri, hakemlerin milletlerarası ticari tahkime ilişkin bir uyuşmazlığın esasını çözüme bağlarken kullanacakları çözüm biçimleridir. Milletlerarası ticari tahkim konusundaki uyuşmazlıklara, hakemlerce, taraf devletlerin milli hukuklardan bağımsız olarak belirlemiş oldukları kuralları uygulamaları, amaca uygun olacaktır⁶⁰.

B- Milli Hukuk Sistemlerine Tabi Olmaksızın Verilen Kararlara İlişkin

Düzenlemeler ve Milletlerarası Sözleşmeler

Mal ve hizmetin uluslararası akışı, taraflar arasındaki anlaşmalara dayanmaktadır. Bu tür anlaşmalar da tarafların bu anlaşma şartlarının icra olunacağına ilişkin birbirlerine olan güvenine dayanır. Milletlerarası ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, adli yargı makamlarına başvuruda söz konusu olabilecek güçlükler karşılık, tahkim sözleşmesi, taraflarca üzerinde mutabık kalınan özel bir usule göre ihtilafın çözülmesini mümkün kılan bir vasıta olmaktadır⁶¹.

58 AKINCI,sh.80.

59 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk sh.252.

60 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk sh.252

61 ELVERDİ, İ. : TOBB Tahkim Rehberi, Ankara 1990, sh.3-4.

Milletlerarası ihtilafların çeşitliliği gözönüne alındığında, tahkim müessesesinin bu ihtilaflara uygun olma özelliğini fazlasıyla taşıdığını görmekteyiz. Tahkim, ihtilafların herbirinde tarafların tâbiyetlerini, ihtilafların konusunu, tahkim yerinin tayinini, hukuk kurallarını ve kullanılacak dili değerlendirmeye zemin hazırlar. Her ihtilafa uygun bir hakem mahkemesi teşkil edilebilir. Onun teşekkül tarzı, tecrübe ve bilgileri ile çalışma kolaylığı, ihtilafların çeşitliliğine uyum sağlayamayan dâimi bir yargı müessesesi olan adli mahkemelere karşılık, hakem mahkemelerinin bariz üstünlükleridir. Bu özelliklerinden dolayı tahkim müessesesini, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümlenmesinin en elverişli yolu olarak görebiliriz⁶².

Bütün bu nedenlerden dolayı, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında, bu kurumun milli hukuklardan soyutlanması ve bu alanda milletlerarası ticari teamüllere ve sözleşmelere uygun olarak, milli hukuk sistemleri dışındaki kuralların geçerlilik kazanması konusunda gelişmeler mevcuttur. Uygulamada ortaya çıkan bu gelişmeler karşısında, çeşitli milletlerarası ticari tahkim kurumları, uyguladıkları kurallarda değişiklik yaparak, söz konusu gelişmelere uyum sağlamaya çalışmaktadırlar⁶³.

1) MTO Tahkim Kurallarıyla Yapılan Düzenlemeler

Milletlerarası ticari ihtilafların çözülmesi konusunda önemli bir role sahip olan ve merkezi Fransa'nın Paris şehrinde bulunan Milletlerarası Ticaret Odası, 1988 Ocak ayında, MTO Tahkim Kurallarında yaptığı bir değişiklikle, milli hukuk kurallarının milletlerarası ticari tahkim üzerindeki bağlayıcılığını en aza indirmeye çalışmıştır. Değişiklikten sonraki MTO Tahkim Kuralları'nın 11. maddesi şöyle bir ifadeye kavuşmuştur⁶⁴ :

“Tahkim usulüne uygulanacak kurallar, bu Tüzükte gösterilmiştir. Bu tüzükte hüküm bulunmayan hallerde; taraflar anlaşamadıkları takdirde, hakem, tahkime uygulanabilecek bir iç hukuk usul hükmünü kaynak göstererek veya göstermeyerek, uygulanacak usul kurallarını karara bağlar”.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, MTO Tahkim Kuralları, hem milli hukuklar dışı kuralların uygulanmasına izin vermekte, hem de tahkim usulüne uygulanacak hükümlerde ortaya çıkacak boşlukların, mutlaka tahkim yeri ülkesi milli hukukunca değil, bizzat hakemlerin insiyatifine göre doldurulmasını öngörmektedir.

MTO Tahkim Kuralları'nın 12. maddesinde ise, tarafların yargılamanın cereyan edeceği yer üzerinde anlaşmış olmamaları halinde, bu yerin hakem mahkemesi tarafından belirleneceği hükmüne yer verilmiştir.

Diğer tahkim kurumlarının birçoğunda da, milli hukuklardan soyutlanma konusu açıkça yer almamakla beraber, bu alanda taraflara ve hakemlere çok geniş bir irade serbestisi tanınmaktadır⁶⁵.

Taraflar dilerlerse, irade serbestisi doğrultusunda, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyebileceklerdir. Taraflar bu konuda açık veya zımnî iradelerini kullanarak, tahkim sözleşmesini ve tahkime uygulanacak hukuku, milli hukuklar dışı veya başka bir ülke kanununa tabi tutmak istemişlerse, buna uymamak için hiç bir sebep yoktur⁶⁶.

62 ELVERDİ, sh.4.

63 AKINCI, sh.81: ELVERDİ, sh.4.

64 Halbuki değişiklikten önceki 1955 MTO kurallarının 11. maddesi, tüzükte hüküm bulunmaması ve tarafların bu konuda anlaşmamış olmaları halinde, tahkim yeri ülkesi hukukunun uygulanacağını öngörmekteydi.

65 Bu konudaki örnek hükümler için bkz. AKINCI, sh.82 vd.

66 YURTSEVEN, Y. : Milletlerarası Hakemlikte Uyuşmazlığın Esasına Tatbik Edilecek Klasik Hukuk Kaidesi. Basılmamış Tez, İstanbul 1986, sh.40.

Böylece, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuklardan soyutlanmasının, milletlerarası ticareten bir gereksinimi olarak ortaya çıktığını görmüş bulunuyoruz. Aynı gereksinim, milletlerarası sözleşmeler bakımından da kendisini göstermiş ve bu sözleşmelerde de konu ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

2) 1958 Tarihli New York Sözleşmesindeki Düzenlemeler

Doğrudan milletlerarası ticari tahkimle ilgili, 1923 tarihli Tahkim Şartına İlişkin Protokol ve 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarını İcrası Hakkındaki Cenevre Anlaşması, ihtilafın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmemiştir⁶⁷. 1923 Cenevre Protokolünün 2 (1). maddesi, tahkim usulüne, tarafların seçmiş olduğu veya tahkim yeri ülkesi hukukunun uygulanacağını; 1927 Cenevre Sözleşmesi'nin 1 (2). maddesi ise, tahkim usulüne, tarafların kararlaştırdığı ve tahkim yeri ülkesi hukuku ile uyum içerisinde olan usul kurallarının uygulanacağını beyan etmektedir⁶⁸.

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin, Sözleşme'nin uygulama alanını belirleyen I/1. maddesi ise, Sözleşme'nin, tanıma ve tenfiz istenen devletten başka bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacağını beyan ettikten sonra; Sözleşme'nin aynı zamanda, tanıma ve tenfiz istenen devlette milli sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanacağını beyan etmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin V(1)(d) ve (e) maddelerinde, tahkim usulüne uygulanacak kuralların taraflarca belirlenebileceği beyan edilmiştir⁶⁹.

Bu durumda, New York Sözleşmesi'nin sistemini şu şekilde özetlemek mümkündür. Sözleşme, yabancı hakem kararının milliyetini düzenlememiştir; fakat, kararın verildiği ülke ile hakem kararı arasında bir bağlantının olup olmadığına dikkat çekmektedir. Bu bağlantının varlığı konusunda, öncelikle taraf iradelerine bakmak gerekecektir. Tahkime uygulanacak hukuka ilişkin böyle bir irade beyanının olmaması halinde, hakemler kendiliklerinden belli bir ülkenin usul hükümlerini uygulayabilirler⁷⁰.

3)1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesindeki Düzenlemeler

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların esasını uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak, ilk defa 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticari Tahkim Sözleşmesi bir hüküm getirmiş ve bu hüküm, bu tarihten sonra çıkarılan pek çok milletlerarası belgeye rehber olmuştur. Modern milletlerarası ticari tahkim uygulamasında, milli olmayan kanunlar ihtilafı kural veya sistemlerinin gelişmesinde, bu Sözleşme'nin VII. maddesinin yorumlanmasının da çok büyük katkısı olmuştur⁷¹.

Gerçekten, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin VII(1). maddesine göre, uyuşmazlığın tarafları, hakemlerin ihtilafın esasına uygulayacakları hukuku seçmekte serbestirler. Tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde ise; hakemler, uyuşmazlığın türüne göre uygun görecekları kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaklardır. Her iki halde de hakemler, sözleşme hükümlerini ve ticari adetleri dikkate alacaklardır.

67 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.252-253.

68 ANSAY, T. : " Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Antlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu". Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi. Bildiriler-Tartışmalar. II. Tahkim Haftası. Ankara 1984, sh.124; TEKİNALP.G." Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Sözleşmelerde Tanınması ve Tenfizi". Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965. sh.550 vd.

69 ELVERDİ, sh. 5; Sempozyum, sh.117; ANSY, sh.132.

70 SCHWAB: Schiedgerichtsbarkeit. Kommentar. München 1979, sh.387.

71 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.253.

Görüldüğü gibi, Sözleşmenin bu hükmü, öncelikle tarafları hukuk seçimi konusunda serbest bırakmıştır. Bu hükmün ikinci cümlesinde öngörülmiş olan, milletlerarası ticaret hakemlerinin, ihtilafın türü bakımından uygun olacak kanunlar ihtilafı kuralını belirlemede, hangi bağlama noktalarını esas alacakları hususu ise, açıklığa kavuşturulamamıştır. Bu hükümden anlaşılın, hakemlerin uygulanacak hukuk kurallarının seçimini yapmakta serbest oldukları yönündedir. Gerçekten de, herhangi bir devletin yargı düzenine direkt olarak bağlılıkları söz konusu olmayan milletlerarası ticaret hakemlerinin, şu veya bu ülkenin kanunlar ihtilafı sistemini uygulamak zorunda olduklarını söylemek gerçeklere uygun olmayacaktır⁷².

Ancak, hakemlerce şu veya bu bağlama noktasından hareketle tesbit edilen kanunlar ihtilafı kuralı, ihtilafın türüne ne kadar uygun düşerse düşsün; bu, tercih edilen kuralın göstereceği maddi hukukun da, esas ihtilafın türü ve mahiyetine uygun düşeceği anlamına gelmez. Oyas, Sözleşme'nin VII. maddesinin amacı, uyuşmazlığın türü ve mahiyetine en uygun olan kanunlar ihtilafı kural veya sistemine ulaşmak değil, esas sorunun çözümünde en uygun maddi hukuk normlarının uygulanmasını sağlamaktır. Bu nedenle milletlerarası bir uyuşmazlığın çözümü ile karşı karşıya kalan hakemlerin, milletlerarası veya en azından milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarına bağlanmaları uygun olacaktır. Ancak, dava konusu uyuşmazlığın mahiyetine uygun bir milletlerarası karakterli kanunlar ihtilafı kuralı seçilirken; daima bu kuralın, tarafların tahkime gitmelerindeki temel amaç ve beklentilerini, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini ve milletlerarası ticari adetleri etkin ve geçerli kılan bir kanunlar ihtilafı kuralı olup olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir. Tarafların tahkime gitmelerindeki amaçlarını ve milletlerarası ticari ilişkiden beklentilerini boşa çıkaracak bir maddi hukukun uygulanmasına yol açan kanunlar ihtilafı kural veya sistemi, uyuşmazlığın mahiyetine uygun telakki edilemez. Nitekim, 1981 tarihli Fransız Milletlerarası Ticari Tahkim Kararnamesi'nin 1496. maddesi, bu bakımdan duyulan bir endişenin sonucu olarak, uyuşmazlığın mahiyetine uygun maddi normların mevcudiyeti halinde, hakemlerin bunları herhangi bir kanunlar ihtilafı kural veya sisteminden geçmeksizin, doğrudan uyuşmazlığın esasına uygulayabilmeleri olanağını tanımıştır⁷³.

Gerçekten, genellikle milletlerarası ticaret hakemleri tecrübeli hukukçulardan oluşmaktadır. Önceden düzenlenmiş sabit kanunlar ihtilafı kuralları, bu hakemlerin, milletlerarası ticari tahkimin konusuna ve mahiyetine uygun düşen milletlerarası ticari teamülleri ve kuralları uygulamalarına engel olur⁷⁴. İşte bütün bu gibi nedenlerden dolayı, Avrupa Sözleşmesi, her olay için geçerli, sabit bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmekten kaçınmıştır. Kuşkusuz Sözleşme'nin bu düzenlemesinde, milletlerarası platformda, dünya hukukçularının üzerinde müşterek olarak anlaşabilecekleri kanunlar ihtilafı kurallarının olmaması da önemli etken olmuştur⁷⁵.

4) 1965 Tarihli Washington (Dünya Bankası) Sözleşmesindeki Düzenlemeler

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda, tarafların esasa uygulanacak hukuku belirli bir milli hukuk sistemine tabi tutmak zorunda olmadıkları hususu, 1965 tarihli Washington (Dünya Bankası) Sözleşmesi'nin 42(1). maddesinde ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu hüküm gereği, hakemler, uyuşmazlığı, tarafların kararlaştırmış olduğu kurallara göre çezeceklerdir. Bu hükümden anlaşılın, taraflara tanınan bu seçim hakkının, milli hukuklar dışı kuralların seçimini de kapsadığı yolundadır⁷⁶.

72 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.255.: YURTSEVEN, sh.43 vd.

73 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.256-257.

74 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.258.

75 LEW, sh.298.

76 AKINCI, sh.84.

Ancak, Washington Sözleşmesi'nde, taraflardan birini devletin oluşturduğu uyuşmazlıklarda, taraf devletin hukukunun uygulanacağı yönündeki klasik anlayış korunmuştur. Bu Sözleşme'in düzenlemeyi amaçladığı yatırım ihtilaflarına konu teşkil eden milletlerarası akitler, genellikle taraf devletin bağımsızlığı, milli kalkınması, yer altı ve üstü zenginlikleri ile yakından ilgili olduğu için, taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, kamu menfaatleri mülahazasıyla, taraf devlet hukukunun akde uygulanması öngörülmüştür⁷⁷.

5) UNCITRAL Tahkim Kurallarındaki Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanarak, 15 Aralık 1976 tarih ve 31/98 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiş olan UNCITRAL Model Kanunu'nun 33. maddesi, ihtilafın esasına uygulanacak yetkili hukuk ile ilgili olarak, öncelikle tarafların irade muhtariyetine yer verdikten sonra, tarafların uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları halinde, tahkim mahkemesince yetkili sayılan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sonucu belirlenecek hukukun, ihtilafa uygulanacağı hükmüne yer vermiştir⁷⁸.

Aynı Kanun'un 19. maddesi ise, usule uygulanacak kurallara ilişkin olarak, milli hukuk sistemlerine yollamada bulunmadan konuyu düzenlemektedir. Buna göre; taraflar, söz konusu Kanun'un kurallarına uygun olarak, hakemlerin tahkimin idaresinde uygulayacakları usulü seçmekte serbesttirler. Böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde ise, bu Kanun'un kurallarına uygun olarak, tahkim mahkemesinin, tahkimi, uygun gördüğü şekilde idare edebileceği ifade edilmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu, ancak belirli durumlarda mahkemelerin milletlerarası ticari tahkime müdahalede bulunabileceğini öngörmektedir. Bu haller; tarafların ehliyetsizliği, tahkim sözleşmesinin geçersiz olması, tebligatın usule uygun olarak yapılmamış bulunması ve hakemlerin tahkim sözleşmesinde kendilerine verilmiş olan yetkiyi aşarak karar vermiş olmalarıdır⁷⁹.

