

**ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
ERZİNCAN HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

CİLT: III SAYI: 1 YIL: 1999

ERZİNCAN 1999

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. RECAİ ÇINAR
Yrd. Doç. Dr. CEM BAYGIN
Yrd. Doç. Dr. MEHMET EMİN BİLGE
Yrd. Doç. Dr. NİHAT BULUT
Yrd. Doç. Dr. AYHAN CEYLAN
Yrd. Doç. Dr. HAYRETTİN EREN
Yrd. Doç. Dr. BURHAN CANER HACIOĞLU
Yrd. Doç. Dr. OSMAN KAŞIKÇI
Yrd. Doç. Dr. MAHMUT KOCA
Yrd. Doç. Dr. TEKİN MEMİŞ
Yrd. Doç. Dr. MURAT NİŞANCI
Yrd. Doç. Dr. A.CEMAL RUHİ
Yrd. Doç. Dr. MURAT ŞEN
Yrd. Doç. Dr. HİKMET TÜLEN
Yrd. Doç. Dr. M.FADIL YILDIRIM
Yrd. Doç. Dr. ŞÜKRÜ YILDIZ

EDİTÖR

Arş. Gör. OĞUZ CANER

HABERLEŞME ADRESİ	TLF : +90 446 224 28 38/39
A.Ü HUKUK FAKÜLTESİ	223 60 30/31
24078 ERZİNCAN	FAKS : +90 446 223 34 06

DAMLA OFSET 0.332. 342 06 88

Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülteyi bağlamaz.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Heinz SCHÖCH; Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru
Küçüklerin Korunması (Çev. Prof. Dr. Nur CENTEL) 3

Vali Recep YAZICIOĞLU; Polis Devleti 15

Yrd. Doç. Dr. Nihat BULUT; Özelleştirme Uygulamaları Karşısında
Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek 23

Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU; 4320 Sayılı Ailenin
Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen "Ailenin Korunmasına
Dair Kanun'a Muhalefet Suçu" Üzerine Bir İnceleme..... 39

Yrd. Doç. Dr. Osman KAŞIKÇI; Eski Hukukumuzda Üst Hakkı..... 49

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KOCA; "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade
Alma Yönetmeliği" Hakkında Genel Bir Değerlendirme..... 61

Yrd. Doç. Dr. Murat ŞEN; Şahitliğin Geçerlilik Şartlarının Önceki
Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi 89

Yrd. Doç. Dr. Hikmet TÜLEN; Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı
Üzerine Düşünceler..... 115

Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN; İdari Yargıda Kesin Hüküm 123

Dr. Yücel OĞURLU; İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış Ve İdari
Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı..... 143

Richard D.SCHWARTZ /James C.MILLER; Hukuksal Evrimleşme ve
Toplumsal Karmaşıklık (Çev. Arş. Gör. Sururi AKTAŞ) 195

Arş. Gör. İbrahim DURHAN; Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine
Bir Etüd..... 215

ÖZEL HUKUK

- Yrd. Doç. Dr. Cem BAYGIN; Vasiyetnamelerle İlgili İhtiyat Tedbirleri ve Özellikle Vasiyetnamenin Tenfizi Meselesi..... 235
- Yrd. Doç. Dr. M. Emin BİLGE; İlanın Ticaret Sicilinin Sahip Olduğu Hukuki Etkiler Üzerindeki Rolü 263
- Yrd. Doç. Dr. Şükrü YILDIZ; Avrupa Topluluğunun Kamuyu Aydınlatmaya İlişkin 9 mart 1968 Tarih ve 68/151/EEC Sayılı Bir Nolu Şirketler Hukuku Konsey Yönergesi 275
- Dr. Seyithan DELİDUMAN; İİK'nun 251. Maddesinin II. Fıkrası Üzerine Bir İnceleme 283
- Dr. Seyithan DELİDUMAN / Arş. Gör. Murat ERDEM; 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun (AATUHK)'a Göre Hacizden Doğan İstihkak İddiaları..... 297
- Arş. Gör. Yavuz KAPLAN; Milletlerarası Ticari Tahkime Milli Hukuk Dışı Kuralların Uygulanması 307
- Arş. Gör. Mustafa YASAN; 3167 Sayılı Kanun'a Göre Hukuki ve Cezai Açıdan Karşılıksız Çek Keşidesinin Meydana Gelmesi İçin Gerekli Olan Koşullar 339

EKONOMİ-MALİYE

- Arş. Gör. Metin UÇAR; İktisat Eğitimi ve Piyasa Ekonomisi 365
- Arş. Gör. Kürşat YERLİKAYA; Kurumlarda İlk Tesis ve Taazzuv Giderleri 377

CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Prof. Dr. Heinz SCHÖCH (Trans. Prof. Dr. Nur CENTEL)

Protection of Minor Victims of Sexual Crime in Criminal
Procedure..... 3-14

Governor Recep YAZICIOĞLU

Police State 15-21

Asst. Prof. Dr. Nihat BULUT

Rethinking the Social State Principle in the Face of Privatization
Practices..... 23-38

Asst. Prof. Dr. Burhan Caner HACIOGLU

Opposition to the Law on the Protection of the Family Established by the Law No. 4320 on the
Protection of the Family..... 39-47.

Assist. Prof. Osman KAŞIKCI

Superior Right in Our Old Law 49-60

Asst. Prof. Dr. Mahmut KOCA

A General Evaluation of the “Regulation on Arrest, Detention and Statement
Taking”..... 63-88

Asst. Prof. Dr. Murat ŞEN

The Arrangement of the Validity Conditions of the Testimony in Our Previous
Law..... 89-113

Assist. Prof. Dr. Hikmet TÜLEN

Reflections on the Absoluteness of Legislative
Irresponsibility..... 115-122

Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Final Judgment in Administrative
Jurisdiction..... 123-141

Dr. Yücel OĞURLU

An Overview of Administrative Sanctions and the Distinction between Administrative
Sanctions and Criminal
Sanctions..... 143-194

**Richard D. SCHWARTZ/James C. MILLER (Translated by Research Assistant Sururi
AKTAŞ)**

Legal Evolution and Social
Complexity..... 195-213

Res. Asist. İbrahim DURHAN

A Study on the Structure of Ottoman Law.....215-232

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Cem BAYGIN

Precautionary Measures Regarding Wills and Especially Enforcement of
Will..... 235-262

Assist. Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

The Role of the Announcement on the Legal Effects of the Trade Registry
..... 263-273

Assist. Prof. Dr. Şükrü YILDIZ

Company of the European Community on Public Disclosure dated 9 March 1968 and numbered 68151EEC..... 275-282

Dr. Seyithan DELİDUMAN

II of Article 251 of the İİK. A Study on the Paragraph
..... 283-295

Dr. Seyithan DELİDUMAN/Res. Asist. Murat ERDEM

Remuneration Arising from Foreclosure According to the Law on Collection Procedure of Public Claims No. 6183 (AATUHK)..... 297-305

Res. Asist. Yavuz KAPLAN

Application of National Unlawful Rules to International Commercial Arbitration..... 307-337

Res. Asist. Mustafa YASAN

According to Law No. 3167, Requirements for the Occurrence of Bad Check Drawing in Legal and Criminal Perspectives..... 339-362

ECONOMY/ FINANCE

Res. Asist. Metin UÇAR

Economics Education and Market
Economics..... 365-375

Res. Asist. Kürşat YERLIKAYA

First Facility and Support Expenses in
Institutions..... 377-388

CEZA MUHALEMESİNDE CİNSEL SUÇ MAĞDURU KÜÇÜKLERİN KORUNMASI*

*Yazan: Prof.Dr.Heinz SCHÖCH***

*Çeviren: Prof.Dr.Nur CENTEL****

I. Küçüklerin cinsel istismarının önlenmesinde ceza hukukunun rolü

Ceza hukuku, her şey değildir; Ancak, ceza hukuku olmaksızın da, her şey bir hiçtir. Küçüklerin cinsel istismarını önleme konusunda ceza hukukunun payı, kısaca böyle ifade edilebilir. Bu tür eylemlerin önlenmesinde asıl önemli ve etkili biçimde katkıda bulunanlar; potansiyel fail ve mağdurların aileleri, ana okulları, okullar, gençlik kurumları ve eğitim danışma merkezleridir. Ancak, eğitim, aydınlatma ve önleme tedbirlerinin yeterli olmadığı hallerde; küçüğün etkili biçimde korunması için, ceza hukukunun genel ve özel önleme işlevine ihtiyaç duyulmaktadır. Ceza hukuku, potansiyel failleri korkutarak etkilemeli; mağduru ve yurttaşların, hukukun işleyişine olan güvenini yeniden yaratmalı ve failin suçu ispatlanmışsa, toplumun korunması için, onu tekrar suç işlemekten alıkoymalıdır.