⁷⁷ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.284.

⁷⁸ BERGER, sh.V vd.

⁷⁹ AKINCI, sh.85.

SONUÇ

Çalışmamızda milletlerarası ticari tahkim uygulamasında gittikçe kendisine daha fazla uygulama alanı bulan ve uyuşmazlığın taraflarınca daha çok tercih edilen, milli olmayan kuralları; ortaya çıkış nedenleri, hukuki niteliği, milletlerarası ticari tahkime getirmiş olduğu yenilikler, bu tür kararların tenfiz edilebilme olasılığının olup olmadığı, bu konudaki milletlerarası düzenlemeler ve sözleşmelerce getirilmiş bulunan hükümler bakımından incelemiş bulunuyoruz.

Milletlerarası ticari tahkime, milli olmayan veya milli hukuklar dışı kuralların uygulanması ve buna ilişkin olarak getirilmiş bulunan eleştirilerin cevaplandırılması teorik olarak mümkündür. Ancak, milletlerarası ticari tahkim ile milli hukuk sistemleri arasındaki ilişkinin azaltılması ve hatta kaldırılmasının mümkün olmasına rağmen, günümüzde, bu tür hakem kararlarının hukuki temellerine yapılan itirazların tamamen bertaraf edildiğini söyleyebilme olanağı yoktur. Her ne kadar, söz konusu itirazları teorik olarak reddetmek mümkün olsa da, özellikle, tahkim yeri veya tenfiz yeri ülkesi hukukunun, bu tür hakem kararlarına olumsuz yaklaşması durumunda, hakem kararının tenfiz edilememe olasılığı söz konusu olabilecektir.

Bu nedenlerden dolayı, uygulamada hakem kararının hukuki rejimi belirlenirken, bu durumun dikkate alınması ve ilgili hakem kararının karşılaşılabileceği güçlüklerin, tenfiz yeri ülkesi hukukunun göz önünde bulundurulması suretiyle önlenebileceğini belirtmiştik. Zira, milletlerarası ticari nitelikli bir kararın, tenfizinin reddi istenirken, söz konusu karar ile bağlantısı olan hukuk sistemi, tenfiz yeri ülkesinin hukuk sistemidir. Bundan dolayı, gerek bu alandaki milletlerarası sözleşmeler, gerekse milli hukuklardaki düzenlemeler, tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararlarında bulunması gereken asgari hakkaniyet standardını denetlemelerine izin veren hükümler içermektedirler. Buradan da anlaşılacağı üzere, milli olmayan hakem kararlarının tamamen denetimden uzak oldukları yönündeki eleştiriler doğru değildir. Dolayısıyla, tahkim yeri ülkesi hukukunun, milletlerarası ticari tahkim üzerindeki klasik etkisinden vazgeçilmesi, bu tür kararları başıboş duruma getirmeyeceği gibi, milli mahkemelerin milletlerarası ticari tahkim üzerindeki denetim güçlerini kötüye kullanmalarının da önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Günümüzde, milletlerarası ticari tahkim alanındaki en önemli bir gelişme de, milli mahkemelerin ve milletlerarası düzenlemelerle milletlerarası sözleşmelerin, hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde gösterdikleri liberal yaklaşımlar olmuştur. Milletlerarası ticari hakem kararlarının milli hukuklardan ayrılması görüşü, milletlerarası ticari uyuşmazlığın taraflarını, uyuşmazlığın tam bir objektiflikle, hakkaniyete uygun ve tarafsız olarak çözüme kavuşturulduğuna inandırmak ve bu tür tahkimin milletlerarası ticaret hayatının dinamizmine uygun olarak gelişimini sağlamak amacıyla savunulmaktadır. Bu

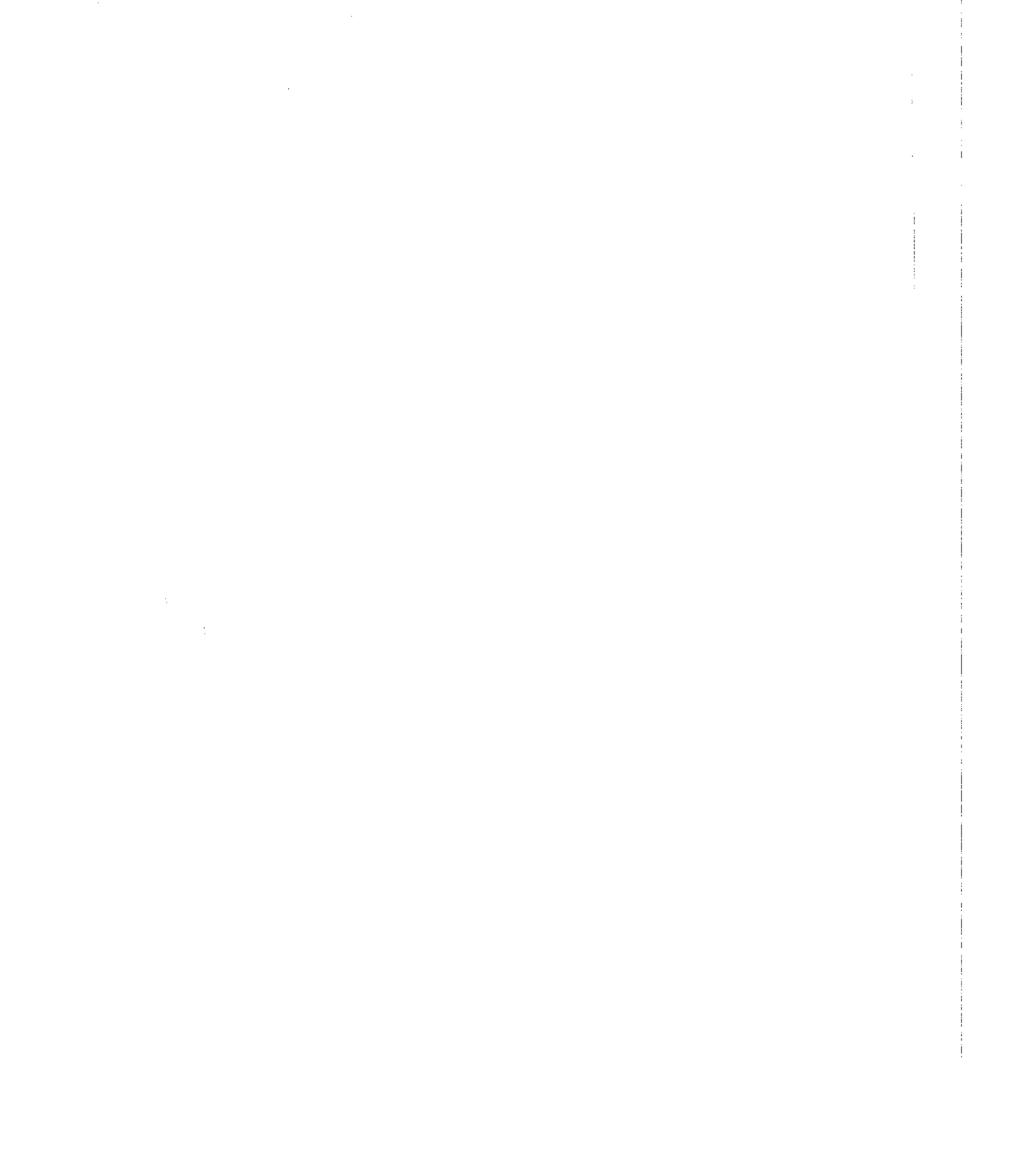
bakış açısıyla yaklaşmak yerine, bu tür hakem kararlarının da milletlerarası hukukun bir parçası olduğunu kabul ederek, bu kurumun, milletlerarası sözleşmeler ve milli hukuk sistemleriyle çelişkiye düşmemesini sağlamak, bu alandaki liberal eğilimlere de uygun olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- BERGER, K.P. : Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Berlin 1992.
- MANN, F.A. : Lex Facit Arbitrum. International Arbitration. Liber Amicorum for M.Domke, Ed.P.Sanders.The Hague 1967.
- NOMER,E. : Devletler Hususi Hukuku, B./, İstanbul 1990.
- SCHWAB : Schiedgerichtsbarkeit. Kommentar, Auflage, München 1979.
- AKINCI, Z. : Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994.
- LEW, (J.D.M.) : Applicable Law in International Commercial Arbitration.New York 1978.
- ÖZTEKİN.G. : 1958 Tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları-V(1) E Maddesi, Basılmamış Tez. İstanbul 1993.
- ŞANLI, C. : Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk). Ankara 1986.
- YURTSEVEN, Y. : Milletlerarası Hakemlikte Uyuşmazlığın Esasına Tatbik Edilecek Klasik Hukuk Kaidesi. Basılmamış Tez, İstanbul 1986.
- ANSAY, T. : “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Antlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu”. Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi. Bildiriler-Tartışmalar. II. Tahkim Haftası. Ankara 1984, sh.119-136.
- KORAL , R. : “Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi”. (yabancı Hakem Kararlarının İcrası), İÜHFM, C.24, 1-4’den Ayrı Bası, İstanbul 1961.
- KORAL, R. : “Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme”, İÜHFM, C.30, S.3-4’den Ayrı Bası, 1965.
- KORAL , R. : “Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı” (Hakem Kararlarının Milliyeti). Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984. sh.17-30.
- NOMER,E. : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”. MHB,1984, Y.1.S.1, 1984, sh.29-31.
- ŞANLI, C. : “Milletlerarası Ticari Tahkimde, Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu” (Tahkim Yerinden Ayrılma). Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi. Bildiriler-Tartışmalar.II.Tahkim Haftası.Ankara 1984 .sh.165-185.
- TEKİNALP,G. : “Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Anlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi”, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, sh.535-536.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : “Yabancı Hakem Kararı Kavramı”. Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi. Bildiriler-Tartışmalar. II Tahkim Haftası. Ankara 1984. sh.1-16.

DİĞER BELGE VE METİNLER

- Avrupa (Cenever) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim hukuku Sempozyumu (Sempozyum), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Yayın No:246, Ankara 1990.
- Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Yayın No :157, Ankara 1984.
- ELVERDİ, İ.: TOBB Tahkim Rehberi, Ankara 1990.



VERGİ YARGILAMASINDA VERGİ MAHKEMELERİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

Yücel OĞURLU*

GİRİŞ

Yetki ve görev konuları ile vergi uyuşmazlıkları sınıflandırılarak uzmanlaşmanın sağlanması ve mahkemeler arasında iş yükünün dengeli dağıtılması amaçlanmıştır. Kamu düzenini ilgilendirdiğinden yetki ve görev taraflarca ileri sürülebileceği gibi mahkemece de re'sen dikkate alınabilir.

Uzun yıllar idari yargılama çerçevesinde sonuca bağlanan vergi uyuşmazlıkları, aslında hiç kuşkusuz, teknik ve kendine özgü kuralları olan bir sahayı oluşturmaktadır. Bu nedenle, daha önce idari yargı içerisinde çözümlenen vergi uyuşmazlıkları için 1982 yılında bağımsız vergi mahkemeleri kurulmuştur. Ancak vergi mahkemelerinin kurulması, idari ve vergisel uyuşmazlıkların görev ve yetki açısından karıştırılmasını engellemeye ve bu iki hukuk dalının keşiştikleri bazı konularda net çizgilerle ayrılmasına yetmemiştir. Vergi mahkemelerinin yetki ve görevleri konusu da bu alanlardan birisidir. Dolayısıyla, karıştırılması olası bu konunun, örnek olaylar ortaya konarak çözümlenmesi gerektiği düşüncesiyle, çalışmamızda, Danıştay kararlarından örnekler verilerek yetki ve görev kavramları incelenmeye çalışılacaktır.

I.GENEL OLARAK

2575 sayılı "*Danıştay Kanunu*", 2576 sayılı "*Bölge İdare Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun*" ve 2577 sayılı "*İdari Yargılama Usulü Kanunu*", idari yargılamaya yeni bir düzen verirken vergi yargılaması alanına da önemli yenilikler getirmiştir¹. Daha önceleri vergi uyuşmazlıkları, itiraz komisyonu, vergiler temyiz komisyonu ve gümrük hakem kurulu tarafından çözüme kavuşturulmaktayken, 2575, 2576 ve 2577 sayılı yasaların yürürlüğe girmesinden itibaren vergi mahkemelerinde görülmeye başlanmıştır².

Vergi Mahkemeleri, bir kısım vergi uyuşmazlıklarında doğrudan Danıştay'a yetki verilmesi dışında genel görevli ve yetkili bağımsız ilk derece mahkemeleridir³. Vergi Mahkemelerinin genel olarak kurul halinde çalışmalarına rağmen, bazı davaların 2576 sayılı kanunun 7 inci maddesine göre tek hakimle görülmesi öngörülmüştür⁴. BİM

* Arş.Gör. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü Vergi Hukuku Anabilim Dalı

1 20.01.1982 gün ve 17580 Sayılı Resmi Gazete.

2 TEZEL, Adnan, Vergi Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1982, s.3.

3 Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak çözeceği vergi davaları şunlardır; a-Bakanlar kurulunun vergilemeye ilişkin düzenleyici işlemleri aleyhinde açılan davalar, b- birden çok vergi mahkemesinin yetki alanına giren işler, c- şikayet yoluyla vergi hatalarının düzeltilmesi taleplerinin reddinden doğan davalar, d- Danıştay da birleştirilen bağlantılı davalar, e- emlak vergisinde belirlenen "bina inşaat maliyetleri" ile ilişkili olarak Türkiye Ticaret Sanayii, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği'nce açılacak davalar. ULUATAM, Özhan, Türk Vergi Hukuku, Seçkin Yayınevi, genişletilmiş baskı, Ankara 1995, s. 247.

4 Vergi mahkemelerinde tek hakimle görülecek davalar şunlardır; a. Kazançları götürü usulde tesbit edilen mükelleflerin sınıf ve derecelerinin tesbiti işlemlerine karşı açılan davalar, b. her türlü vergi, res, harç ve benzeri mali mükellefiyetler ve bunların zam ve cezalarının toplamının sekizmilyon lirayı geçmediği tarhlara ilişkin uyuşmazlıklarda AATHUK'un uygulanmasından doğan ve sekizmilyonlirayı geçmeyen uyuşmazlıklar ÖNCEL, Mualla; Ahmet, KUMRULU, Nami, ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Ankara 1995, s. 193.

(Bölge İdare Mahkemeleri) ve Danıştay, vergi mahkemelerinin tek yargıçlı ya da kurul halinde olmak üzere farklı şekillerde verdikleri kararlara karşı kanun yollarına başvurulduğu yerlerdir. Bu durumda, vergi yargısının iki dereceli olarak örgütlendiğini söyleyebiliriz⁵. Vergi Mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacimlerinin gözönünde bulundurulmasıyla Adalet Bakanlığı'na kurulur. Yargı çevrelerinin tesbiti de İçişleri ve Maliye Bakanlıklarından görüş alınarak Adalet Bakanlığı'na belirlenmektedir⁶. Bu mahkemelerin kaldırılmalarına ya da yargı çevrelerinin değiştirilmesine Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu karar verir⁷. Ülkemizde, Adalet Bakanlığı'nun 21.3.1982 tarihli R.G. yayınlanan kararı ile 33 il merkezinde 63 vergi mahkemesi kurulmuştur⁸.

Görev, belli bir davaya bakması gereken yargı yerinin belirlenmesini ifade eder. Davanın coğrafi açıdan hangi yerdeki mahkemece görüleceği anlamına gelir⁹. 2576 sayılı yasanın 3410 sayılı yasa ile değiştirilen 6 ncı maddesinin (a), (b) ve (c) bendlerine göre, vergi mahkemelerinin görev alanına şu uyuşmazlıklar girer;

5 ÖNCEL, Mualla; KUMRULU, Ahmet G; ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, 4. baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1997, s.193.

6 AKSOY, Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 4. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s.119

7 ULUATAM, age., s.246

8 **Mahkemenin Kurulduğu İl Merkezi**

Yargı Çevresindeki İller

Adana	Adana
Afyon	Afyon
Ankara	Çankırı
Antalya	Antalya, Burdur, Isparta
Aydın	Aydın, Muğla
Balıkesir	Balıkesir
Bolu	Bolu
Bursa	Bursa
Çorum	Çorum
Denizli	Denizli
Diyarbakır	Diyarbakır, Mardin, Siirt
Edirne	Edirne, Kırklareli
Elazığ	Elazığ
Erzurum	Erzurum, Ağrı, Artvin, Kars
Eskişehir	Eskişehir, Bilecik, Kütahya
Gaziantep	Gaziantep, Adıyaman, K.Maraş,
Urfa	Urfa
Hatay	Hatay
İçel	İçel
İstanbul	İstanbul
İzmir	İzmir
Kayseri	Kırşehir, Nevşehir, Yozgat
Kocaeli	Kocaeli
Konya	Konya, Niğde
Maltaya	Maltaya, Bingöl, Tunceli
Manisa	Manisa, Uşak
Ordu	Ordu
Sakarya	Sakarya
Samsun	Samsun, Amasya, Sinop
Sivas	Sivas, Erzincan, Tokat
Tekirdağ	Tekirdağ
Trabzon	Trabzon
Giresin	Giresun, Gümüşhane, Rize
Van	Van, Bitlis, Hakkari, Muş
	Zonguldak
	Zonguldak, Kastamonu

9 ALVER, Cemil, Açıklamalı, İçtihatlı, Gerekçeli idari Yargılama Usulü Kanunu, 3. baskı, Ankara 1993, s. 127.

a. Genel bütçe, il özel idareleri, belediyeler ve köylere ait vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarife uyumsuzlukları,

b. (a) bendiyle ilgili konularda AATHUK'un uygulanmasından doğan uyumsuzluklar, Kuruluş kanununda 3410 sayılı kanunla yapılan değişikliğe göre vergi mahkemeleri, genel bütçe, il özel idareleri, belediyeler ve köylere ait vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunlarla ilgili zam ve cezalarla sınırlı olmak üzere 6183 sayılı kanunun uygulanmasından doğacak uyumsuzlukları çözümlenmekle görevlidir¹⁰.

c. Bunların dışında vergi mahkemeleri diğer kanunlarla verilen görevleri de yaparlar¹¹.

Buradan anlaşılacağı üzere katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve sosyal güvenlik kuruluşlarının gelirleri ile ilgili olarak ortaya çıkan uyumsuzluklar vergi mahkemelerinin görev alanı dışındadır¹². Burada kamu idarelerine ait mali hükümlerle ilgili uyumsuzlukların çözümünde vergi mahkemeleri görevli kabul edilmiş, ancak kamu kuruluşlarına ait olan mali yükümlerle ilgili uyumsuzluklar konusunda görev verilmemiştir. Yine sosyal güvenlik kurumlarının gelirleri hakkındaki uyumsuzluklar ile 6183 sayılı kanunun uygulanmasından doğan sınırlı bir görev alanı verilmesi, vergi mahkemelerinin yetkisinin belirlenmesinde, organik ölçüt kullanılarak bir sınıflandırma yapıldığını göstermektedir¹³.

Yetki ise, aynı yargı örgütü içerisindeki mahkemelerden hangisinin davaya bakabileceğini gösterir¹⁴. Yetki konusunda, İYUK'un 37 inci maddesinde vergi uyumsuzluklarında yetkili vergi mahkemesi olarak şunlar sayılmıştır;

a. Uyumsuzluk konusu olan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren, zam ve cezaları kesen,

b. AATUHK uygulanmasında ödeme emrini düzenleyen,

c. Diğer uyumsuzluklarda dava konusu işlemi yapan¹⁵ dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesidir.

İYUK'un 4 üncü maddesine göre dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, ait oldukları mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere diğer vergi mahkemesi başkanlıklarına, vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı ülkelerde Türk konsolosluklarına verilebilir¹⁶.

Konuyu ana hatlarıyla ortaya koyduktan sonra, vergi mahkemelerinin görev ve yetkisine giren durumları ele almaya geçebiliriz. Görev ve yetki konusunda yasadaki özel düzenlemelerin yanında, Danıştay kararlarına da konu olan ve uyumsuzlukların çıkmasına neden olabilen bazı özel durumları incelemeye geçebiliriz;

10 AKSOY, Ahmet, Türk Vergi Sistemi İçinde Vergi Yargısının Yeri ve İşlevi, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül-Ekim 1994, Sayı 74, s. 20.

11 EROĞLU, Nurettin, Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, 21. baskı, Ankara 1995, s. 735; ULUATAM, Özhan, age., s.247

12 ULUATAM, age, s.347

13 AKSOY, Türk Vergi Sistemi İçinde..., s. 20.

14 ALVER, Cemil, Açıklamalı-İçtihatlı-Gereççeli İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. baskı, Ankara 1993, s.127

15 "Davaya konu edilen işlemin Maliye ve Gümrük Bakanlığı işlemi olması nedeniyle, davanın çözümüne dava konusu işlemi yapan Maliye ve Gümrük Bakanlığının bulunduğu yer vergi mahkemesinin yetkili olduğuna karar verildi." Danıştay 3. dairesinin 24.1.1984 gün ve E. 1984 /53, K.1984/158 sayılı kararı.

16 SEVİÇ, Veysi, Vergi Davası Nasıl Açılacak?, Vergi Dünyası, Yıl 2, Sayı 13, s.49.

II.VERGİ MAHKEMELERİNİN YETKİ VE GÖREVLERİ

A.VERGİ, RESİM, HARÇ VE BENZERİ MALİ YÜKÜMLERİN TARH, TAHAKKUK İŞLERİ İLE ZAM VE CEZA KESME İŞLERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREV VE YETKİ

Uyuşmazlık konusu vergi, resim harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren zam ve cezaları kesen daire nerede bulunuyorsa yetkili mahkeme o dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesidir.

Burada benzeri mali yükümlük kavramının kapsamı¹⁷ önemlidir. Çünkü kapsamın belirlenmesine göre vergi veya idare mahkemesinin görevi ortaya çıkacaktır. Danıştay'ın da vermiş olduğu kararlar ışığında benzeri mali yükümlülükler arasında sayılabilecekler şunlardır; elektrik iştirak payı¹⁸, tapu harcı¹⁹, belediyenin tahsil ettiği imar çapı bedeli²⁰, atık su bedeli²¹, bunun yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ve sosyal güvenlik kurumlarına ödenen aidatlar, bazı temel mallara devletçe yapılan zamlar nedeniyle ilgililerden alınan fiat farkları, akaryakıt fonuna ödenen paylar, katma bütçeli kuruluşlardan olan DSİ Genel Müdürlüğüne tahakkuk ettirilip tahsil olunan sulama ve bataklık kurutma ücretleri, belediye gelirleri kanununda öngörülen harcamalara katılma payı, köy bütçelerine giren salmalar sayılabilir²². Ancak 6785 sayılı İmar Kanunu'na göre, tahsil edilen yol ve kanal iştirak payları²³, döviz çeklerinin kur farklılıkları²⁴, taşocağı tüzüğü'nün 29 uncu maddesi gereğince kesilen para cezaları²⁵, 2798 sayılı yasaya göre dernekte çalışan ücretlilerin vergi iadesine ilişkin vergi iade beyannamesi verilmemesinden doğan ve dernek adına tahakkuk ettirilen para cezalarının²⁶, genel bütçe, il özel idareleri ve belediyeler, köylere ait vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarife

-
- 17 Bu kapsam içine belediye gelirleri yasasında (md. 86-94) düzenlenen katılma payı, sanayi, ticaret, ziraat odaları ve barolar birliği gibi meslek kuruluşlarına aidat ve harçlar, radyo ve televizyon ruhsat ücretlerinin, bir kısım temel stok ürünlerinin fiyatlarına yapılan zamlar sonucunda alınan fiyat farkları, bir kısım ithal ürünlerin üzerine konulan primler, paylar, üniversiteler arası seçme sınavına katılan öğrencilerden alınan ücretler, emekli sandığı, sosyal sigortalar, ordu yardımlaşma kurumlarına ödenen aidatlar Sayılabilir. ÇAĞAN, NAMI, 1982 Anayasasında Vergilendirme, Prof. Dr. Fadıl SUR' a armağan, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi yayını 522, Ankara 1983; ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, age, s. 33-34; benzeri yükümlülüklerden olarak şerefîyelerden sözedebiliriz. Şerefîyeler, yani katılma payları devletçe yapılan bir bayındırlık hizmetinden yararlanan kimsenin yararlanma oranı gözönünde bulunarak alınan bir mükellefiyet olarak tanımlana bilir. Bayındırlık hizmetlerinin maliyeti, kısmen bu şekilde karşılanmaktadır. ULUATAM, Özhan, Kamu Maliyesi, 4. baskı, Ankara 1991, s. 191.
- 18 Danıştay 9. dairesinin 28.6.1988 gün ve E. 1987/2082, K.1988/2577 sayılı kararı, Danıştay Dergisi Yıl; 1989, Sayı 72-73, s. 601.
- 19 Danıştay 9. dairesinin 5.4.1988 gün ve E. 1987/1057, K. 1988/1383 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl; 1989 Sayı 72-73, s. 603.
- 20 Danıştay 9. dairesinin 16.3.1987 gün ve E. 1987/529 , K. 1987/827 sayılı kararı Danıştay Dergisi, Yıl; 1988, Sayı 68-69, s. 634.
- 21 Danıştay 9. dairesinin 27.9.1988 gün ve E. 1987 /2774, K. 1988/2936 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1989, Sayı; 74-754, s. 552.
- 22 YENİCE, Kazım; ESİN, Yüksel, Açıklamalı İçühatlı Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 427-428.
- 23 Danıştay 9. dairesinin 9.7.1986 gün ve E. 1988/569, K.1988/2189 sayılı kararı , Danıştay Dergisi, Yıl 1989, Sayı 72-73, s. 599.
- 24 Danıştay 10. dairesinin 16.4.1984 gün ve E. 1984/24 , K, 1984/801 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1985, Sayı 56-57, s. 422.
- 25 Danıştay 8. dairesi 21.4.198 gün ve E.1987/962, K. 1988 /443 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1988, Sayı 72-72 , s. 513.
- 26 Danıştay 10. dairesinin 30.1.1986 gün E. 1985/3410 , K 1986/138 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1987, Sayı 64-65. s. 437.

uyuşmazlıklarından olmadığı açıktır. Bu nedenle bu tür uyuşmazlıklarda vergi mahkemeleri değil idare mahkemeleri görevli ve yetkilidir.

37 inci maddenin (a) bendine harcamalara katılma payları yanında BGK'nın 97 inci maddesinde belirtilen ücretler de dahildir. Belediyeler dışında başka kamu kuruluşları da verdikleri bir kısım hizmetler karşılığında ilgililerden ücret almaktadırlar. 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanununun 24 üncü maddesine göre DSI Genel Müdürlüğü'nün yukarıda da belirttiğimiz sulama ve bataklık kurutma hizmetlerinden yararlanan kişilerden alındığına göre ayrıca takip ve tahsillerinin 6183 sayılı kanun uyarınca yapıldığı gözönünde tutulursa benzeri mali yüküm olduğu söylenebilir²⁷.

Belediyelere ait vergi ve harçlarla, benzeri mali yüküm niteliğindeki katılma payları ve ücretler konusunda "Belediye Gelir Şube Müdürlükleri" şube müdürlüğü olmayan yerlerde "Belediye Hesap İşleri Müdürlükleri", hesap işleri müdürlüğü olmayan belediyelerde "Muhasebe Servisleri" 37 nci maddenin belirttiği "daire" niteliğindedir. İl özel idarelerince alınan "taş ocakları resmi" yönünden ise özel saymanlık gelir müdürlüğü veya gelir memurluğunun yahut tahakkuk şubesinin tarh ve tahakkuku yapan "daire" sayılması gerekir. Aslında gerek belediyelere, gerekse il özel idarelerine ait mali yükümler açısından, ilgili belediyenin veya özel idarenin bulunduğu ildeki vergi mahkemesi yetkilidir²⁸.

Vergi ile ilgili olarak "uzlaşma" konusunda da kararlar vardır. Uzlaşma, verginin tarhi ile ilgili ise, 37 nci maddenin (a) bendi kapsamına girer. Danıştay'ın da bu yönde kararları vardır. "Uzlaşma talepleri de tarh ve tahakkuk, vergi mahkemesinin görevi dahilindedir"²⁹. Uzlaşma, takdir komisyonlarınca takdir edilen matraha karşı ise 37 nci maddenin (d) bendi kapsamına girecektir. Ancak Danıştay'a göre ".takdir komisyonunca takdir edilen matraha karşı vergi dairesi dava açmışsa, dava sonucuna dayanılarak salınan vergi ve ceza için uzlaşma yoluna başvurulamaz"³⁰. Danıştay'ın konuyu açıklayıcı bir kararını³¹ buraya almakta yarar görüyorum; "Uzlaşmanın temin edilmediğine ilişkin olarak uzlaşma komisyonunca yükümlüye veya ceza muhatabına yapılan yazılı bildirim, uzlaşma isteminde bulunan kişinin hukukunu etkileyen idarenin tek yanlı ve icrai bir işlemi niteliğini taşıdığından iptal davasına konu yapılabileceği, ancak 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24 üncü maddesinde sayılanlar dışında kalan bu tür davaların Danıştay'ın görevine girmediği, verginin tarh ve tahakkukundan ayrılabilir nitelikte olup davaya konu teşkil edebilecek vergiye ilişkin idari işlemler hakkında açılacak davalarda vergi mahkemeleri görevlidir."

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 31 inci maddesinin 3 numaralı bendinde öngörülen sakatlık indiriminden yararlanmak üzere alınan sağlık raporuna göre sakatlık derecesinin saptanmasına ve buna göre ilgilinin indirimden yararlanmayacağı veya belirli ölçülerde yararlanabileceğinin bildirilmesine ilişkin işlemlerin iptali talebiyle açılan davaların vergi davası olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda tartışma vardır. Ancak sakatlık indiriminden doğan uyuşmazlıklarda yetki kuralları bakımından aynı doğrultuda iki Danıştay kararı mevcuttur.

27 ALVER, Cemil, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu, Ankara 1993, s. 240

28 YENİCE; ESİN, age., s. 680.

29 Danıştay 4. dairesinin 14.9.1987 gün ve E. 1987/3838, K. 1987/2443 Sayılı Kararı, Danıştay Dergisi, Yıl; 1988, Sayı; 70-71, s. 200. Ancak tarafların üzerinde uzlaştığı uzlaşma tutanağının imzalanarak kesinleşmesiyle taraflar imzalarıyla bağlanmakta ve uzlaşılan vergi ve cezasına karşı yargı yoluna başvurulmamaktadır.