Ceza hukukunun gelişmeye devam etmesiyle, bu görevlerin gelecekte daha iyi yerine getirilebileceğini umuyoruz. Ancak, cezaların anayasal sınırları nedeniyle, ceza hukukunun koruma etkisi fazla önemsenmemelidir. Hem yürürlükteki ceza hukuku, hem de gelecekteki muhtemel değişiklikler, bir ceza davasında sanığın ve onun müdafininin huzurunda uygulanamıyorsa, etkisiz kalacaktır. Cinsel suç faili için de aleni duruşmada çürütülmesi gereken İHAS m.6/II' deki suçsuzluk karinesi geçerlidir. Ceza hukukunun kendinden beklenen görevleri yerine getirebilmesi, küçüklerin, şüpheli

* Bu makale Politische Studien 48, Sonderheft 2/97, (Nisan 1997)'den çevrilmiştir.

** Münih Ludwig Maximilians Üniversitesi Ceza Hukuku Enstitüsü Kriminoloji, Genç Hukuku ve İnfaz Bölümü Müdürü.

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

failleri ihbar etme ve yargılama sırasında tanıklık yapma konularında ikna edilmelerine bağlıdır. Bunun için, Adliyenin korumasına güvenen ve ceza davasında yeniden mağdur olmaktan çekinmeyen, güvenilir tanıklara gereksinim vardır.

II. Ana babaların ceza davasında ikinci kez travmaya uğrama korkusu

Ceza davasından kaynaklanan mağduriyetin boyutları henüz bilimsel olarak kanıtlanamamış, ancak, bir çok münferit olayda belgelenmiştir. Sadece istismara maruz kalan küçüklerin karşılaşabileceği sorunlar bile bu konuya dikkati çekmeye yeter. Bir çok ana baba bu nedenle ihbardan çekinmektedir. Bunun sonucunda da, fail eylemlerini devam ettirebilmektedir. Hatta, bazı ana babalar, küçüklerin ceza yargılamasının sıkıntılarına nasıl tepki gösterdiğini yaşayınca, cesaretlerini veya Adliyeye olan güvenlerini yitirmektedir.

Birkaç sene önce, şu olay basında yer almıştı: Dortmund Eyalet Mahkemesindeki bir ceza davasında, 39 yaşındaki bir fail, küçüklere cinsel tacizde bulunmakla suçlanıyordu. Tacize uğrayıp o sırada 12 yaşında olan bir kız çocuğu, annesiyle birlikte duruşmaya davet edilmiş, ancak anne yalnız gelmiş ve sorulması üzerine, çocuğa bu davetten söz etmediklerini ve çocuğun mahkemede tanıklık yapmasını istemediklerini bildirmişti. Bu kararı ana baba olarak, eşiyle birlikte almışlardı ve nedeni, çocuğun, tanıklık dolayısıyla, ruhsal zarara uğrayacağından korkmalarıydı. Söz konusu çocuk, dört yıl önce karşılaştığı eylemden dolayı korkuya kapılmış ve uyku bozukluğu çekmişti, mahkemede tanıklık yaparsa bunlar tekrarlayabilirdi. Mahkeme başkanı, anneye, çocuğun dinlenmesinden vazgeçilemeyeceğini, tekrar çağırıldığında gelmezse çocuğun zorla getirilmesinin söz konusu olacağını söylemişti.(bak. Meier 1991, 631; Niewerth 1994, 3762 vd.).

Ancak, ana baba çocuğun tanık olarak dinlenme ehliyeti bulunmadığına ilişkin doktor raporu getirince, duruşmaya zorla getirme söz konusu olmadı. Aslında, yürürlükteki hukuka göre, kural olarak, zorla getirilebilirdi. Çünkü, Alman CMUK m.51/bent 2'ye göre, usulüne uygun olarak davet edilen her tanık, yaşına veya kusur ehliyeti olup olmadığına bakılmaksızın, zorla getirilebilir. Sadece, gelmeme dolayısıyla yol açılan masrafların ödenmesine mahkumiyet, idari para cezasına mahkumiyet veya zor hapsi gibi ifade vermeye zorlayıcı araçlar, 14 yaşından küçük olanlara karşı uygulanamaz; çünkü, bu zorlayıcı araçlar kusur ehliyeti bulunmasını gerektirir. Ancak, bu olayda fail, basit cinsel taciz suçunu işlediğini itiraf ettiğinden, küçüğü zorla

getirmek, duruma da uygun düşmezdi.(bak.Meier 1991, 638: Kleinknecht/Meyer-Gossner, m.51 k.no.20).

Dortmund'daki davaya benzeyen olaylara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Ana babalar, sık sık yargıçlardan, olanları yeni yeni unutmaya başladığı için, çocuğun dinlenmesinden vazgeçmelerini rica etmektedirler. Bu çabalar, genellikle terapistler veya gençlik kurumu görevlileri tarafından da desteklenmektedir.

Yargıçlar ve savcılar da sık sık ana babalarla aynı duyguları paylaşmakla birlikte, genellikle mükerrir olan failin haksız yere beraat etmesini göze alamadıkları için birçok davada çocuğun dinlenmesinden vazgeçmemektedirler. Bir kez ihbarda bulunmaya karar veren ana baba ya da gençlik kurumu, failin suçunu ispatlamak için artık yargılamanın sonuna kadar dayanmakla yükümlüdür. Bu aşamada maalesef terapiden geçici olarak vazgeçmek gerekir. Çünkü, terapi çok erken,muhtemelen hatta duruşmadan önce yapılırsa, küçük artık tanık olarak bir işe yaramaz (Niewerth, 1994, 372) ve tanıklık dolayısıyla ruhsal gelişmesi yeniden tehlikeye düşer.

III.Mağdur küçüğün ceza yargılamasında karşılaştığı olağandışı sıkıntılar

Ceza yargılamasında, özellikle duruşmada karşılaşılan sıkıntıların bazen dayanma sınırını aştığını,buna katılan hukukçular bilmektedir. Gençleri korumaya yönelik davalar, en çok korkulan davalardır. Alman Yargıçlar Birliğinin bu sorunlarla uğraşan bir komisyonunda deneyimli yargıçlar ve savcılar bu sıkıntılı durumlarda küçüklerin duruşmaya nasıl tepki gösterdiklerini şöyle anlatmaktadırlar: “Bu türdeki bazı davalarda, birçok küçük, duruşmada hazır bulunanların yüzüne karşı tek kelime söyleyemedi. Bazı küçüklerin ise, duruşma salonundan dışarıya kucakta taşınmaları gerekti, çünkü yürüyecek durumda değillerdi. Diğer bazıları da, tüm bu sıkıntılı durum dolayısıyla öylesine şaşırılmışlardı ki, sorular karşısında sayısız cinsel tacizden, failerin çokluğundan söz ettikten sonra, hatta savcıların bile cinsel tacizde bulunduğunu iddia ettiler” (Ceza Hukuku Büyük Komisyonu 1995, 11; Bu konuda: Kintzi 1996, 184 vd.).