30 Danıştay 4. dairesinin 14.4.1975 gün 1981/1281 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı; 20-21, s. 322-323

31 Danıştay 9. dairesinin 16.10.1987 gün ve E. 1986/5182, K. 1987 sayılı kararı.

"Dava... Maliye Bakanlığı merkez sağlık kurulunca yapılan sağlık değerlendirmesine dayanılarak sakatlık indiriminden yararlanılamayacağı yolundaki işlemin iptali isteğiyle açılmıştır;

....sakatlık derecesinin tesbitine dair sağlık kurulu kararının sonucuna göre ilgilinin vergi istisnasından yararlanamayacağı yolundaki bildiri, henüz bir vergi istenmesi veya alınması ayrıca kanunun belirttiği şekilde bir düzeltme ve şikayet başvurusu bulunmadığına göre şikayet ve düzeltme isteminin reddi yolunda bir işlem olarak nitelendirme olanağı yoktur. Bu bildirim vergilendirmeden önce ve ona esas olmak üzere yapılmış bir tespit işleminden ibarettir. Bu haliyle de iptal isteğiyle açılacak davanın Danıştay 'da ilk derecede görülüp çözümlenmesi mümkün değildir.

Dava konusu olayda... iptali istenen işlem ilgilinin sakatlık derecesi itibariyle vergi istisnasından yararlanamayacağına ilişkin olup, ücretlerinin vergilendirilmesine doğrudan etkili olduğundan dava konusu işlemin vergilenme ile ilgili bulunduğu kabulü gerekmektedir. Bu niteliği nedeniyle davanın görülüp çözümlenmesinin vergi tarhi ile görevli vergi dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin bu davaya bakmakla görevli ve yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır³².

Danıştay bir başka kararında şunları belirtmiştir; "...davacının sakatlık indiriminden yararlandırılmamasına ilişkin işlemin iptali talebiyle açtığı davanın rüyetiyle sakatlık indiriminin uygulanacağı gelir vergisini tarh ve tahakkuk ettiren Bursa vergi dairesinin bulunduğu yer vergi mahkemesi olan Bursa vergi mahkemesi bu uyuşmazlığı çözümede yetkili bulunmaktadır."³³

37 nci maddenin (a) bendine göre, uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümü tarh ve tahakkuk ettiren yahut zam ve cezayı kesen daire nerede bulunuyorsa oraya bakan vergi mahkemesi yetkili olacaktır. Danıştay'ın bir kararında da bu bend, olayla ilgili olarak şu şekilde kaleme alınmıştır. "... dava konusu işlemin vergilemeyle ilgili bulunduğu kabulü nedeniyle, davanın görülüp çözümlenmesinde vergi tarhiyle görevli vergi dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesi görevli ve yetkilidir"³⁴. Tarh ve tahakkuku yapan veya zam ve cezayı kesen daire, uyuşmazlık konusu mali yükümün niteliğine göre değişiklik gösterir. Genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlarla bunların zam ve cezalarının tarh ve tahakkuku genel olarak vergi dairesine aittir.

Danıştay bir kararında " ... KDV genel bütçeye giren bir vergi olduğundan tarh, tahakkuk ve tahsiline yetkili mercii belediye değil vergi dairesidir. Dolayısıyla belediye hesap işleri müdürlüğünün bu verginin tahsili için ödeme emri düzenleme yetkisi bulunmamaktadır....Açıklanan nedenle, verginin tahakkuk ve tahsil yetkisi bulunmayan belediyece tanzim ve tebliği edilen ödeme emrinin iptali istemini reddeden... belediyenin... işleminin iptali istemine ilişkin davanın kabulüne * karar vermiştir³⁵.

32 Danıştay 4. dairesinin 4.1.1983 gün ve E. 1982/17053, K. 1983/20 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1984, Sayı; 52-53, s. 195.

33 Danıştay 3. dairesinin 28.12.1984 gün ve E.1984/5195, K. 1984/3638 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1985, Sayı; 58-59, s. 133.

34 Danıştay 4. dairesinin 21.10.1987 gün ve E. 1986/424, K. 1987/2992 sayılı kararı, Danıştay Dergisi , Yıl 1988, Sayı; 70-71, s. 203.

35 Danıştay 7. dairesinin 19.9.1990 gün ve E. 1990/2738, K. 1990/2629 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1992, Sayı; 82-83, s. 553.

B.TARİFELERİN TESBİT VE UYGULANMASINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREV VE YETKİ

Kamu dairelerine ait (genel bütçe, il özel idareleri, belediyeler ve köyler) vergi resim ve harçlarla benzeri mali yükümlere ilişkin ilgili tarifelerin tesbiti ve uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda da vergi mahkemeleri görevlidir. Uyuşmazlık, tarifenin iptali veya tarifenin uygulanması ile ilgili olabilmektedir³⁶. Bu durumda katma bütçeli kamu kuruluşlarının mali yükümlerinden doğan uyuşmazlıklar idare mahkemelerince çözümlenecektir. Sosyal güvenlik kurumlarına ödenen aidatlardan çıkan uyuşmazlıklar ile mali yüküm sayılabilecek, TSE, PTT, DDY gibi kamu kuruluşlarının kamusal gelirlerinden doğan uyuşmazlıklar idare mahkemelerinde çözümlenecektir³⁷.

Danıştay'ın bazı kararlarında çelişki görülmektedir. Örneğin Danıştay "*konutta kullanılan kaplıca suyu ile ilgili belediye tarifesinin iptali isteğiyle açılan davanın konusunun sözleşme ve akitten doğan ücrete ilişkin olması nedeniyle adli yargının görevine girdiğine*" karar vermiştir³⁸. Ancak, "*genel bütçe, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve cezalar ile tarife uyuşmazlıklarının vergi mahkemesince karara bağlanacağı*" 2576 sayılı yasanın 6 ncı maddesinde öngörülmüştür. Bu durumda 2576 sayılı yasa ve Danıştay kararı arasında çelişki vardır. Çünkü burada bir tarife uyuşmazlığı olduğu açıktır. O halde davanın vergi mahkemesinde görülmesi gerekirdi.

C. ŞİKAYET YOLUYLA VERGİ DÜZELTME TALEPLERİNİN REDDİNE İLİŞKİN İŞLEMLERDE GÖREV VE YETKİ

Şikayet yoluyla vergi düzeltme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerde görev ve yetki şu şekildedir; Bu tür vergi sorunlarında vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesi yetkili olacaktır.

Vergi hatalarına karşı düzeltme yoluna başvurulması durumunda yasal prosedür ve yetki şu şekildedir; Süresi içerisinde yapılan düzeltme talebinin vergi dairesinin ilgili serisi kendi görüşünü ekleyerek yetkili merciye gönderir. Düzeltmeyi yapmaya ilgili vergi dairesi müdürü yetkilidir. Düzeltme talebi yerinde görülürse vergi idaresi düzeltmeyi yapar, bir düzenleme fişi ile yükümlüye tebliğ eder³⁹. Düzeltme istemi reddedilirse, yükümlü şikayet yoluyla Maliye Bakanlığı'na başvurabilir. Bakanlık şikayeti kabul ederse ilgili vergi dairesine durum bildirilerek hatalı işlem düzeltilir. Bakanlık şikayeti reddederse düzeltme talebinde bulunan bir kimse idari dava yoluna başvurabilir. Bu durumda İYUK madde 37/b gereğince yetkili mahkeme vergiyi, resim harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren bir mahkeme olur. 4001 sayılı İYUK'un bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanunun 17 inci maddesine göre İYUK'un 37 inci maddesinin (b) bendine yetki ile ilgili şu hüküm eklenmiştir; "... Vergi Usûl Kanunu gereğince şikayet yoluyla düzeltme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren" dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesi" yetkili olacaktır. Yeni düzenlemeyle bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme kanunen tesbit edilmiştir.

36 TEZEL, age., s. 11; AKSOY, Ahmet, Türk Vergi Sistemi İçinde..., s. 20.

37 AKSOY, Şerafettin, Vergi Yargısı Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1980, s.187; AKSOY, Ahmet, Türk Vergi Sistemi İçinde..., s. 20.

38 Danıştay 9 uncu dairesinin 18.11.1987 gün E. 1986/1656 K. 1987/3281 sayılı kararı, Danıştay dergisi, 1988, Sayı: 70-71, s. 516.

39 KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s. 157.

D. GÜMRÜK KANUNUNA GÖRE ALINMASI GEREKEN VERGİLERDE GÖREV VE YETKİ

Bu halde de vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesi yetkili olacaktır.

Vergi mahkemeleri yanında Danıştay ve BİM'lere de gümrük vergisi uyuşmazlıklarında yetki verilmiştir. (BİM VMKM.13.15. geçici madde 9)⁴⁰ gümrük vergileri ve bunlara ilişkin ceza ve zamlar da vergi davasına konu olabilmektedir⁴¹.

Gümrük vergisi ile ithalden alınan vergi ve resimler yönünden yasal bir düzenleme daha önceden yapılmadığı için bu konudaki boşluk içtihatlarla doldurulmaktaydı. İchtihatlarda farklı yer mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Bu nedenle içtihatlarda bir birlik yoktu. Danıştay, gümrük vergisinin tarh ve tahakkuk ile ilgili bir uyuşmazlığında vergiyi tarh ve tahakkuk ettiren dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin yetkili olacağını⁴², tarh ve tahakkuk ile ilgili olmayıp da Maliye Bakanlığı'nın bir işleminden dolayı bir uyuşmazlık sözkonusu olursa işlemi yapan dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin (Ankara Vergi Mahkemelerinin) yetkili olacağını öngörmekteydi⁴³. 4001 sayılı yargılama usulü kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında yasanın ⁴⁴ 17 nci maddesine göre , *İYUK'un 37 inci maddesinin (b) bendine yetkiyle ilgili şu hüküm eklenmiştir; "Gümrük kanununa göre alınması gereken vergilerle Vergi Usul Kanunu gereğince şikayet yoluyla düzeltme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerde, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren) dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesi yetkili olacaktır."* Yeni düzenlemeyle gümrük vergisi konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme kanunen tesbit edilmiş ve bu yöndeki karışıklıklara son verilmiştir.

Danıştay'ın, gümrük vergisi ile ilgili olmakla birlikte, verginin tahakkuku ile ilgisi bulunmayan bir uyuşmazlıkta verdiği bir kararda⁴⁵ şunlar ifade edilmiştir; *"Gümrük vergi ve resimlerine ait teminatın irat kaydedilip kaydedilemeyeceğine ilişkin işlemlerin vergi tahakkuku ile ilgisi bulunmadığından bu işlemlerden doğan bu uyuşmazlığın 1615/78 maddesi kapsamında düşünülmemeyeceği, böyle olunca olaya aynı kanunun 79, 80 ve 84. maddelerinin uygulanmasında mümkün olmadığı, sözkonusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın idari yargının genel hükümleri çerçevesinde ve 2576 sayılı kanunun 6 nci maddesi muvacehesinde mahalli vergi mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğine karar verildi"*. Gerçekten de bu uyuşmazlık verginin tahakkukunu ilgilendirmemektedir. Yukarıda sözettiğimiz değişiklikle ilgili olmayan bir konudur.

E. İDARE TARAFINDAN DÜZENLENEN ÖDEME EMRİ İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREV VE YETKİ

Vergi mahkemelerinin, genel bütçe, il özel idareleri, belediyeler ve köyler, vergi, resim, harçlarla benzeri mali yükümler ve bunlarla ilgili zam ve cezalarla sınırlı olmak üzere 6183 sayılı kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak özel bir düzenlemeyle

40 ÖNCEL; KUMRULU; ÇAĞAN , age., s. 193.

41 ÖNCEL; KUMRULU; ÇAĞAN, age., s.195.

42 Danıştay 7. dairesinin 2.2.1983 gün ve E. 1983/97, K.1983/180 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1984, Sayı:52-53, s. 345.

43 Danıştay 3. dairesinin 24.1.1984 gün ve E. 1984/53, K. 1984/158 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1985, Sayı: 56-57, s. 342.

44 RG. 18.6.1994/21964

45 Danıştay 7. dairesinin 26.11.1985 gün ve E. 1985/1785 , K. 1985/2828 sayılı kararı.

ödeme emrini düzenleyen dairenin esas alındığı bir görevlendirmenin olduğunu görüyoruz.

Kamu alacağını vadesinde ödemeyen borçluya 7 gün içinde borcunu ödemesi veya mal bildiriminde bulunması için yapılan tebliğe ödeme emri denilir⁴⁶. 37 nci maddenin (c) bendi, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunun uygulanmasında ödeme emrini düzenleyen dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin yetkili olacağını belirtmiştir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için ödeme emrine konu olan kamu alacağının mutlaka vergi, resim, harç ve benzeri türden bir mali yüküm veya bunların zam ve cezalarından olması şart değildir. Örneğin, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu kanununun 17 inci maddesi gereğince zamanında ödenmeyen kredi taksitlerinin 6183 sayılı kanuna göre kovuşturulmasından doğan uyuşmazlıklarda vergi mahkemelerinin görev ve yetki alanına girmektedir. Bu durum, sözü edilen kanunun 58 inci maddesinden kaynaklanmaktadır. Madde, kamu alacağının türü yönünden bir ayırım yapmaksızın, ödeme emirlerine karşı 7 gün içinde itiraz edilebileceğini hükme bağladığından ve 2576 sayılı kanunun 13 üncü maddesine göre buradaki "itiraz" deyimini "vergi mahkemesinde dava açılması", "itiraz komisyonu" deyimini ise "vergi mahkemesi" anlamını kazandığından, ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılacak davaların tümüne vergi mahkemelerince bakılması gerekir⁴⁷. Ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada mahkeme bir idari işlem olan ödeme emrini, idari işlemin unsurlarının hukuka uygunluğu açısından denetleyecektir⁴⁸.

İhracatta vergi iadesi uyuşmazlıklarında⁴⁹ haksız vergi iadesinin geri istenmesinde olduğu gibi alacaklı kamu idaresi ile ödeme emrini düzenleyen daire farklı vergi mahkemelerinin yetkisinde olabilir. Bu durumda İYUK 37/b bendi uygulanacaktır⁵⁰.

(c) bendinde "ödeme emrini düzenleyen daireden*" bahsedilmiştir. Burada duruma göre (a,b veya d) bendi hükümleri uygulanır. Örneğin, 6183 sayılı kanunun "amme alacaklarının korunması" başlıklı 2 inci bölümünde yer alan teminat, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda olduğu gibi ihtiyati hacize yetkili mahkeme, tahsil dairesine ait vergi davalarına bakan vergi mahkemesidir⁵¹. Bu durumda teminat ve ihtiyati haciz uygulamalarında uygulamayı yapan, ihtiyati tahakkukta ise tahakkuku yapan dairenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır⁵². Bu nedenle, 37 inci maddenin (d) bendi uygulanır. Ancak "bir başkasının vergi borcundan dolayı kendisine ait olan malın haczedilmesi olayında doğan uyuşmazlığa bakma görevi, hernekadar 6183 sayılı kanunun tatbik şekline doğmakta ise de vergi mahkemelerinin görev alanına girmemekte, adli yargının görev alanına girmektedir" denilmiştir⁵³. Yine Danıştay bir başka kararında "6183 sayılı kanunun uygulanmasına ilişkin haksız alındığı iddia edilen gecikme zamlarının vergilendirme

46 KANETİ, age., s. 447.

47 YENICE; ESİN, age., s. 682.

48 NARTER, Recep, 6183 Sayılı Kanuna Göre Ödeme Emrine Karşı Açılan Davalarda Dava Nedenleri, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 84, Yıl; 1995, s. 105.

49 Danıştay 10. dairesinin 13.10.1986 gün ve E. 1986/267, K. 1986/1759 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl; 1987, Sayı 66-67, s. 461.

50 ALVER, age., s. 241.

51 KANETİ, age., s. 434.

52 ALVER, age., s. 341.

53 Danıştay 9. dairesinin 14.2.1991 gün ve E., 1989/3290, K. 1991/411 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1992, Sayı; 82-83, s. 872.

hatası kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığından buna ilişkin davaların vergi mahkemesinde görüleceğini" belirtmiştir⁵⁴.

37 inci maddenin (c) bendi, yetkili mahkemenin belirlenmesi yönünde kamu alacaklısının değil, "ödeme emrini düzenleyen daire"nin bulunduğu yeri esas almıştır. Bunun önemi şuradadır. Bazı kanunlarda, kesinleşen kamu alacağının takip ve tahsil olunmak üzere vergi dairesi, mal müdürlüğü, defterdarlık gibi maliye kuruluşlarına intikal ettirileceğini öngören hükümler vardır. Örneğin, sözü geçen kanunun 17 inci maddesi, zamanında ödenmeyen kredi taksitleri tutarının 6183 hükümlerince mal sandıklarınca tahsil olunarak kuruma ödeneceğini belirtmektedir. Bu gibi hallerde alacaklı, kamu idare veya kurumu ile ödeme emrini düzenleyen daire ayrı illerde ve değişik vergi mahkemelerinin yargı çevrelerinde yer alabileceğinden, (c) bendindeki kural önem kazanmakta ve davanın ödeme emrini çıkaran dairenin bulunduğu ildeki vergi mahkemesinde açılması gerekmektedir⁵⁵.

F.VERGİ MAHKEMELERİNİN KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİNE DAYANAN TAZMİNAT VE ZAM TALEPLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA GÖREV VE YETKİ

Vergi mahkemesince verilen bir karara dayanılarak istenen tazminat ve zam taleplerine ilişkin davalarda görevli mahkeme yine vergi mahkemesidir⁵⁶. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bu konudaki bir kararını⁵⁷ vereceğiz; "Hukuka aykırı olarak tahsil edilip yargı kararına göre iade edilen vergi için faiz ödenmesi talebiyle mükellef tarafından açılan dava ilk derecede Danıştay'da incelenemez; Vergi mahkemesinde incelenmesi gerekir".

G. NAKİL HALİNDE GÖREV VE YETKİ

Yer değiştirme durumunda önceki vergi dairesinin tarh ettiği vergiler ve kestiği cezalar yönünden, o vergi dairesinin bulunduğu yer vergi mahkemesinde dava açılabilir. VUK 163 üncü maddeye göre, vergi dairesi muntıkası dışında biryere nakil durumu eski yer için işi bırakma, yeni yer için ise işe başlama olarak kabul edilir. Bu nedenle yükümlü bulunan vergi dairesi değişebilir. Önceki dönemlere ilişkin vergi uyumsuzluklarında dava önceki vergi dairesinin bulunduğu yer vergi mahkemesinde açılmalıdır⁵⁸.

H. KOLLEKTİF ŞİRKET ORTAKLARININ DURUMU

Kollektif şirket ortaklarının oturdukları yerler farklı olabilir. Bu halde şirket kayıtları üzerinden belirlenen ve ortaklar adına sağlanan vergilerde vergi ile ilgili uyumsuzluk ayrı vergi mahkemelerinde, şirket adına kesilen ceza hakkında da başka vergi mahkemesinde dava açılabilir. İYUK'un 38-44 üncü maddelerinde bunun gibi bağlantılı veya ilişkili davalar hakkındaki konular düzenlenmiştir. Yasal düzenleme gereği bu davalar bir mahkemede toplanabilir⁵⁹.

⁵⁴ Danıştay 4. dairesinin 13.5.1991 gün e., 1990/1749, K. 1991/1749 sayılı kararı, Danıştay Dergisi , Yıl 1992, Sayı; 82-83, s. 275.

⁵⁵ YENİCE; ESİN, age, s. 682.

⁵⁶ TEZEL, age., s. 11; AKSOY, Vergi Yargısı..., s.186.

⁵⁷ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 19.2.1983 tarih ve E.1992/119 K. 1993/34 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, 1994, Sayı; 88, s. 133.

⁵⁸ SEVİÇ, Veysi, Vergileme Yetkisinin Kullanımında Yargısal Denetim, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 33. seri, İstanbul 1990, s. 81.

⁵⁹ SEVİÇ, age., s.81.

I. DİĞER VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA GÖREV YETKİ

37 nci maddenin (d) bendi, (a), (b), (c) bendlerinin dışındaki uyuşmazlıklar yönünden işlemi yapan dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin yetkili olacağını belirtmektedir. Bu durumda vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülük henüz tarh ve tahakkuk aşamasına gelmemişse ve ödeme emri düzenlenmemişse, işlemi yapan dairenin bulunduğu yerdeki vergi dairesi yetkilidir⁶⁰. 37 nci maddenin (d) bendi, "işlemi yapan daire"nin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin yetkili olacağını belirtmekle, 32 nci maddenin 1 inci fıkrasına benzer bir düzenleme getirmiştir⁶¹. Bu durumda aşağıdaki hallerde, idari uygulamayı yapan idarenin bağlı bulunduğu vergi mahkemesi yetkili olmaktadır⁶².

1- Ödeme emri dışındaki icra takibi ve tahsil uyuşmazlıkları⁶³,

2- VUK'da takdir komisyonlarınca arsa birim fiyat tesbiti kararlarına karşı ilgili kuruluşların ve vergi dairelerinin, takdir komisyonlarının matrah takdir kararlarına karşı ise, vergi dairelerinin vergi mahkemelerinde dava açabilecekleri belirtilmiştir⁶⁴.

3- Götürü ücret, götürü ticaret ve serbest meslek kazançlarının tesbitine ilişkin il ve ilçe takdir komisyonu kararlarına karşı,

4- Belediyeler, Ticaret ve Sanayi Odaları, ilgili meslek kuruluşları ve defterliklerca açılacak davalar, takdir komisyonlarının arsalarla ait asgari ölçüde birim değer tesbitine ilişkin kararları nedeniyle vergi daireleri, ticaret odaları ve belediyeler tarafından açılacak davalar vergi mahkemelerinin görev alanına giren tarife iptali davaları,

5- Biraz önce bahsedilen ihtiyati haciz ve teminat uygulamalarından doğan uyuşmazlıklar bu kapsama dahildir⁶⁵.

III. GÖREV UYUŞMAZLIĞI

Danıştay Kanunu'nun 1 inci maddesine göre Danıştay, idari davaları inceleyip, karara bağlayan en yüksek idari mahkeme olmasının yanında, en yüksek danışma ve inceleme kuruluğudur⁶⁶. Bu nedenle Danıştay idari görev ve yetki uyuşmazlıklarında da görevlidir. Vergi mahkemeleri arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıklarına ve bağlantılı davalarda mercii tayinine ilişkin dava ve işler 3 üncü dairede çözümlenmektedir⁶⁷.

A. İLK DERECE MAHKEMELERİ ARSINDAKİ GÖREV UYUŞMAZLIKLARINDA

İYUK'un 40 ıncı maddesine göre görevsizlik kararı veren mahkeme, dosyayı görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye gönderir. Dosyanın gönderildiği mahkeme de görevsizlik kararı verirse olumsuz görev uyuşmazlığı çıkar. Bu mahkemeler aynı yargı çevresinde bulunuyorlarsa, BİM görev uyuşmazlığını karara bağlayarak dosyayı görevli

60 ALVER, age. s. 341

61 YENICE; ESİN, age., s. 683.

62 ALVER, age., s. 241.

63 YENICE; ESİN, age., s. 683.

64 AKSOY, Ahmet, Türk Vergi Sistemi içinde, ..., s. 20.

65 ALVER, age., s. 241.

66 AKSOY, Vergi Hukuku...s. 123.

67 3. dairenin bu iki görev dışında vergi, resim ve harçlarla ilgili olan, ancak diğer dava dairelerinin görevleri dışında kalan işlere bakma görevleri de vardır. TEZEL, Adnan, Vergi Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1982, s. 49.

mahkemeye gönderir. Aynı BİM'lerin yargı çevresinde bulunuyorlarsa görev uyuşmazlığını Danıştay çözer. Kesin olan bu karar ilgili mahkemeye gönderilir⁶⁸. 2576 sayılı kanunun 8 inci maddesine göre BİM'ler aynı yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıklarını kesin karara bağlar. Danıştay'ın konuyu açıklayıcı bir kararı şu şekildedir⁶⁹; "Aynı yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemesi arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlığının, 2576 sayılı kanunun 8/b fıkrası uyarınca yetkili bölge idare mahkemesince çözümlenmesi gerekeceğine karar verildi".

Burada şunu söylemek gerekir ki; BİM'lerin vergi yargısındaki görevleri son derece kısıtlıdır. O da, vergi mahkemelerinin tek hakimle verdiği kararlardır⁷⁰. Aslında bir içtihat mahkemesi olarak düşünülen Danıştay'ın yükü azaltılmamıştır. Danıştay'a içtihat mahkemesi niteliği kazandırılarak üç dereceli vergi yargısı kurulması gerektiği ileri sürülmüştür⁷¹. Gerçekten de vergi yargısının üç dereceli hale getirilmesi Danıştay'ın iş yükünü hafifletebileceği gibi, içtihat mahkemesi olması açısından bu görevinin üzerine daha fazla eğilmesi, dolayısıyla Vergi Hukukunun gelişmesine de yardımcı olması sonuçlarını doğurması olasıdır.

B.DANIŞTAY İLE İLK DERECE MAHKEMESİ ARASINDAKİ GÖREV UYUŞMAZLIKLARINDA

İYUK'un 43 üncü maddesine göre vergi mahkemesi Danıştay'ı yetkili görüyorsa, dava dosyası Danıştay'a gönderilir. Danıştay yetkili olduğu düşüncesinde ise sorun çıkmaz, dava çözümlenir. Danıştay'ın vergi mahkemesini yetkili görmesi halinde ise dava, bu mahkemeye gönderilir. Danıştay'ın bu konudaki kararı kesin olduğundan, ilk derece mahkemesi karara direnme imkanına sahip değildir⁷².

IV. GÖREV VE YETKİ DIŞINDA BİR İŞE BAKILMASININ SONUCU

İlk derece mahkemesinin verdiği karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde Danıştay, görev ve yetki kurallarına uyulup uyulmadığı konularını da inceler. Yapılan inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin görev ve yetki dışında bir işe bakmış olması durumunda vergi mahkemesince verilmiş olan karar bozulabilir. Ancak vergi mahkemesi verdiği kararında ısrar etme bir başka ifadeyle direnme hakkına sahiptir. Bu durumda dava Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nda kesin karara bağlanır. Verilen bu karara uyulması zorunludur⁷³.

Vergi mahkemesinin görevine giren bir dava adli ya da askeri yargı yerlerinde açılmış ve görev noktasından reddedilmişse, red kararının tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. İYUK'un 9 uncu maddesine göre bu yerlere başvurma tarihi vergi mahkemesine başvurma tarihi olarak kabul edilmiştir⁷⁴. Bu durumda süre yönünden bir hak kaybı ortaya çıkmayacaktır.

68 ALVER, age., s. 24.

69 Danıştay 10. dairesinin 17.12.1985 gün ve E., 1985/1641, K. 1985/1793 sayılı kararı.

70 EROĞLU, Nurettin, Açıklamalı İçtihatı, Vergi Usul Kanunu, 2 inci baskı, Ankara 1995, s. 737.

71 ÖNCEL; KUMRULU; ÇAĞAN, age., s. 194.

72 ALVER, age., s. 24.

73 İYUK, madde 219, AKSOY, Vergi Hukuku ve s. 124.

74 SEVIÇ, Vergi Davası Nasıl.... s. 49.

Uyuşmazlık mahkemesinin bir kararında⁷⁵ adli yargının görevine giren bir konuda asıl yetkili mahkeme olarak vergi mahkemesinin gösterildiği bir uyuşmazlıkta sonuç olarak şunlar belirtilmiştir; "VUK'un kaçakçılıkta hapis ve meslekten men cezalarının verilmesine ilişkin 359 uncu maddesine göre açılan davaların vergi mahkemesinde değil ceza mahkemesinde görülmesi gerekir."

Vergi mahkemesi görevsizlik ve yetkisizlik kararı verirken bu kararda görevli ve yetkili mahkemeyi ya da Danıştay'ı gösterir. Mahkemenin bu karara uyması halinde bir problem çıkmaz. Dava yeni yargı yerinde çözümlenir. Tarafların bir talebine gerek olmaksızın yargı yeri kendiliğinden davanın çözümü için gereken işlemleri yapar. Yeni yargı yeri davaya kalınan yerden değil, en baştan alarak devam eder. Bu durumda önceki görevsiz yargı yerinde yapılan işlemler geçerli olmaz⁷⁶.

75 RG., 7.1.1990/20395, uyuşmazlık mahkemesi ceza bölümünün 8.12.1989 tarih ve E., 1989/36, K. 1989/36 sayılı kararı.

76 ALVER, age., s. 253.

SONUÇ

Vergi Hukuku genel kuralları açısından idare hukuku ile yakınlık gösterse de kendine özgü kurum ve kurallara sahiptir. Vergi uyumsuzluklarının çözümünde de bu tür özellikler göze çarpmaktadır. Bu nedenle vergi mahkemelerinin görev ve yetkilerinin tesbitinde de vergi hukukuna özgü kurallar konularak görev ve yetki konusunda özel düzenlemeler yapılmıştır.

Vergi yargılamasında kamu düzenini ilgilendiren önemli bir konu olan yetki ve görev kuralları, 2576 sayılı "*İdare Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun*", 2577 sayılı "*İdari Yargılama Usulü Kanunu*", Vergi Usul Kanunu ve Gümrük Vergisi Kanununda düzenlenmekteydi. Gümrük vergisi uyumsuzlukları konusunda yeni yapılan düzenleme ile içtihat farklılıkları ve karışıklığın önüne geçilmesi sağlanmıştır. Bu nedenle yeni düzenleme isabetli olmuştur. Ayrıca yargı dallarının özelleştiği günümüzde gümrük vergisine ilişkin bir uyumsuzluğun idari yargıda çözümlenmesinin uygun olmayacağı açıktır. Bu nedenle yerinde bir düzenleme yapılarak yetkili vergi mahkemesi tesbit edilmiştir. Bu düzenleme vergi yargısında yetki ve görev konusundaki kuralların biraraya getirilmesinin ilk adımıdır. Gerçekten de şu haliyle yetki ve görev konusunda diğer vergi yargılaması kurallarında olduğu gibi birden çok yasaya başvurmak zorunda kalmaktadır. Hatta vergi yargılamasında HUMK'a yapılan atıflar da gözönüne alınırsa, vergi hukukunun kendine özgü yapısı gözönünde bulundurularak, vergi yargılaması usulünün tek bir yasada birleştirilmesinin uygulayıcılar ve vergi mükellefleri açısından da kolaylık sağlayacağını söyleyebiliriz.

Vergi yargılaması ile ilgili hükümler ve bu arada yetki ve görev kuralları konusunda vergi yargısını idari yargıdan tümüyle ayıracak ve idari yargılamasının gölgesinden kurtaracak özel düzenlemeler yapılmalıdır. Vergi yasalarının vergi yargılaması konusundaki düzenlemelerinin çoğu, tek bir yasa içerisinde değil vergi yasalarının dışında birden çok yasaya başvurmak suretiyle bulunabilmektedir. Bu durum vergi mükellefleri açısından olduğu kadar uygulayıcılar açısından da zorluk doğurmaktadır. Diğer vergi düzenlemelerinde de olması gerektiği gibi sade, anlaşılır açık bir dil, vergi yargılamasını düzenleyen yasa hükümleri açısından da gereklidir. Bu durum, vergilerin yasalığı ilkesinin de doğal bir sonucudur.