Böyle durumlarda kuşkusuz, tacizin tüm ayrıntılarını açıklamaktansa, mağdurun korunmasına daha fazla ağırlık vermek yerinde olur. Uygulamada bu nedenle, çocuğu duruşmada tanıklık yapmaktan kurtarabilmek için, giderek daha sık yargıç, savcı ve müdafî arasında sanığı ikrara teşvik amacıyla, cezayı hafifletme anlaşması söz konusu olmaktadır. Bu meşrudur,

ancak, sanığın esaslı ikrarı gerekir. Böylece belki Dortmund'daki davada fail cebir kullanmadan cinsel tacizde bulunduğunu ikrar ettikten sonra, artık cinsel eylemde cebirin söz konusu olduğunu ispattan vazgeçilebilirdi.

Ancak, birçok davada fail, hiçbir şey ikrar etmemekte ve böylece, rahatsızlık verici tanık olarak dinlenme durumu kaçınılmaz olmaktadır. Özellikle, çocuğun babasının veya üvey babasının sanık olduğu davalar, çok nazik ve tüm katılanlar için katlanılamaz olmaktadır. Bunu kamu yararı amaçlı mağdura yardım kuruluşu olan "Beyaz Halka" örgütündeki çalışmalarında karşılaştığım bir örnekle somutlaştırmak isterim.

12 Yaşındaki A, gençlik kurumu eğitim danışmanlığı görevlisine, son iki yılda hemen her hafta üvey babası tarafından, normal, ters ve oral cinsel ilişkiye zorlandığını söyler. Görevli bunu savcılığa ihbar etmeye karar verir. Anne, polisteki ifadesinde, çocuğun birkaç kez bu durumu ima ettiğini, ancak, kendisinin buna inanmadığını ve A'yı gençlik kurumu eğitim danışmanlığına gönderdiğini söyler, üvey baba tutuklanır. Beş kişilik aile, tek para kazanan üyesini yitirir. Kısa sürede, zaruret öylesine büyür ki, anne için artık, ceza soruşturması değil, geçim sıkıntısı önemlidir. Bu nedenle anne, yargıcın tutuklamanın devamını denetleme işlemine tanıklıktan çekinme hakkını kullanır. Baba, tutukevinden salıverilir; küçük yurda yerleştirilir. A nefret, umutsuzluk ve suçluluk duyguları arasında bocalar. Ancak, tekrar tanık olarak dinlenme ve güvenilirlik raporu alınması kaçınılmazdır. Sonraki ifadeler sırasında varlığı gerekli olan görevlinin, vesayet mahkemesince atanması için haftalarca beklenir. Küçük tekrar ifade verip vermeme konusunda tereddüte düşer, ancak görevli kişi tarafından cesaretlendirilir.

Görevli kişi, A'ya duruşmada refakat eder. Hiç değilse başkan küçüğü, birçok diğer küçük gibi, duruşma salonu önünde üvey babası, annesi ve diğer tanıklarla birlikte beklemek zorunda kalmayacak biçimde davet etmiştir. A, çağrıldığında ağlar ve duruşma salonuna girmek istemez. Ancak başkan, üvey baba duruşma salonunda kalırsa, küçük için gerçekten Alman CMUK m.247 anlamında önemli bir zararın söz konusu olup olmayacağını anlamak istemektedir. Bunun için, sanığın duruşma salonundan çıkartılmasına karar verilinceye kadar, küçük ağlayıp bağırır ve kendi kendine vururken duruşma salonundan içeriye taşınır. Sonra A'nın beşinci kez, tüm ayrıntılara ilişkin sorulara katlanması gerekir. Yargıcın sorgusundan sonra, müdafinin kuşkuya düşürücü, giderek saldırganlaşan sorularına sıra gelir. Bu soruları, Alman CMUK m.241a/I'e göre başkanın yöneltmesi de durumu pek değiştirmez.

Sonuçta üvey baba, beş yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılır. Ama küçük için neler pahasına. Küçüğün yargılama dolayısıyla psikolojik olarak daha fazla zarar görmesi ve ayrıca tüm ailenin mahvolması hukukçuların suçu mudur? Ceza hukukunun böyle zorluklara teslim olmayacağı inancındayım. Ancak, ceza hukukunun koruma görevi, küçüğün mümkün olduğu kadar az zarar görmesini sağlayacak ceza muhakemesi çerçeve koşulları yaratılmasını gerektirir. Sadece basit cinsel taciz halleri için de olsa, ceza hukukundan vazgeçmek, yanlış yöne sinyal vermek anlamını taşır.

IV. Sanığın meşru savunma hakları göz önünde bulundurularak ceza muhakemesinin küçüğe uygun biçimde oluşturulması

Belirtilen nedenlerle geçtiğimiz yıllarda, ceza muhakemesi yasasına, ceza yargılamasının çocuğa kötü etkilerini mümkün olduğu kadar azaltmaya yarayan şu özel hükümler eklendi: aleniliğin sınırlandırılması (Alman Mahkeme Teşkilatı Yasası m.172/Nr.4), duruşmada sanığın hazır bulunma hakkının sınırlandırılması (Alman CMUK m. 247/cümle 2), sadece başkanın soru sorabilmesi (Alman CMUK m. 241a), küçüğün istismarı ve cinsel tacize uğramasında davaya müdahale hakkı (Alman CMUK m.395/I no.1), güvenilir bir kişinin birlikte gelebilmesi (Alman CMUK m. 406f/III).

“Savcıların Görev ve Yetkileri Konusundaki Yönetmelik”te yer alan çok sayıdaki hüküm de, yargılamanın küçüğe uygun ve duyarlı biçimde yapılmasına yarayacaktır. Örneğin, birden fazla sorgudan kaçınma (m.19), kısa bekleme süresi ve sanıkla karşılaştırmadan kaçınma (m.135/II), küçüklere yönelik cinsel suçlarda yargılamanın hızlandırılması ve tutuklu sanık ailesinin yanına geri döndüğünde gençlik kurumuna bilgi verilmesi (m.221), küçüklerin istismarında savcılığın isim belirtmeden ve rumuzla yazı yazma yükümlülüğü (m.235/I) ve kural olarak, şahsi dava uyarısı yerine, ceza soruşturmasında kamu çıkarı bulunduğunu onaylama (m.235/II).

Tüm bu olanaklar ve mahkemenin aydınlatma ve tedbir alma yükümlülükleri, Alman hukukunda dava nedeniyle ikinci kez mağdur olma tehlikesini, çelişmeli Anglo Amerikan ceza yargılamasına oranla daha da azaltmaktadır. Bundan başka birçok yerde yargıçlar ve savcılar, “mahkemeye hazırlık programı” denilen programda küçüklere mahkeme salonunu göstererek ve yargılamanın nasıl yapıldığını, yargılamaya katılanların rollerini anlatarak, onların korkularını yok etmeye çaba göstermektedirler. Sanığın avukatı hazır değilse; bu program, bazen tarafsızlık sorunu açısından kuşku uyandırmaktadır (Ceza Hukuku Büyük Komisyonu 1995, 19 vd.). Bu nedenle, bir gençlik kurumu temsilcisinin

veya mağdurun danışmanının bu girişimi üstlenmesi, daha uygun olacaktır. “Beyaz Halka” gibi mağdura yardım örgütleri de bunu desteklemektedir.