BİBLİYOGYAFYA

- AKSOY, Şerafettin :Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 4 üncü Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.
- AKSOY, : Türk Vergi Sistemi İçinde Vergi Yargısının Yeri ve İşlevi, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül-Ekim 1994, Sayı 74.
- AKSOY, : Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- ALVER, Cemil :Açıklamalı, İçtihatlı, Gerekçeli İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Baskı Ankara 1993.
- EROĞLU, Nurettin :Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanununu, 21. Baskı Ankara 1995.
- KANETİ, Selim :Vergi Hukuku, İstanbul 1989.
- NARTER, Recep :6183 Sayılı Kanuna Göre Ödeme Emrine Göre Karşı Açılan Davalarda Dava Nedenleri, Vergi Sorunları Dergisi, Sayfa:84, Yıl 1985.
- ÖNCEL, Mualla :Ahmet, KUMRULU: Nami, ÇAĞAN, Vergi Hukuku Ankara 1995
- SEVİĞ, Veysi :Vergi Davası Nasıl Açılacak?, Vergi Dünyası Yıl:2, Sayı: 13.SEVİĞ, Veysi, Vergileme Yetkisinin Kullanımında Yargısal Denetim, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 33 Seri, İstanbul 1990.
- TEZEL, Adnan :Vergi Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1982.
- ULUATAM, Özhan :Türk Vergi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Genişletilmiş Baskı , Ankara 1995.
- YENİCE, Kazım :ESİN, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983.

KARŞILIKSIZ ÇEKLERDE BANKANIN SORUMLULUĞU

Yücel OĞURLU*

GİRİŞ

Günümüzde ticari hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelen kıymetli evrak içerisinde çek, güngüçtekte daha fazla kişi tarafından kullanılmakta ve önem kazanmaktadır. Bu nedenle çeklerin ödenmemesi ile ilgili sorunlarla uygulamada sık sık karşılaşılmaktadır.

Pazar ekonomisinin hemen hemen tüm koşulları ile işlediği ülkemizde, mahkemelerde kıymetli evrak türlerine ilişkin sorunlar önemli bir yer tutmaktadır. Acaba bu bağlamda çeklerin konumu nedir? Çekin ödenmemesi karşısında en azından lehdarın zararlarını hafifletecek önlemler nelerdir ya da neler olması gerekir? Diğer bir sorun ise ekonominin ve ticaret hayatının düzenli ve güvenli çalışması için çek ile ilgili gerekli düzenlemelerin yapılıp yapılmadığıdır.

Hiç kuşkusuz, bonoların nerede ise güvenilirliğinin ortadan kalktığı şu günlerde çeklerin de aynı akıbete uğramasının önlenilmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada kıymetli evrakın belki de ülkemizde en sık ve güvenilir şekilde kullanılan türü olan çekin karşılığının bulunmaması durumunda zararın karşılanması ve tarafların mağdur edilmemesi için alınan yasal önlemler üzerinde durulacaktır. Çalışmamızda muhatapın sorumluluklarının neler olduğu konusu, Yargıtay kararlarından örnekler verilerek incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde kıymetli evrak kavramı üzerinde durulacak ve kıymetli evrakın önemli bir grubu olan çekin önemi hakkında bilgi verilecektir. İkinci bölümde karşılıksız çek keşide etme suçuna değinilecektir. Üçüncü bölümde ise, karşılıksız çekte muhatap bankaların ne şekillerde sorumlu oldukları ve üzerlerine düşen görevlerin neler olduğu Yargıtay kararları ışığında incelenecektir.

I. ÇEKİN ÖNEMİ

Hakkın senede bağlı olduğu ve senet olmaksızın dermeyan ve devir edilemeyen senetler kıymetli evrak olarak tanımlanmıştır¹. Ticari yaşamda para ile ödemenin her zaman elverişli olduğu söylenemez. Bu nedenle kıymetli evraka uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır.

Ticari hayatın her aşamasında hatta, vergi borcunun vergi dairesine ödenmesine kadar her aşamada artık nakit para gibi kullanılmaya başlanılan çekler, kıymetli evrakın en önemli türüdür². 6183 sayılı AATUHK' da kamu alacaklarının çizgili çek kullanılarak da

* Arş.Gör.Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Vergi Hukuku Anabilim Dalı.

¹ İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1991, s. 535.

² 6183 "Vergi borcunun zamanında ödenmemesi halinde ancak gecikme faizi alınması mümkün olup bu lazimede resmi bir merci bulunan vergi dairesine yatırılmak suretiyle yerine getirilmiş ve vergi borcu dolayısıyla verilen çekin karşılıksız çıkması halinde dairesinin mükelleften alabileceğinden daha fazlasını alması da düşünülmemeyeceğinden, düzeltme hakkının yerine getirildiğinin kabulü dikkate alınarak düşme kararı yerine, beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır." YARGITAY 7 inci Ceza Dairesi, 21.9.1990, E.865/K.9369. ERİŞ, Gönen, Uygulamalı Çek Hukuku, 2 inci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 416.

ödenebileceği bildirilmiştir³Yargıtay'ın bir kararında⁴ çek, "...kayıtsız ve koşulsuz muayyen bir bedelin ödenmesi için yapılan bir havale..." olarak tanımlanmıştır.

Doğmuş veya doğacak bir borcun ya da borç verilmek istenen bir paranın ödenmesinde doğrudan para ile ödeme yapılabileceği gibi bir çek düzenlenerek de ödeme yapılabilir⁵. Bankada bir mevduatı bulunan kişi banka hesabını karşılık göstererek bu mevduatı para gibi kullanabilmektedir⁶. Gerçekten de ticari hayatta çekler günümüzde neredeyse paranın yerini alacak bir yaygınlıkta kullanılmaktadır.

Hukukumuzda göre çek keşide etmenin koşulları şunlardır⁷;

-Muhatabın banka olması,

-Çek keşide edenin üzerinde çek keşide edebileceği bir provizyonun bankada varlığı,

-3167 sayılı yasaya⁸ göre, çek keşide edenin çek keşide etmeye ehil olması,

-Çek keşide eden ile banka arasında bir çek keşide etme anlaşmasının varlığı gereklidir.

Müşteri ile banka arasındaki anlaşma iki tarafa da bazı yükümlülükler yüklemektedir. Bu anlaşma ile banka, karşılığı buldukça üzerine çekilen çekleri ödemeyi taahhüt eder. Müşteri ise keşide edeceği çekleri bu hesapta karşılamayı ve anlaşmada tesbit edilen güvenlik önlemlerine uymayı taahhüt etmektedir⁹. Gerçekten de bireyler banka ve sisteme güvenerek bankada keşideciye ait ödenebilecek bir meblağın varlığını düşünmekte ve bu mevduat bir ölçüde para yerine geçmektedir¹⁰.

Yasada muhatap ile ilgili bazı koşullar aranmıştır. TTK 694 üncü maddeye göre, çek ancak bir banka üzerine çekilebilecektir. Bu durumda, Türkiye'de ödenecek çeklerde ödeyecek kimse (Muhatap) olarak ancak bir banka gösterilebilir. TTK 727 inci maddeye göre banka deyiminden amaç, bankalar yasasına tabi olan müesseselerdir. TTK 699 uncu maddeye göre de çek, muhatabın ikametgahında veya başka bir yerde üçüncü bir şahıs tarafından ödenmek üzere keşide edilebilir. Bundan anlaşılması gereken şahıs ikametgahının, ister muhatabın ikametgahı ile aynı yerde, isterse değişik yerlerde olabileceğidir¹¹.

Yargıtay, günümüze değin çek ve karşılıksız çek ile ilgili birçok karar vermiştir. Çekin fonksiyonu ve karşılıksız çekin durumu ile ilgili olarak 3167 sayılı karardan önce verdiği ancak, çekin fonksiyonunu açıklamak bakımından içerik itibariyle geçerliliğini halen koruyan bir kararında¹² şunları belirtmiştir;

"Çek, ticari hayatta kullanılan emin bir ödeme vasıtasıdır. Alacaklı, alacağının keşide tarihinde bankada hazır olacağı kanaati ile çeki karşı taraftan alır. Çekin keşideci ve

³ AYAZ, Ahmet, Vergi Borçlarının Çekle Ödenmesi, Gecikme Zammı ve Çek Tazminatı Uygulaması, Yaklaşım, Yıl 3, Sayı 32, Ağustos 1995. s.78: Bu kanunda 43. maddede çekin tahsil dairesine postaya veya bankaya verildiği tarihte ya da en geç bir gün önceki tarihle düzenlenmiş olması gerektiği bildirilmiştir. Aynı yasanın 44. maddesinde ise, çekin tahsil dairesi ya da bankaya verilme gününde ödemenin yapılmış sayılacağı bildirilmektedir.

⁴ YARGITAY, 11 inci Hukuk Dairesi, 23.9.1976 Tarih, 3852 Esas, 3866 Sayılı Karar.

⁵ DOMANIÇ, Hayri, Karşılıksız Çek, İstanbul 1983, s. 2.

⁶ TUNÇEL, Ahmet Kamil, Çek ile Ödeme Sistemi Üzerine Düşünceler, Banka ve Ekonomik Yorumlar, Aralık 1995, Yıl 32, Sayı 12, s. 53.

⁷ İMREGÜN, age., s. 580.

⁸ 19.3.1985 tarih ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanun.

⁹ YÜKSEL, Ali Said, BATİDER, Cilt II, Ocak 1963, S. 1, s. 39.

¹⁰ TUNÇEL, Çek ile..., s. 54.

¹¹ OĞUZOĞLU, Çetin, Her Yönüyle Çek Sorunları, İstanbul 1984, s. 16.

¹² Y.C.G.K. 22.2.1982 Tarih, 1981V6- 472 Esas, 1982V60 Sayılı Karar.

hamilinin bankaya müracaatında karşılığının olmadığı tespit edilince de dolandırıcılık suçu teşekkül eder." Hernekadar günümüzde karşılıksız çek keşide etme suçu adıyla dolandırıcılıktan ayrı bir suç olarak düzenlense de, karar çekin önemini vurgulaması açısından önemli ve geçerliliğini koruyan bir düşünceyi içermektedir.

II. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETME SUÇU

3167 sayılı kanunun yürürlüğe girmesine kadar karşılıksız çek keşide edilmesini cezalandıran bir hüküm mevcut değildi. O zamana kadar TCK'nın 503 üncü maddesine göre dolandırıcılık suçuna hükmedilmekteydi¹³. 3167 sayılı Yasanın, yasanın kapsamını düzenleyen 1 inci maddesi şu şekildedir; *"Bu kanun, çek kullanımı hakkındaki esasları, çek hamillerinin korunmasına dair tedbirleri ve uygulanacak müeyyideleri düzenler. Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır."*¹⁴.

Yasanın 16 ncı maddesi ile karşılıksız çek keşide etmek ayrı ve bağımsız bir suç haline getirilmiştir¹⁵. Çek keşide edebilmek için iki koşul gereklidir: İlki, çek keşide edecek kişi ile muhatap banka arasında çek keşide edilmesi konusunda bir anlaşma bulunmalıdır. İkinci olarak, çek keşide eden kişi ile muhatap banka nezdinde tasarruf edebileceği karşılık, bir başka ifadeyle provizyon bulunması şarttır. Muhatabın tanıdığı kredi sınırı da geçerli karşılığı oluşturur¹⁶. Bu maddeye göre, *"İbraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar"*. Maddeye göre karşılıksız çek keşide edenler 1 ila 5 yıl arasında çek keşide etmekten men edilebilir veya bu cezayla mahkum edilebilirler. Bu maddenin amacı karşılıksız çek keşide edilmesinin önlenmesi ve böylece piyasaya güven sağlanmasıdır. Bu amaçla çek hamiline ceza hükmünün kesinleşmesine kadar şikayetten vazgeçme hakkı verilmiştir. Bununla, karşılıksız çek keşide eden kişi ceza tehdidi altında borcunu ödemek zorunda kalacaktır. Ancak bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir; Borcun ödenmemesi nedeniyle hapisle tazyik etmek çağdaş bir tutum olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca bu cezayı çek hamilinin yani alacaklının *"şikayet hakkından vazgeçip geçmemesine bağlamanın ceza mahkemelerini ceza tehdidi ile çalışan icra dairesi haline getirmek"* olarak değerlendirilmiştir¹⁷.

Kanunlarımızda açıkça tanımlanmamasına rağmen 3167 sayılı yasanın 16 ncı maddesi ve TTK 695 inci maddeler birlikte ele alındığında bu suçun belirleyici kısımları ortaya çıkmaktadır. TTK 695 inci maddede bir ödeme aracı niteliğindeki çekin tedavülündeki akıcılık ve güvenin sarsılmaması ve çekin işlerlik kazanması amaçlanmıştır. Bu amaca yönelik olarak maddenin 3 üncü fıkrasında bu suça ilişkin ceza ve müeyyideler tesbit edilmiştir¹⁸. Karşılıksız çek suçunda korunan hukuki yarar *"ekonomik yaşamın ayrılmaz parçası olan çeklere karşı güven duygusu"*dur¹⁹. Bazı yazarlar fıkraya dayanarak hamilin muhatapı dava etme hakkının olmadığını ileri sürmüşlerdir. Sayılan hukuki yaptırımlar, karşılıksızlık hallerinde uygulanabilir ve keşideci bu yaptırımlarla sorumlu tutulabilir. Diğer yandan, karşılığın maliki halen keşideci olduğundan muhatap zenginleşmiş sayılmaz, dolayısıyla, sebepsiz zenginleşme davası da açılmaz²⁰. Doktrinde dava açılmasının mümkün olduğunu ileri sürenler de vardır; çekin ödenmemesi

13 NUHOĞLU, Ayşe, Karşılıksız Çek, Argumentum, Aralık 1990, Cilt I, Sayı 5, s. 63.

14 TÜMERKAN, Somay, Dolandırıcılık Suçu, Karşılıksız Çek Keşidesi Fiileri, 1987, İstanbul, s. 92.

15 NUHOĞLU, Ayşe, Karşılıksız Çek, Argumentum, Aralık 1990, Cilt I, Sayı 5, s. 63.

16 İMREGÜN, age., s. 578. Çekin karşılığının bulunduğu varsayıldığı haller hakkında bkz. DONAY, Süheyl, Son Değişiklikler Açısından Çek, 1 inci Baskı, İstanbul 1986, s. 25-27.

17 İMREGÜN, age., s. 580; TÜMERKAN, age., s. 94.

18 NUHOĞLU, agm., s. 63; ŞİMŞEK, Edip, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1983, s. 420.

19 DONAY, age., s. 99.

20 İNAN, Nurkut, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s. 76.

durumunda, kısmen ya da tamamen çekin karşılıksız kalması halinde kusurlu bankanın da sorumlu tutulması kabul edilmelidir²¹.

3167 sayılı yasanın 16 ıncı maddesine göre hamil, muhatap bankaya ibraz süresi içinde ya da üzerinde yazılı keşide tarihinden önce çeki ibraz eder de çekin yeterli karşılığı bulunmazsa bu suç oluşur. Karşılığın kısmen ya da tamamen bulunmaması farksızdır.