Küçüğün korunmasına yarayan, ancak ender uygulanan bir olanağa da, Alman Yargıçlar Birliği Ceza Hukuku Büyük Komisyonu işaret etmektedir: Özellikle tehlikeli bir failin suçunu ispatın söz konusu olmadığı hallerde, küçüğü yetiştirme hak ve yükümlülüğü bulunanlar, onu duruşmaya getirmeyi reddederler ve küçük de gelmek istemezse, artık onu getirmek uygun olmaz (Kleinknecht, T./Meyer-Gossner, L. 1995, m.51 k.no.20). Küçük, ona uygun bir atmosferde naip yargıç ya da istinabe yargıcı tarafından dinlenebilir. Bu şekilde kural olarak küçüğün sanıkla, özellikle sorun doğuran karşılaşması da engellenmiş olur (Alman CMUK m.224/II, 247/1-2. Bu konuda karş.Kintzi 1996, 187).

Buna karşılık, konusu küçüğü istismar olan ve Worms davası diye adlandırılan davada bugüne kadar bir kez Mainz Eyalet Mahkemesi tarafından uygulanan canlı video yayını ise, tartışmalıdır. Bu davada küçük, yanında güvendiği bir kişi olduğu halde Adliyenin ona uygun olarak düzenlenen bir odasında başkan tarafından dinlenmiş ve bu, duruşma salonundaki 2x2 büyüklüğündeki perdeye video projektörleriyle yansıtılmıştı. Küçüğün dinlendiği oda ile duruşma salonu arasında telefon bağlantısı kurulmuştu. Başkanın duruşma salonundaki görevlerini vekili üstlenmiş ve ayrıca duruşmaya katılanların sorularını ve usuli açıklamaları, talepleri telefonla başkana iletmışti. Telefonlaşma duruşmaya katılanların tümü tarafından dinlenebiliyordu (Karş.Kintzi 1996, 191)*.

Böyle bir düzenleme tek yargıçlı mahkemelerde ve jürili mahkemelerde yapılamaz. Ayrıca, baskın görüşe göre bu, yürürlükteki hukukla da bağdaşmaz. Çünkü, Alman CMUK m.266’da, duruşmanın, ara verilmeksizin, hüküm kurmakla görevli kişilerin varlığında yapılacağı öngörülmektedir ve CMUK m.261’de, mahkemenin, duruşmadan edindiği özgür kanaatine göre karar vermesi gerektiği dile getirilmektedir. Bununla ifade edilen “doğrudan doğruya olmaklık ilkesi”, Mainz örneğinde yeteri kadar göz önünde tutulmamıştır; çünkü, normal duruşmanın önemli unsurları, ortadan kalkmıştır. Böylece, örneğin başkan, küçüğün ifadesine karşı sanığın sözsüz tepkisini izleyememektedir. Oysa, bu tür bilgiler, maddi gerçeğin bulunmasında önemli olabilir. Yargıçlar kurulunun başkana kendi izlenimlerini aktarmaları yeterli olmaz (Meier 1996, 455).

* *Çevirenin notu:* Alman hukukunda belli koşullarla bu uygulamaya olanak tanıyan CMUK m.247a, 1.12.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bunun dışında, modern video teknik olanaklarının bu “anında nakil” de yarar sağlayıp sağlamadığı da kuşkuludur. Çünkü, video, daha çok küçüğün otantik açıklamalarının, gerçeğe yakın ifadelerinin veya canlandırma sahnelerinin tekrar verilmesinde yararlı olur, ancak burada sadece normal dinleme işleminden mekan olarak ayrılma söz konusu olmuştur. Buna tekrar değineceğim.

Öğretide, özellikle küçükler için daha az sıkıntı verici olduğundan, Mainz örneğinin olumlu deneyimlerine yer verilirken, örneğin İngiltere ve İskoçya’da bu usule başvurulabileceğinin yasada açıkça düzenlendiği göz önüne alınmalıdır. Çünkü, orada bizdeki anlamda olmayan çapraz sorgunun getireceği ek sıkıntılar küçük için katlanılmazdır.

Duruşmada ayrı bir odadan naklen video yayını yararlı kabul etmek, Adalet Bakanlığının görüşünde de olduğu gibi, yasa değişikliğini gerektirir. Buna göre mahkeme, tanığın, tanıklık yaparken duruşma salonundan başka bir odada durmasına ve söylediklerinin aynı anda görüntü ve ses olarak duruşma salonuna nakledilmesine karar verebilir. Yani Mainz örneğinden farklı olarak başkan, korunması gereken tanığın dinlenmesi sırasında duruşma salonunda kalmalı, soruları telefon, kulaklık veya monitör ile küçüğün tanıklık yaptığı odaya iletilmelidir. Bu model İngiltere ve Galler’de uygulanmakta, küçük yan odada güvenilir bir kişiyle beraber bulunmaktadır (karş.Köhnken 1995, 378; Meier 1996, 455).

Çok masraflı da olan bu teknik düzenlemelerin, sanığın duruşma salonundan uzaklaştırılmasına oranla daha yararlı olduğundan kuşku duymaktayım. En azından bu olanak, küçüğün tanık olarak dinlenme sayısını en aza indirme sorununu çözememektedir. Zira şimdiye kadarki istismar davalarında küçüğün, ortalama, inanılrlık raporu dahil, dört kez tanık olarak dinlenmesi kural olmuştur. İstinaf veya duruşmanın tekrarı söz konusu olursa, bu sayı daha da yükselmekte, altıya yediye çıkmaktadır. Tam unutmaya, kafasından uzaklaştırmaya çalışırken, sürekli yeniden olayla karşı karşıya gelmek kuşkusuz küçük için en büyük sıkıntıdır. Bu olaylarda yargılama genellikle bir yıldan daha uzun sürdüğünden küçük bir türlü iç huzuruna kavuşmamaktadır⁴.

V. Önemli hedef: delil gücü olan erken ilk dinleme yoluyla tekrar tekrar tanıklık yaptırmaktan kaçınma

İstismar edilen küçüğün tanıklık sayısını bire ya da nihayet ikiye indirmeli ve bunu mümkün olduğu kadar olaya yakın bir zaman diliminde gerçekleştirmelidir.

Yürürlükteki hukuk çerçevesinde bir çok yerde, ilgili makam ve örgütlerin tutumlarını mümkün olduğu kadar erken aşamada birbirleriyle uyumlu hale getirmek çabası gösterilmektedir. Özellikle savcılık, polis, gençlik kurumu, sorgu yargıcı, vesayet yargıcı ve mağdur danışmanı ve keza mümkün olduğu kadar erken aşamada müdafî planlama kapsamına alınmalıdır. Hazırlık soruşturmasında bu konudaki girişimin savcılıkça yapılması gerektiği akla yakındır. Savcılıklarda “küçüklerin cinsel istismarı ve cinsel cebir” konularında özel yetkili daireler kurulması uygun olur (Kintzi 1996, 186).

İdeal olarak yargılama şöyle yürümelidir (Ceza Hukuku Büyük Komisyonu 1995, 13): Anne, muhtemelen gençlik kurumu ile görüştüğünden sonra ihbarda bulunma konusunda kararını vermeli ve küçükle birlikte savcılığın özel dairesine başvurmalıdır. Kadın savcı, ilk randevuya inanılabilirlik bilirkişisini de çağırmalıdır. Küçüğe uygun olarak dekore edilmiş bir odada küçük dinlenmeli, aynı anda bilirkişi de sorularını sorabilmelidir. Tutulan tanıklık tutanağına dayanarak savcılık, kuvvetli suç şüphesi varsa, sanığın tutuklanmasını isteyebilir. Aynı anda, bu ilk tanıklığa göre, geçici bir inanılabilirlik raporu hazırlanır. Böylece hazırlık soruşturmasında artık küçüğün tekrar dinlenmesine gerek kalmaz.