III.KARŞILIKSIZ ÇEK'TE BANKALARIN GENEL VE ÖZEL SORUMLULUĞU

A. Karşılıksız Çekte Bankaların Genel Sorumluluğu

TTK dışında, 3167 sayılı kanunla da yukarıda sayılan amaçların gerçekleştirilmesi ve çeklerin pula tabi senetlerin yerine kullanılması yoluyla damga vergisi kaybının önlenmesi amaçlarına yönelik olarak hürriyeti bağlayıcı ceza ve tazminat müeyyideleri saptanmıştır²². Aslında çeklerin bu denli yaygınlaşmalarının nedeni bir vergiden kaçınma sorunu ile ilgilidir. Çekte vade olmaması yasal bir gerekliliktir. Çünkü çekler görüldüğünde ödenir. TTK'da vadeli satışların tümünde senet düzenlenmesi gerektiğini bildirmiştir. Senetteki mebleğin binde 6'sı+20.000 TL Damga Vergisi ödenmesi gerekmektedir. Vade yazılarak verilen çeklerde ise böyle bir zorunluluk yoktur. Bu durum sonuç olarak önemli bir vergi kaybını doğurmaktadır²³.

Borçlar Kanunu madde 96 ve devamı gereğince, muhatap banka keşideciyle yaptığı sözleşme ile ibraz edilen çeki ödemeyi tekeffül etmiştir²⁴. Bankaların sorumluluğu ile ilgili özel düzenlemeler ise 3167 sayılı yasanın 3 üncü maddesi ve çek karnelerinin şeklini düzenleyen TC Merkez Bankası'nın 1 sıra no'lu Tebliği' ne göre belirlenmektedir.

3167 sayılı kanunun 2 inci maddesi ve TTK 202 inci maddeye göre bankalar, akdi ve kanuni sorumluluklarını yerine getirirken gerekli basiret ve itınayı göstermek zorundadırlar²⁵. 3167 sayılı kanunun genel mesuliyet başlığını taşıyan 2 inci maddesine göre bankalar, "*çekle işleyecek hesap açarken çek karnesi verirken ve bu kanunla kendilerine verilen görev ve mükellefiyetleri yerine getirirken bu işlemlerin gösterdiği basiret ve itınayı göstermeğe mecburdurlar.*" Ayrıca bankalar 3167 sayılı yasanın 3 üncü maddesi ve çek karnelerinin şeklini düzenleyen TC Merkez Bankası' nın 1 sıra nolu Tebliği' ne göre²⁶, çek karnelerini bastırırken TC Merkez Bankasının tesbit ettiği şekilde bastırmak ve her yaprağa çek hesabının bulunduğu şubenin adı ve keşidecinin hesap numarasını yazmak zorundadırlar²⁷. Burada basiret ve itına kavramları üzerinde durulmalıdır. Belirli bir banka üzerine keşide edilen çeklerin sık sık karşılıksız çıkması durumunda banka açısından da bir itibar kaybı ortaya çıkmaktadır. Bunun önlenmesi için farklı tedbirler düşünülmüştür²⁸. 3167 sayılı yasa ile bankalara müşterilerine çek hesabı açması ve çek karnesi vermesi sırasında bazı yükümlülükler getirilmiştir²⁹. İlk olarak, muhatap bankalar, çek hesabı açacakları ve çek karnesi verecekleri kişi hakkında istihbarat yaparak güvenli bulmadıkları kimseler hakkında bu tür işlemlere

21 DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Yasası Şerhi, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990, s. 756

22 NUHOĞLU, agm., s. 63; ŞİMŞEK, Edip, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1983, s. 420.

23 TUNÇEL, Çek ile..., s. 54.

24 KINACIOĞLU, agm., s.326.

25 KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 4 ncü baskı, Ankara 1993, s. 327.

26 RG. 24.9.1985gün/ 18878 sayılı RG: Çek karnelerinin şeklini düzenleyen TC Merkez Bankası' nın 1 sıra nolu Tebliği.

27 İMREGÜN, age., s. 579.

28 YÜKSEL, age., s. 44-45.

29 İMREGÜN, age., s. 578.

girişmemelidirler. Aksi halde banka, doğacak zarardan dolayı sorumlu olacaktır³⁰. Banka, hamilin kimliğini ve araştırma sırasında ve çek karnesi verme esnasında elindeki bütün imkanları kullanmak zorundadır. Çek hamilinin de özen göstermesi gereğini hesaba katmaksızın, hamillerin hukukunun korunması için gereken çabayı göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük bir sonuç borcu (obligation de resultat) değil, bir iktidar borcudur (obligation des moyens)³¹. Bankaların kredi müşterilerine yaptıkları istihbarat çek karnesi isteyen kişiler için de yapmalıdır. Müşterinin itibarından emin olunduktan sonra karne verilmelidir³². Uygulamada bankaların bu yükümlülüklerine uyduklarını söylemek doğru olmayacaktır.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında³³ şunları ifade etmektedir; "3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Yasanın 2 inci maddesi uyarınca bankalar, çekle işleyecek hesap açarken ve çek karnesi verirken, gerekli basiret ve itinayı göstermeye mecburdurlar. Davalı bankanın hayali bir kişi adına çek karnesi verdiği iddia olduğuna göre mahkemece bu konuda gerekli araştırma yapılmalı 3167 sayılı yasa uyarınca bankanın gerekli itinayı gösterip göstermediği belirlenmeli davacının uğradığı zararda, bir kusur atfedilip atfedilemeyeceği BK'nın 44 üncü maddesi uyarınca müterafik kusurlu sayılıp sayılamayacağı hususu tartışılıp değerlendirilmeli hasıl olacak sonuç dairesince karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir"³⁴.

Çekin kısmen yada bütünüyle karşılığının olmaması hallerinde bankanın yükümlülükleri farklı değildir³⁵. Çek, hesabın açıldığı şubeye değil de başka bir şubeye ibraz edilirse şube provizyon ister ve karşılık varsa tümünü, kısmi karşılığı varsa bu kısmını öder³⁶. Banka imza denetimi de yapmak zorundadır. Bankanın imzayı denetlemesi ve başka bir şubeye ibraz konularında Yargıtay'ın bir kararında³⁷ şunlar kaydedilmiştir; "Ticari alanda bir ödeme aracı olan çek, aynı bankanın her şubesine ibraz olunabilir. Bu nedenle çekin bir başka şubeye ibrazı halinde çekteki imza ile sirkülerdeki imzanın karşılaştırılmasına maddeten imkan bulunmadığı gibi soyut imza uygulamasının yapılmamış olması da banka için bir kusur sayılmaz."

3167 sayılı Kanununun 5 inci maddesine göre çekin kısmen ya da tamamen karşılığı yoksa, muhatap banka tarafından, çekin ödenmeyeceği çek üzerine tesbit edilerek ibraz tarihi ve ödememe nedeni yazılarak hamile geri vermek zorundadır³⁸. Ayrıca muhatap banka, kısmen ya da tamamen karşılığı bulunan çeki ödemekle yükümlüdür. Aksi halde, hamilin tazminat talebiyle karşılaşılabileceği gibi para cezası da ödemeye mahkum olur³⁹. 10 uncu maddeye göre, keşide edilen çekin hesapta karşılığı bulunmazsa banka, çek hamiline şu şekilde belirli bir ödemede bulunmak zorundadır; Hamilin ibraz ettiği çek karşılıksız çıkarsa banka bir milyonbeşyüzbin TL ödemek zdurumunda kalır⁴⁰.

30 TEKİL, Fehiman, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1994, s. 191. Ancak bankanın sorumluluğu, çek hamilini dikkat ve özen borcundan muaf kılmaz. Yargıtay da bu yönde bir karar vermiştir. Karar şu şekildedir; "... tarafların ne oranda kusurlu olduklarının değerlendirilerek ona göre bir karar verilmesi gerektiğine" hükmetmiştir. Y.11 inci HD. 1.10. 1992.

31 TEKİL, age., s. 191.

32 TUNÇEL, Ahmet Kamil, Çek Kullanımında Bankaların Sorumluluğu, Vergi Dünyası Dergisi, Mart 1996, S. 90, s.163-168.

33 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.5.1982, E. 2564, K. 2491.

34 Y.11.HD. 21.12.1991 T., 9465 E. ve 1162 K.

35 DONAY, age., s. 25.

36 DONAY, age., s. 18.

37 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.3.1965, Tarih 1211, karar için bkz. OĞUZOĞLU, Çetin, Her Yönüyle Çek Sorunları, İstanbul 1984, s. 59.

38 OĞUZOĞLU, Çetin, Uygulamada Bono ve Çek Sorunları, 3 ncü baskı, 1988 İstanbul, s. 188.

39 POROY, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 11 inci baskı, İstanbul 1989, s. 259.

40 Daha önce 20.000TL olan bu meblağ 6 nol'u Tebliğ ile 18.6.1993 tarihinde 500.000 TL'ye, 18.2.1995 tarihinde ise 1.500.000 TL'ye çıkarılmıştır.

Bunun yanında, muhatap bankanın üzerine düşen bir takım şekli ödevler de vardır. 7 inci maddeye göre, yeterli karşılığı bulunmayan çek keşidecisine ihtarda bulunulur. İhtarın alınmasından itibaren 7 gün içerisinde, çekin karşılıksız kalan tutarı %10 tazminatla birlikte ödenerek düzeltme hakkının kullanılması gerekmektedir. Aksi halde keşidecinin, karşılıksız çekin ibraz gününden itibaren 10 iş günü içinde, elindeki bütün bankalara ait çek karnelerini ve yapraklarını bunları veren bankalara iade etmesini, düzeltme işlemi yapmaması nedeniyle bir yıl boyunca çek keşide edemeyeceğini iadeli taahhütlü mektupla ihtar etmek zorundadır. 9 uncu maddeye göre, banka, karşılıksız çekin ödenmediğini ve hesap sahibi hakkında gerekli bilgileri TC Merkez Bankasına, düzeltme süresinin sona ermesinden itibaren 10 iş günü içerisinde bildirmek zorundadır. Eğer hesap sahibinin düzeltme hakkı yoksa bu süre çekin ibrazı tarihinden itibaren 10 iş günüdür.

13 üncü maddenin ilk fıkrasında ise, "Bu kanunun 7 inci maddesi uyarınca banka tarafından yapılan ihtar aldığı veya almış sayıldığı tarihten itibaren yedi işgünü içinde geçerli bir sebebe dayanmaksızın çek karnelerini geri vermeyenlere, ilgili bankanın ihbarı üzerine yirmi bin liradan ikiyüzbin liraya kadar ağır para cezası verilir. İlgili banka bu ihbarı yapmakla mükelleftir."

Banka, T.C Merkez Bankasına çekin karşılığı olmaması nedeniyle ödenmediğini ve hesap sahibine ilişkin diğer bilgileri verir. Merkez Bankası çekin karşılıksız olduğunu en geç otuz işgünü içinde diğer bankalara duyurur. İttıla ve duyuru tarihini takibeden onbeşinci günün bitiminden itibaren, bir yıl süresince hesap sahibi ya da onun vekil ve temsilcilerine çek karnesi verilemez ve çekle işleyecek hesap açılmaz⁴¹.

Bankalar çoğunlukla sahte ya da tahrif edilmiş çeklerin ödenmesinden kaynaklanan rizikonun müşteri-keşideci tarafından katlanılması amacıyla çek sözleşmesine özel hükümler koymaktadırlar. Ancak bu hükümlere rağmen banka, inceleme mükellefiyeti dolayısıyla keşideciye karşı her zaman sorumludur⁴². YARGITAY 11 inci Hukuk Dairesinin muhatap bankanın sorumluluğu konusunda ortaya çıkan bir ihtilafta verdiği karar⁴³ şu şekildedir; "Mahkemece toplanan delillere göre, çek keşidecisi ile banka arasında çek anlaşması olup olmaması hamili bağlamayacağı gibi, bir başka şubeye ibrazın da sonucu etkilemeyeceğini, davalı bankanın muhatap şubenin çekte "bloke edilmiştir" kaydını koymakla bedelden sorumluluğu yüklenmiş olduğu düşüncesiyle davanın reddine dair verilen kararın onanmasına oybirliği ile karar verildi". Karardan anlaşılacağı gibi bankalar kanundan doğan mali yükümlülüklerinden özel sözleşmeler yapmak yoluyla kurtulama-maktadırlar. Yargı kararına da konu olan bu düzenlemenin ticari yaşamı ve ticaret erbabını korumak üzere yapılmış olduğu açıktır.

Yasanın 15 inci maddesine göre ise, yasa hükümlerine uymayan bankaların ağır para cezasına mahkum edilmeleri öngörülmüştür. Burada suçun faili doğrudan bankadır. Tüzel kişiliğe sahip bir kuruluş olarak banka genel müdürünün ceza sorumluluğu vardır⁴⁴. Böylece mali sorumluluk ve para cezaları yanısıra mahkumiyet sonucunu doğurabilecek cezai sorumluluk da kabul edilmiştir.

İlkemizde karşılıksız çek sorununa özel bir yasa ile çözüm aranmasına rağmen, bu sorun halen önemini korumaktadır. Bu durum çekin güvenilir bir ödeme aracı olarak yaygınlaşmasını önlemektedir⁴⁵. Gerçekten de yukarıda belirttiğimiz bu genel sorumluluk durumları, karşılıksız çek suçundan mağdur olan kişiyi koruyamamaktadır. Bu nedenle, bazı durumlarda, muhatap bankanın özel sorumluluğu kabul edilerek bir ölçüde bankaların üzerlerine düşen yasal görevleri yerine getirerek suçun oluşmadan önlenmesi için daha dikkatli olmaları sağlanmaya çalışılmıştır..

41 OĞUZOĞLU, age., s. 188.

42 KINACIOĞLU, agm., s. 327.

43 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.10.1983, Tarih 1983/3798-4363 sayılı karar.

44 DONAY, age., s. 16.

45 TÜRK, Hikmet Sami, Karşılıksız Çeki Ödeyen Banka, Keşideciden Ceza İsteyebilir mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler, Tartışmalar) VIII, Ankara 1991, s. 71.

B. MUHATAP BANKANIN DAVA EDİLEBİLECEĞİ ÖZEL SORUMLULUK HALLERİ

720 inci maddede hamilin müracaat hakkı düzenlenmiştir. Maddede hamilin müracaat hakkını kullanabileceği kişiler "...cirantalar, keşideci ve diğer çek borçluları" bir başka ifadeyle avalistler belirtilmiştir. Burada müracaat borçluları arasında muhatapın sayılmaması nedeniyle hamilin muhatapı dava edip edemeyeceği tartışmalı bir konudur. Ancak bazı hallerde muhatapın dava edilebileceği özel haller vardır⁴⁶.

Karşılığın devri, muhatapın iflası halinde, çekin teyidi halinde, garantili çeklerde, muhatapın kusurlu sorumluluğu, sahte ve tahrif edilmiş çeklere ilişkin özel durumlarda muhatap banka dava edilebilecektir. Ancak bu durumların bir kısmında da dava edilip edilememe konusunda görüş ayrılıkları vardır. Bu özel durumlara kısaca değinmekte fayda görüyorum;

1. Muhatapın İflası Halinde

TTK. 718 inci maddeye göre, "Hesaba geçirilmek üzere çekilen bir çekin hamili, muhatap iflas etmiş veya ödemelerini tatil etmiş yahut aleyhine yapılan bir icra takibi semeresiz kalmışsa, çek bedelinin nakden ödenmesini muhataptan isteyebileceği gibi imtina halinde müracaat hakkını da kullanır."

Doktrinde bazı yazarlar bu maddeye dayanarak hamilin muhatapı dava edebileceğini savunmuşlardır⁴⁷. Keşidecinin iflası ise, karşılığın devriyle aynı sonuçları doğurmaktadır. Aşağıda karşılığın devri bahsinde bu konuya değineceğiz.

2. Karşılığın Devri Halinde;

Hukumumuzda çek karşılığının muhataba devredilmesi halinde ve keşidecinin iflası hallerinde hamil, muhataptan dava yoluyla karşılığı talebedebilir⁴⁸. Karşılığın devredilmesi halinde hamilin muhatapı dava etmesi imkanı vardır. Keşidecinin iflas etmesiyle iflas açılır ve böylece çekin karşılığı hamile geçmiş olur. Bunun dışında keşidecinin çekin üzerine çekin karşılığını devrettiğini bildirmesiyle gerçekleşen iradi devir ile karşılık hamile devredilmiş olur. TTK 645 inci maddeye göre, iflasın açıldığının ilan edilmesi ile veya devir durumunun muhataba ihbar edilmesinden itibaren çek, yalnızca meşru hamile iade edilerek ödemede bulunmuş olunur⁴⁹.

Hamilin çekin ödenmesini muhataptan isteyebilmesi için çek hesabında bir karşılığın bulunması şarttır. Çekin karşılığının olmaması ya da karşılığı olmakla birlikte, iflasın ilanından veya devir keyfiyetinin muhataba ulaşmasından önce, karşılığın çekilmiş olmaları halinde hamil muhatapı dava edemeyecektir. Bu durumda yalnızca müracaat borçlularına başvurulabilir. Karşılık olmasına rağmen keşideci çekten caymışsa cayma, ibraz müddeti içinde ya da bu süre geçtikten sonra da olsa muhatap aleyhine karşılığın devri davası açılabilir. Çünkü iflasın ortaya çıkmasıyla keşideci karşılık üzerindeki tasarruf hakkını kaybetmiş olur. İradi olarak devretmesi durumunda ise keşideci cayma hakkından vazgeçmiş sayılacağından cayma geçersiz olacaktır⁵⁰.

46 COŞKUN, Muzaffer, Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları, İstanbul 1994, s. 70; Bu konuda doktrin deki görüşler için bkz. age. s. 70 vd.

47 ŞİMŞEK, Edip, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982, s. 415.

48 İNAN, Nurkut, Özel Hukukta Karşılıksız Çek, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1981, C.XI- S.2, s. 115

49 COŞKUN, Özel Hukukta..., s. 73.

50 KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri II, Ticari Senetler, Ankara 1970, s. 348.

Bu durumda, iflasın ilanı veya devir beyanının muhataba ulaşması esnasında, muhatap nezdinde karşılık yoksa muhatabın hamile ödeme yapma zorunluluğu vardır. Ödeme yaptıktan kaçınırsa, hamile muhatabı dava etme hakkı tanınmıştır. Muhatap keşidecinin karşılığı çekmesine rıza göstermişse yine aynı şekilde sorumludur ve dava edilebilir⁵¹.

3. Çekin Teyidi Halinde

Bankanın sorumluluğu için teyidin yetkisiz de olsa bir memur tarafından verilmesiyle bankanın sorumluluğu devam eder. Teyid edilen çek süresinde ibraz edilmesine rağmen ödenmezse, hamilin muhatabı dava etme hakkı vardır⁵².

Teyitli çek muhatap tarafından ödenmezse hamilin önünde iki yol vardır; İlk yol muhatabın dava edilmesi, -ikinci yol ise, diğer çek borçlularına müracaat edilmesidir. Muhatap bankanın ödeme gücünün diğer çek borçlularına göre daha fazla olması muhtemel olduğundan muhatabın dava edilmesi hamilin menfaatına uygundur⁵³.

4. Garantili Çeklerde

Muhatap garantili çeklerde, belirli bir miktara kadar keşide edilen çeklerin çek bedelini ödemeyi garanti etmektedir. Hukukumuzda teyitli çeklerde olduğu gibi, garantili çekler hakkında da bir düzenleme yoktur. 3167 sayılı yasanın 10 uncu maddesindeki birmilyonbeşyüzbin liralık bedelin ödenmesi zorunluluğu garanti sözleşmesi değil, bir kredi sözleşmesi şeklindedir⁵⁴.

5. Muhatabın Kusurlu Sorumluluğu

Karşılığı olduğu halde, haksız olarak ödemedenden kaçınan muhatabın yalnızca keşideciye karşı sorumlu olduğu ve bu sorumluluğun sözleşmeden doğduğu iddia edilmiştir. Hamil yalnızca müracaat borçlularına müracaat edebilir. Eğer hamil, müracaat hakkı sonucunda aldığı miktarı yeterli bulmazsa haksız fiil hükümleri gereğince muhatabı dava edebilir⁵⁵. Ancak yasal bütün yolların tüketilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın bu yolda verdiği bir kararında da bu durum belirtilmiştir; "Bir kambiyo düzenlemesi veya cirosunda taraflar arsında bir temel ilişki mevcut olup, bu nedenle senet veya cironun tarafları arasında biri temel ilişki diğeri kambiyo ilişkisi olmak üzere iki hukuki ilişki meydana gelmektedir. Alacaklı bu iki hukuki ilişkiden her hangi birine dayanarak takip veya dava yoluna gidebilir. Olayda davacı zayi belgesini almış olmakla birlikte bu zayi belgesine dayanarak keşideci hakkında takip yapmış ve takip keşideci(borçlu) itirazı ile sonuçlanmıştır. Bunun üzerine davacı, senedi zayi eden bankaya karşı tazminat davası açmıştır. Oysa davacının bir zararının doğması için, borçlusuna karşı tüm hukuki engelleri denemiş ve alacağını alamamış olması gerekir. bu durumda, davacının evveleminde kendisine senedi ciro eden kimseye karşı esas ilişkiye dayanarak takip ve dava yoluna başvurması, bu yollar sonucunda alacağını tahsil edemediği takdirde bankaya dönmesi gerekir. Bu yollar denenmeden henüz davacının bir zararının doğduğundan bahsedilemeyeceği cihetle bu görüş ve nedenlerle davanın reddi gerekir⁵⁶."

51 COŞKUN, Karşılıksız Çekte Hamilin Müracaat Hakkı, İstanbul 1992, s.69.

52 COŞKUN, Özel hukukta..., age., s. 75-76.

53 COŞKUN, Özel hukukta..., age., s. 76.

54 COŞKUN, Özel hukukta..., age., s. 77.

55 COŞKUN, Özel hukukta..., age., s. 78.

56 Y. 11. HD. 20.10.1988 T. 2011 E. ve 5997 K. YKD, Şubat 1989, S; 2, s. 230 vd.

6. Sahte ve Tahrif Edilmiş Çeklerde Durum;

TTK' nın 724 üncü maddesine göre, "sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğer ki, senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklayamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olsun."

Yargıtay'ın bir kararında, bu yöndeki bir uyuşmazlık şu şekilde karara bağlanmıştır; "Muhatap İsviçre Bankası, davacı bankanın keşideci imzasını kontrol imkanının olmadığını bile bile ödeme yetkisi verdiği göre çek bedelini davacı bankaya ödemekle mükelleftir. İsviçre Borçlar Kanununun 1132 inci maddesine tekabül eden TTK' nın 724 üncü maddesi gereğince sahte ve tahrif edilmiş bir çeki ödemekten doğan zarar muhataba ait olur. O halde kural olarak davacı bankaya ödenmek üzere yetki veren muhatap İsviçre Bankasının çeki bizzat ödemiş gibi sorumlu tutulması gerekir. Kaldı ki, yine TTK' nın 724 üncü maddesi gereğince muhatap bankanın çek defterini iyi saklamak gibi kusurlu davranışı olan keşideciye rücu hakkı da vardır⁵⁷."

Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödeyen banka bu zarara katlanmak zorundadır. Bir başka deyişle, muhatap banka ödediği miktar için kural olarak keşideciye müracaat edemez. Keşidecinin çek defterini iyi saklayamamış olmasının ardından böyle bir durum ortaya çıkmışsa banka keşideciye rücu edebilir⁵⁸.

Bankalar ibraz edilen çekin sahte olup olmadığını ve tahrif edilip edilmediğini de özen ve dikkatle incelemek zorundadırlar. Kuşku konularında keşideciden bilgi alınmalıdır. Sahte ya da tahrif edilmiş çekin ödenmesi durumunda banka zarara bizzat katlanır⁵⁹. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında⁶⁰ şunları belirtmiştir; "Çekle ödeme yapmayı, ödemeyi kabul eden bir bankanın her şeyden önce basiretli bir iş adamı gibi hareket ederek gerekli dikkat ve ihtimamı göstermesi ve tereddüt halinde çeki uzman kişilere incelettirmesi ve gerektiğinde keşideciden tahkik edip alacağı cevaba göre hareket etmesi gerekir."

57 Y. 11. HD. 17.4.1986 T. 1119 E. ve 2300 K. YKD, Temmuz 1986, S; 7, s. 989 vd.

58 COŞKUN, Özel hukukta..., age., s. 79.

59 KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 4 ncü baskı, Ankara 1993, s. 327.

60 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.5.1982, E. 2564, K. 2491.

SONUÇ;

Ülkemizde mahkemelerde kıymetli evrak türlerine ilişkin sorunlar özellikle son yıllarda artış göstermiştir. Bunlar içerisinde en önemlileri olan ve Yargıtayın "ticari hayatta kullanılan emin bir ödeme vasıtası" olarak nitelendirdiği çekin ödenmemesi halinde bireysel olarak lehtar, sosyal bir gerçek olarak ise tüm ticari suçlarda olduğu gibi toplum da zarara uğramaktadır. Kıymetli evrakın ülkemizde halen en sık ve güvenilir şekilde kullanılan türü olan çekin karşılığının bulunmaması durumunda zararın karşılanması ve tarafların mağdur edilmemesi gerekmektedir. En azından lehdarın zararlarını hafifletecek önlemler alınması gereği ortaya çıkmaktadır.

Alacaklılar, alacağının bankada hazır olacağı düşüncesiyle çeki karşı taraftan aldıklarından, ekonomik ve ticari durumlarını, ödemelerini, bankada hazır olduğunu düşündüğü karşılığa göre ayarlayabilmektedirler. Karşılığın olmaması kişilerde güvensizlik yaratması yanında uygun şekilde cezalandırılmama da diğerlerini suça teşvik anlamını taşıyabilecektir. Ayrıca dürüst ve prensipli çalışan iş adamlarını ya ilkelerinden vazgeçmek veya ticaret hayatını terk etmek şeklinde zora sokmaktadır. Bu nedenle keşideciye çek karnesi vererek adeta kefil olan muhatap bankanın bu ilişkide kenara çekilmesi ya da bir banka için son derece küçük sayılabilecek meblağlarla sorumluluktan kurtulması düşünülemez.

Muhatap banka farklı yaptırımlar içeren yasal düzenlemelerle genel ve özel olarak birçok yönden sorumlu tutulmuştur. Mahkumiyet sonucunu doğurabilecek cezai sorumluluk yanısıra mali sorumluluk ve para cezaları da kabul edilmiştir. Ancak para cezalarının gerçekten caydırıcı bir düzeye çıkartılması ve enflasyona paralel olarak artırılması mutlak bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Ekonominin ve ticaret hayatının düzenli ve güvenli çalışması için kıymetli evrak ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmalı ve mevcut düzenlemelere uyulması sağlanmalıdır. Genel olarak 3167 sayılı yasanın yeni düzenlemeleri yerinde olmakla birlikte cezaların sürekli güncelleştirilmesi enflasyonist ortam içerisinde mutlak bir zorunluluktur.

Yasanın ikinci maddesiyle bankalara getirilen "*kanunla kendilerine verilen görev ve mükellefiyetleri yerine getirirken bu işlemlerin gösterdiği basiret ve itinaı gösterme*" zorunluluğuna uyulmalıdır. Yasal düzenlemelere rağmen uygulamada bankalar gereken önemi, itina ve basireti göstermemektedirler. Müşteri kazanmak amacıyla çek karnesi dağıtılmasından vazgeçilmelidir. Kredi müşterilerine yapılan istihbarat çalışması bu kişilere de yapılmalıdır. Bu durum piyasada güveni sarsan kişiler için bulunmaz fırsat olmakta ve suçluların bulunmasının oldukça zor olduğu kozmopolit şehirlerde ekonomik suçların artmasına neden olmaktadır. Özel bir yasa çıkarılmasına ve genel sorumluluk halleri dışında özel sorumluluk hallerinin de düzenlenmesine rağmen çek sorunlarının uygulamada halen süregittiğini görmekteyiz. Bu nedenle, özellikle muhatap bankaların üzerlerine düşen basiretli hareket etme ve itina ödevlerini yerine getirmeleri zorunluluğu ilk planda göze çarpmaktadır. Karşılıksız çekte, karşılıksız çek keşide eden kişinin yanında çek defterini gerekli özeni göstermeden veren bankanın da itibar kaybına uğramasını sağlayacak önlemler alınmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- AYAZ, Ahmet :Vergi Borçlarının Çekle Ödenmesi, Gecikme Zammı ve Çek Tazminatı Uygulaması, Yaklaşım, Yıl 3, Sayı 32, Ağustos 1995.
- COŞKUN, Muzaffer :Karşılıksız Çekte Hamilin Müracaat Hakkı, İstanbul 1992.
- COŞKUN, Muzaffer :Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları, İstanbul 1994.
- DOMANIÇ, Hayri :Karşılıksız Çek, İstanbul 1983.
- DOMANIÇ, Hayri :Türk Ticaret Yasası Şerhi, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990.
- DONAY, Süheyl :Son Değişiklikler Açısından Çek, İstanbul 1986.
- ERİŞ, Gönen :Uygulamalı Çek Hukuku, 2 inci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- İMREGÜN, Oğuz :Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1991.
- İNAN, Nurkut :Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981.
- İNAN, Nurkut :Özel Hukukta Karşılıksız Çek, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1981, C.XI- S.2.
- KARAYALÇIN, Yaşar :Ticaret Hukuku Dersleri II, Ticari Senetler, Ankara 1970.
- KINACIOĞLU, Naci :Kıymetli Evrak Hukuku, 4 ncü baskı, Ankara 1993.
- NUHOĞLU, Ayşe :Karşılıksız Çek, Argumentum, Aralık 1990, Cilt I, Sayı 5.
- OĞUZOĞLU, Çetin :Uygulamada Bono ve Çek Sorunları, 3 ncü baskı, İstanbul 1988.
- OĞUZOĞLU, Çetin :Her Yönüyle Çek Sorunları, İstanbul 1984.
- POROY, Reha :Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 11 inci baskı, İstanbul 1989.
- ŞİMŞEK, Edip :Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1983.
- TEKİL, Fehiman :Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1994.
- TUNÇEL, Ahmet Kamil :Çek Kullanımında Bankaların Sorumluluğu, Vergi Dünyası Dergisi, Mart 1996, S. 90, s.163-168.
- TUNÇEL, Ahmet Kamil :Çek ile Ödeme Sistemi Üzerine Düşünceler, Banka ve Ekonomik Yorumlar, Aralık 1995, Yıl 32, Sayı 12.
- TÜMERKAN, Somay :Dolandırıcılık Suçu, Karşılıksız Çek Keşidesi Fiileri, 1987, İstanbul.
- TÜRK, Hikmet Sami :Karşılıksız Çeki Ödeyen Banka, Keşideciden Ceza İsteyebilir mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler, Tartışmalar) VIII, Ankara 1991.
- YÜKSEL, Ali Said : BATİDER, Cilt II, Ocak 1963, S. 1.