Ancak, sanık bu ciddi ilk dinlemeye rağmen suçu inkar ederse, tutuklama için yeterli suç şüphesinin aydınlatılması amacıyla, tutuklamaya karar verecek yargıcın huzurunda yeniden bir tanıklık söz konusu olur. Genellikle bunu inanılabilirlik incelemesinde daha ayrıntılı bir ifade ve nihayet daha sonraki duruşmada nihai tanıklık takip eder. Ceza muhakemesi hukukumuzda, tanıkların şahsen dinlenmesi ilkesi geçerlidir. Çok sınırlı hallerde, daha önceki tanıklık beyanı tutanağının okunmasıyla yetinilebilir. Ancak, tüm katılanların onayıyla, yani kural olarak sadece sanığın ikrar etmesi durumunda bu daha kolaydır (Alman CMUK m.251/I no.4). Ancak, muhakeme hukuku da, zaten tartışmalı hallerde liyakatını göstermelidir. Bu nedenle, mağdur küçük tanıkların daha iyi korunması için, değişiklikler öngörülmelidir.

VI. Hazırlık soruşturmasında yetkili hakim önündeki tanıklığın videoya kaydı

Yürürlükteki hukuka göre, kural olarak küçüğün ve yasal temsilcisinin onayıyla, yargıç, savcı veya polis önündeki beyanların videoya kaydı mümkündür (Kintzi 1996, 188). Ancak, bu kayıtlar, küçüğün tanıklığının yerine geçemez, sadece onu tamamlar (Meier 1996, 457). Keşif delili olarak, sadece küçüğün daha önce ne söylediğine açıklık getirir ve sadece istisnai

hallerde geçerli olan duruşmada tanıklık yerine önceki tanıklık beyanı tutanağının okunması anlamına gelmez.

Öğretide bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi, belge okunmasına dair hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilse de (Alman CMUK m.251/II 1), video kaydının değerlendirilmesi ancak savcılığın, müdafinin ve sanığın onayıyla, yani kural olarak tartışmalı olmayan davalarda caizdir. Bu nedenle, yasaya açıklık getirilmesi gerekir.

Bu konuda olumlu bir adım, 19.06.1996 tarihli Federal Konsey Tasarısıdır (BT Drs.13/4983). Tasarıya göre, ses ve görüntü kayıtlarını geniş ölçüde kullanılabilir hale getirme amacına, ancak kayıtların hazırlık soruşturmasında yargıcın dinlemesi ile sınırlandırılmasıyla ulaşılabılır. Bununla, isabetli olarak, bu düzenlemenin istisnailik niteliği vurgulanmaktadır. Ayrıca, CMUK m.250/II'nin yeni düzenlemesiyle küçük tanığın duruşmada şahsen tanıklığı yerine video kaydının gösterilmesine izin verilmesi de olanaklı hale getirilmelidir*.

Delil ikamesine başlarken video kaydının gösterilmesinin, bir çok davada faili kısmen veya tamamen ikrarda bulunmaya yönelteceği ve dolayısıyla küçüğün duruşmada yeniden tanıklık yapmasına gerek kalmayacağı umulabilir. Ancak, mahkemenin gerçeği araştırma yükümlülüğü açısından ve sanığın hukuk devletinden kaynaklanan yargılama güvenceleri nedeniyle ve özellikle o anda sanığın yeni itirazlar ileri sürmüş veya olaya ilişkin açıklamalar yapmış olması durumunda ise yeni bir tanıklık gerekebilir.

Ancak, mümkünse tek kalması ve polisteki, savcılıktaki veya bilirkişi önündeki ifadelerin önüne geçmemesi gereken, yargıç önündeki video kayıtlı bir erken tanıklığı sağlama sorunu, Federal Konsey Tasarısında henüz açıkça çözümlenmiş değildir.

-
- *Çevirenin notu:* Alman hukukunda tanığın dinlenmesinin videoya çekilmesi konusunda yasal düzenleme 1.12.1998'de yürürlüğe giren CMUK m.58a ile yapılmıştır. Madde şöyledir: (1) Tanığın dinlenmesi videoya çekilebilir. Aşağıdaki hallerde ise çekilmelidir: 1.Suçtan mağdur olan kişi 16 yaşından küçük ise veya 2.Tanığın duruşmada dinlenemeyeceğinden korkuluyor ve kayıt gerçeğin araştırılması için zaruri görülüyor ise. (2)Video kaydı ancak ceza soruşturması amacıyla ve gerçeğin araştırılması için zaruri olduğu ölçüde kullanılabilir. m.100b/6, 147 ve 406e kıyasen uygulanır.

Bu esas, hazırlanmasına Münihli meslektaşlarım Roxin ve Schüler-Springorum ile benim de katıldığım yeni bir alternatif tasarıda daha açık olarak yer almaktadır. Buna göre, doğrudan gençlik kurumu, polis veya savcılığa ilk ihbarla birlikte başlayabilecek olan, ancak bugüne kadar sadece savcılık düzeyinde ender olarak gerçekleştirilmiş bulunan, bu bir araya toplama, teke indirgeme çabaları, baştan itibaren delil gücü bulunan yargıç önünde erken tanıklığa yönelik olmalıdır. Buna, küçüğün yanında yargıç, savcı, bilirkişi, hatta sanığın tüm itirazları ve karşı açıklamaları göz önüne alınabilsin diye, sanığın müdafii de katılabilir. Çünkü, bu konuda, gerekli bilgi ve deneyime çok az sayıda yargıç veya savcı sahiptir (bu konuda kuşkulu: Volbert/Pieters 1993, 50). Yargıcın sorumluluğu ve denetimi altında yapılan bu dinleme, video kaydıyla tespit edilmelidir. Sanık bu aşamada yargıç işlemlerinde hazır bulunma hakkını kullanırsa (karş.CMUK m.168/I), soruşturmanın amacını veya tanığın konuşma yeteneğini tehlikeye düşürmesi ihtimali bulunan hallerde salondan çıkartılabilir ve bir yan odada ses ve görüntü nakli yoluyla küçüğün tanıklığını izleyebilir ve sorularını yöneltebilir (AE-ZVR m.162a).

Önerilen bu yol, bir çok halde söz konusu küçükle ilgili eylemin daha çabuk incelenmesine olanak tanımakla kalmaz, aynı zamanda mahkumiyet kararı verilmesine yetmeyecek kuşkulu ifadelerin de ortaya çıkmasına yarar. Çünkü, böyle durumlarda, davanın uzun duruşma aşamasından sonra beraatla sonuçlandırılmasındansa, davanın erken bir yargılama aşamasında sona erdirilmesi tüm ilgililer için en iyi çözümdür.

VII. Mağdur avukatı ve küçüğün avukatı

Cinsel özgürlüğe yönelik suçların mağdurları için davaya müdahale yetkisinin yanı sıra, CMUK m.406g'ye göre mağdura uzman danışman sağlama olanağı getirilmesi, 1986 tarihli mağdurun korunması yasasının en önemli kazanımlarından biridir. Bu yolla, baştan itibaren küçükler açısından CMUK m.406f/III'e göre güvenilir kişi bulundurulması yanında, bir avukat da hazırlık soruşturmasında mağdurun çıkarlarını koruyabilir. Mahkeme masrafları yardımcı talebi için mahkemenin avukat tayini (Alman CMUK m.297a, HUMK m.114 vd.), uygulamada yetişkinlerdense küçükler söz konusu olduğunda, çok daha iyi işlemektedir. Bu nedenle, Bavyera Eyaletinin Federal Konseyde sunduğu mağdur avukatı talebini içeren yasa talebi küçükler için özellikle önemlidir. Ayrıca, Bavyera Eyaletinin önerdiği, CMUK m.142'deki ölçüye göre avukat tayini, bu hallerde mağdura avukat yardımının sanığa müdafii mecburiyeti öngörülmesi kadar önemli olduğunu ifade etmektedir.

Bu gibi durumlarda uygulamada asıl sorun, mağdur tanıkların hakları konusunda bilgilendirilmeleri (karş. Alman CMUK m.406h) ve ender olmayan, ana babanın çıkarlarının çatışması durumudur. Örneğin, anne şikayet dilekçesi vermek ya da çocuğun babası, üvey babası veya birlikte yaşadığı kişi aleyhine tanıklık yapmak cesaretini gösteremiyorsa, hukuki durumu hakkındaki bilgiler, aile hukukuna ilişkin sonuçlarla birlikte küçüğe verilmelidir.

Bu hallerde “Beyaz Halka” gibi ben de, gençlik kurumunun veya savcılığın talebi üzerine vesayet mahkemesinin veya ceza mahkemesinin atadığı yetiştirme görevlilerinin onayı aranmaksızın mağdur müşaviri olarak CMUK m.406g’ye göre atanacak “küçük avukatı” kurumunun ihdasını zaruri görüyorum. Alman Yargıçlar Birliğinin Ceza Hukuku Büyük Komisyonu (1995, 66 vd.), küçük avukatı kurumunu gereksiz buluyor. Çünkü, küçük açısından, psikolojik ve pedagojik eğitimi olan güvenilir kişinin yardımını, avukatla himayeden daha önemli görüyor. Kuşkusuz bu genel olarak doğrudur. Ancak, aile içi istismar olaylarında, güvenilir kişiye de ancak hukuk müşaviri aracılığıyla ulaşılabilir ve güvenilir kişi genellikle hukuki bilgiye sahip değildir, ceza muhakemesindeki ve aile hukukundaki himaye olanaklarını harekete geçiremez*.

VIII. Psikolojik rahatsızlıkları aşma fırsatı olarak ceza yargılaması

Yukarıdaki açıklamalarımın, küçüklerin cinsel istismarında ceza davasının her ne pahasına olursa olsun yürütülmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Burada ihbar yükümlülüğü yoktur ve eğitim görevlilerinin mümkün olduğunca küçükle birlikte, suçtan kaynaklanan sorunların üstesinden en iyi nasıl gelebileceklerine karar verebilmesi için öyle de kalmalıdır.

Ancak, şikayet dilekçesi vermenin getireceği yarar ve zararları değerlendirirken, şunun bilincinde olunmalıdır: Ceza yargılamasında küçüğün korunması için tüm olanaklar kullanılmaktadır ve sonuna kadar dayanılan bir ceza yargılaması, birçok olayda cinsel istismardan kaynaklanan psikolojik rahatsızlıkların aşılmasına katkıda bulunmaktadır.

* *Çevirenin notu:* Alman hukukunda 1.12.1998’de yürürlüğe giren Tanığın Korunması Hakkında Yasa ile, tanığa avukat atanmasını düzenleyen CMUK m.68b getirilmiş, CMUK m.397a’da, mağdura avukat atanması konusunda değişiklik yapılmıştır.

Kaynakça

- AE-ZVR: Alternativ Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit. Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München 1996.
- Grosse Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes (1995): Die Stellung des Kindes im Strafverfahren I. Das Kind als Opfer im Strafverfahren. Unveröffentlichtes Manuskript 1995.
- Kintzi, H. (1996): Stellung des Kindes im Strafverfahren. Deutsche Richterzeitung 1996, 184-193.
- Kleinknecht, T./Meyer-Gossner, L.: Strafprozessordnung Kommentar, 42. Aufl. München 1995.
- Meier, B.-D. (1991): Zwischen Opferschutz und Wahrheitssuche, Juristenzeitung 1991, 638-645.
- Meier, B.-D. (1996): Kinder als Zeugen im Strafverfahren. –Überlegungen zum Einsatz der Videotechnologie und Vorschläge zur gesetzlichen Umsetzung. Recht der Jugend und des Bildungswesens (RDJB) 1996, 451-462.
- Köhnken, G.: Video im Gericht-Modelle und Erfahrungen aus Grossbritannien. Strafverteidiger 1995, 376-380.
- Niewerth, L.: Umgang mit Kindern und Jugendlichen als Opfer sexueller Gewalt- Möglichkeiten und Grenzen des geltenden Rechts. Zentralblatt für Jugendrecht 1994, 372-375.
- Volbert, R., Pieters, V.: Zur Situation kindlicher Zeugen vor Gericht, Bonn 1993.

POLİS DEVLETİ

*Recep YAZICIOĞLU**

I. GENEL OLARAK

Bir ülkenin yönetim biçimi ve yönetim felsefesi, tarihinden, kültüründen, inançlarından ve birikiminden kaynaklanır. Toplumlar ve sistemler paralel gelişir. Bulduğu ile iktifa eden toplumlar, neden? nasıl? niçin? suallerine cevap aramaz. Bu nedenle de yönetim sistemlerinde gelişmeyi, çağdaşlaşmayı gerçekleştiremez. Tarih felsefesi ve yönetim felsefesi olmadan sistem değişmez.

18 devlet kurmuş, aynı zamanda yıkılmış büyük bir birikime sahip Türk toplumu, son asırlardaki tıkanıklıktan, çözümsüzlükten ve erozyondan müştekidir. İdari, siyasi ve ekonomik kültürel açmazlar ve kargaşa; siyasi, ekonomik, idari rantlardan yararlananlar hariç, toplumun bütününe olağanüstü etkilemekte; umutsuzluk, yılgınlık, bezginlik, moral çöküntüsü salgın ve sarı hastalığa dönüşmektedir.

İnanımız vatan, millet Fatih Sultan Mehmet nutukları “En büyük Türkiye”, “Bir Türk dünyaya bedeldir” gibi iddialı sloganlarla bir yere varılamayacağını anlamıştır. Böbürlenme insanımızı artık tatmin etmemektedir. Dışlanmışlık psikolojisi toplumu içine kapamakta bu durum globalleşen dünya ile entegrasyonu engellemektedir.

Şaşkınlık içinde herkes kendine göre bir kurtuluş reçetesi aramaktadır. Bazen tek parti devrine dönüş, bazen de kaybedildiği iddia edilen değerleri yakalamak için biçimsel anlayışlara toplum takılıp kalmaktadır. Bu durum zihniyetler arası kêmikleşmeye, guruplaşmaya ve çatışmaya dönüşmekte; iç ve dış düşman korkusu ve söylemini geçerli hale getirmektedir. Toplumsal hafıza zayıflamıştır. Geçmişinden ve çağından yabancılaşma söz konusudur.

Ülkede gündem inananlar-inanmayanlar, laikler-antilaikler gibi çözümsüz konular etrafında bloklaşmakta; seçkinci elitler saç-saçta, baş-başta kavga etmektedir. Halkından korkan devlet dayatmalarla toplumu yönlendireceğini varsaymaktadır. Dost, düşman yaklaşımı toplumsal barışı

* Erzincan Valisi.

ve uzlaşmayı tehdit etmektedir. Sade halk, bütün bu tartışmaların çok uzağındadır. Halkın gündemi daha iyi ve konforlu yaşamak; daha iyi sağlık, eğitim ve altyapıya kavuşturmadır. Bu konularda proje, sistem, strateji ve program geliştiremeyenler, siyaset anlayışlarını bu kavramlara kaydırmakta, hileli yarış tercih etmektedir. Devlet fikir ve ideolojilere eşit mesafede olmak durumundadır. Çağdaş demokratik devletin konumu budur. Dünya, dayatmacı, yasakçı, otoriter, faşist ve komünist sistemleri inanılmaz acı tecrübelerle geride bırakmıştır. Atatürk'ün hedef olarak gösterdiği çağdaş uygarlık, çağdaş değerler, ülkeler ve kurumlardır. İlericilik bu hedeflerle bütünleşmektir. Seçkinlerin ilericilik gericilik anlayışları apayrı ve geçersiz bir söylemdir. Kendi insanını acımasızca küstüren ve harcayan, insanları arasında uçurumlar yaratan dünyada kaç toplum vardır. Amerika'nın 50'li yıllarda yaşadığı Makkartist dönem insan kısıcılığının nerelere varabileceğinin ibret verici örneğidir. Şüphesiz ibret almasını bilenler için.

18. asırda cereyan eden pozitivist düşünce ile ruhçu görüş arasındaki büyük çatışma ve kargaşa asırların gerisinde kalmasına rağmen ülkemizde bunun yeniden hortlatılmak istenmesi ilericilerin büyük yanlısıdır. Temel haklardan olan düşünce ve ifade hürriyeti bu kapışmada yok olmakta, herkes kendi görüşünü geçerli görerek başkasına dayatmayı haklı bulmaktadır. Farklılıklar içinde birlikte yaşamayı asırlardır beceren toplumların bugünkü ulaştıkları uygarlık düzeyi ortadadır.

Taşlar oynamış, sistemin çivisi çıkmıştır. Bürokrat-politikacı çatışması ve kavgası zamanı doldurmakta; sabah erken kalkan müdür olmaktadır. Ehliyet ve liyakat katledilmiş, her türlü mensubiyet, yağcılık, yaranma geçerli hale gelmiştir. Bu yapıdan ürün çıkmaz; verimli ve etkili bir idarenin asgari şartları ortadan kalkmıştır. Kuvvetler ayrılığı fiilen kuvvetler birliğine dönüşmüş, bu nedenle dengeler kaybolmuş, gemisini kurtaran kaptan, ne çalar ne çırparsa kârdır anlayışı, egoizmi, menfaatçiliği tek geçerli değer haline getirmiştir.

Sistemin yarattığı boşluğu "mafya" denen çeteler doldurmaktadır. "Susurluk" olayı ile anlaşıldı ki bir kısım devlet görevlileri ile irtibatlı çeteler, uyuşturucu, kara para, tehdit, haraç, vurgun, soygun ile olağanüstü güçlenmeye devam etmekte ve ülkeyi derinden etkilemektedirler. Faili meçhul cinayetler bu iklimde ortaya çıkmakta ve ne acı ki yadigarlanmamaktadır. Çete reisleriyle iftihar eden ve övünen anlayışlar bu ortamın ürünüdür. Haksız servetler, vurgun ve soygun, haksız kaynak aktarımı (Horzumlama) sonucunda ülke, kayıt dışı ve kara paradan oluşan bir kısım tekellere teslim olmak noktasına hızla yaklaşmaktadır. Bu güç

karşısında artık sandığın da anlamı kalmayacaktır. Toplumun % 10'u gelir açısından gelişmiş toplumların üzerinde mutlu azınlık, geri kalanı da alt kesimi oluşturmakta, demokrasinin vazgeçilmez şartı orta sınıf hızla ortadan kalkmaktadır. Sosyal adalet sosyal barışın temel şartıdır. Arasında gelir uçurumları oluşan toplumu ne zamana kadar otorite engelleyebilir.

Vesayet altında olan ve aynı zamanda bürokratik devletin engelleri nedeniyle toplum yeniden kendini üretmemekte, gelişip serpilememektedir. Bir buçuk asırdır vesayet her şekli söz konusudur. Kurtarıcıların biri gitmekte diğeri gelmekte, ama "kurtarıcı" gerçekleşmemektedir. Asker-bürokrat kurtarıcılığı, "halka rağmen halk için" yaklaşımı bugünkü sonucu ortaya çıkarmıştır.

Şüphesiz ülkemiz geçen zaman içinde belirli bir gelişmeyi gerçekleştirmiştir. Ancak gelişmiş dünya ile mukayese ettiğimizde, vilayetlerimiz büyüklüğünde olmayan ülkelerle aramızda, gerek üretim, gerekse demokrasi ve insan hakları açısından büyük uçurumlar olduğu görülür. Mukayese olmadan değerlendirme olmaz. Olsa olsa boş böbürlenme olur.

Kurtarıcının halkın kendisi olduğu anlaşılmadan, halkın potansiyel gücü seferber edilmeden, hızlı gelişmenin gerçekleşmeyeceği; kalkınmanın devletin değil halkın işi olduğu anlaşılmadan ve buna uygun yapılanma gerçekleşmeden bu sonucun sağlanamayacağı açıktır.

Hiçbir ülke yerinde saymaz. Asıl olan ekonomide, sistemde, rejimde, hukuka çağdaş değer ve seviyelerdir. Ülkemiz Avrupa Birliğine üye devletlerin standartlarına mı uyum sağlayacak? Yoksa Saddamvari muz cumhuriyetlerinin anlayışlarını mı benimseyecektir? Tercih budur.

Hukuk mu üstündür? Devlet mi üstündür? Bunun kararı verilmiştir. Bizim toplum olarak vereceğimiz karar hangi blokta yer alacağımızdır. Bu kararı verdiğimiz andan itibaren toplumsal irade her alanda yeniden düzenlemeyi, anlayış ve felsefeyi getirecektir.

"Toplum mühendisliği" seçkin bir yaklaşımdır ve dünya uygulamasında geçerli olmadığı ispat edilmiştir. "Yaptım oldu" düşüncesi kafayı kuma sokmaktır. Bu tür arayışlar yerine çağdaş yaklaşımlar, "daha az devlet daha iyidir", "kamu alanının daraltılması", "yerelin ve halkın alanının genişletilmesi" yer almalıdır.

II. SİVİL YÖNETİM VE VALİLİK MÜESSESESİ

Yukarıdaki tahlil ve yorumlar mevcut yönetim sistemimize dikkatleri çekmek için yapılmıştır. Bütün olay sivil toplum, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları, özgürlükler gibi evrensel değerler ve ilkelere olan yakınlık ve uzaklıkla ilgilidir.

Ülkemizde tarih felsefesi yapılmadığı gibi yönetim felsefesi de geçersizdir. Böyle olunca Osmanlının çöküş döneminden devralınan ve tek parti devrinde gelişen anlayış ve modeller büyük oranda geçerliliğini sürdürmektedir. Tüketim biçiminde ve dış görünüşte ortaya çıkan “biçimsel batıcılık” üretim ve yönetim biçiminde geçersizdir. Batılılar gibi yönetip üretemeyen bir toplum, batılıları geride bırakan bir tüketim toplumu olmuştur. Üretmeden tüketmek mümkün değildir.

Yönetim sistemini bir bütün olarak ele almak gerekir. Şimdi, bütüncü altına alarak yukarıdaki başlık altında inceleyeceğimiz konu önemli bir bakış açısı, anlayış ve zihniyeti ifade eder. Farklı anlayış, her konuya ve her yere farklı bakıştır.

Bilindiği gibi mülki idare amirliği “istisnai bir görevdir”. Herhangi bir şarta bağlı olmadan hükümetler, idari ve siyasi temsilcileri olan valileri seçerler. Ülkemizde istisnai memuriyet valilik, ve elçiliktir. Valilik sivil bir görevdir. Sivil devleti, toplumu temsil eder. Tek parti devrindeki otoriter, yasakçı, dayatıcı, halktan kopuk anlayış demokrasilerde geçerli değildir. Meşhur sözdür: Ankara Valisi gençlere: Komünistlik gerekirse onu da biz getiririz size ne oluyor? demiştir.

Çok parti devrinde bu anlayış büyük oranda kırılmış, toplumda yeni güçler ve dengeler ortaya çıkmıştır. Mülki idare amirlerinin de konuları, fonksiyonları buna paralel değişmiştir.

Ülkemizde son yıllara kadar, ara dönemlerde istisnai birkaç örnek dışında, sivil anlayışa uygun görevlendirmeler kural haline gelmişti. Batı toplumu rütbeliyi emniyet teşkilatının başına getirmezken, ülkemizde polis şeflerinin vali yapıldığını ve bu uygulamanın yaygın hale gelmek ve kurallaşmak üzere olduğunu müşahede etmekteyiz.

Türkiye’de zaman zaman, guruplar halinde emniyet müdürleri bir çok batılı ülkeye gittikleri gibi Almanya’ya da incelemeye giderler. Almanya’daki emniyet müdürüne sorarlar: Kariyerin nedir? Bu makama nasıl geldin? Emniyet müdürünün cevabı: Ben meslekten gelmedim, sivil olarak bu makama atandım. Yardımcılarım hiyerarşik sistem içinde meslekten gelen rütbeli insanlardır. Yine kendilerine sorulur. Bu durumda

görevin nedir? Benim görevim “polise karşı halkı korumak”tır der. Bu bir anlayış, bakış tarzıdır ve bir felsefedir.

Aynı şekilde Amerika’da polis müdürlerinin meslekten gelmediği, bu makama sivil kişilerin, yerel otorite tarafından atandığı bilinmektedir.

Ülkemizdeki gelişmeye baktığımızda, 1950’li 60’lı yıllarda bu uygulamanın geçerli olduğu, sonradan bundan vazgeçildiği görülmektedir. Şimdi, vazgeçtik sivil bir emniyet müdürünü düşünmek, her çıkan vali kararnamesinde mutlaka rütbeli insanlardan bir çok kişinin dahil edilmesi gerekmektedir. Bu ihtiyaç nereden çıkmıştır? Yasama üyeliği ve bakanlık, rütbelilerin düşünebildiği ve ulaştığı makamlar haline gelmiştir. İşte bu da bir felsefedir. Ama sivil olmayan bir felsefe.

12 Eylül’de hazırlanan kanun kuvvetinde bir kararname ile “bölge valilikleri” ihdas edilmiş, vali olarak da emekli orgenerallerin atanması düşünülmüştür. Kararnamenin geçici maddesinde böyle bir atamaya imkan verecek bir düzenleme yapılmıştır.

Özal döneminde bu kararname iptal edilmiş, sivil yönetimin askeri dizaynı tahakkuk etmemiştir. İyi ki etmemiştir. Dünya uygulamasında herhalde çok orijinal bir model ortaya çıkacaktı.

Sivil bir makama üniformaların getirilmesi farklı bakış açılarını ve uygulamaları ortaya çıkartır. Vatandaş problem ve şikayetlerini sivil otoriteye ulaştırmak ister, ancak ona ulaşabilir. Özellikle emniyet güçlerinden kaynaklanan problemler için bu husus daha çok geçerlidir. Polis hakkında soruşturmayı, polisin yaptığı bir uygulamada sonuç almak mümkün değildir.

Şimdi aşağıdaki suallere cevap arayalım.

Emniyet görevlilerince öldürülen Metin Göktepe’nin davasını görece mahkeme 2 yılda niye bulunamamıştır?

Manisa’da birçok yerde işkence yapan görevliler hakkında yapılan işlem ve hassasiyet uluslar arası boyuta niçin taşınmıştır?

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kafa-göz kıran, şiddet üreten yaklaşımlar medya tarafından topluma ayrıntılarıyla yansıtılmaktadır. Bu görüntüler hoş görüntüler midir?

İnsan hakları ile ilgili işkence iddiaları, yerli ve yabancı insan hakları komisyonlarınca niçin sürekli araştırılmakta? ve yapılan ihlaller gündemden neden hiç düşmemektedir?

Çetelere, vurguncu ve soygunculara ceza veremeyen sistem pankart asan, slogan atan öğrencilere toplam 99 yıl ceza önerebilmekte, mecliste pankart

asan öğrencilere idam cezası iddianamede yer alabilmektedir. Sistemin gücü öğrencilere yetmekte; vurguna, soyguna, çetelere, hırsızlığa, uyuşturucu kaçakçılarına, faili meçhul cinayetlere karşı aynı etkinliği gösterememektedir. Bütün dünyada öğrenciler haksız ve adaletsiz düzene karşı diğer kesimlerden daha duyarlı bir talebi ifade ederler. Acımasızlık herhalde buradan kaynaklanmaktadır.

Bütün bu ve benzeri uygulamalar şüphesiz batı standartlarını yakalayamayan hukuk, adalet, siyaset ve devlet yapısı ve anlayışının ürünüdür.

Avrupa Birliğine girmek için yaptığımız talepler, belirli oranda ekonomik nedenlerle reddedilse de, asıl sebep insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi ile ilgili standartlarımızdan kaynaklanmaktadır.

Valilik sistemini zenginleştirmek, renklendirmek doğrudur. Bunun için valilik istisnai memuriyet sayılmıştır. Zenginleştirme, sivilleşmeyi zorlamayacak şekilde, değişik mesleklerden yönetim tecrübesi ve birikimi olan insanların atanmasıyla sağlanmalıdır. Bizdeki uygulama yalnız, mülki idare amirleri ile asker ve polisten atama şeklinde cereyan etmektedir. Yalnız mülki idare amirliği sınıfından atamaların yapılması da istisnai memuriyet esprisine ters düşer. Yurtdışında görev yapan elçilerin bir süre Anadolu'da, Anadolu'da görev yapan, lisan bilen valilerin yurtdışında görevlendirilmeleri; bakanlık, müsteşarlık, genel müdürlük yapmış mühendislerin, doktorların ve diğer meslek mensuplarının vali olarak atamasının yapılması niye düşünülmesin.

Valilerin görevi yalnız hükümetin emirlerini yerine getirmek, ağırlama uğurlama ve protokol değildir. Ülke sorunları ile ilgili tespit ve teşhislerini dile getirmek de görevleri arasındadır. Gözlerimi kaparım vazifemi yaparım yanlıştır. Bu kafayı kuma sokmaktır.

Valilik müessesesi de erozyona uğramıştır. Etkinliğini son yıllarda büyük oranda kaybetmiştir. İl içindeki tayin ve terfiler, il başkanı denen yeni bir kurum marifetiyle yapılır hale gelmiştir. Bu fiili bir durumdur. Yasada yeri yoktur. Fakat çok önemli bir husustur. Sizi kim tayin ederse onun emrine girersiniz. Dolayısıyla ilde iki ayrı otorite ortaya çıkmıştır. İl başkanlarının bu pozisyonu uygun ve doğru ise, yasal düzenleme ile, bu kurumu yetkili ve sorumlu hale getirmek gerekir. Bugün fiilen yetki var, hukuken sorumluluk yoktur. Bu bir anarşidir. Bu uygulama taşrada kuvvetler ayrılığının kuvvetler birliği şekline nasıl dönüştüğünü gösteren güzel bir örnektir. Bu durum bakanların hem yürütmenin başı hem de siyasetçi olmalarından kaynaklanmaktadır. Siyasi partilerin taşra teşkilatı ve yöre

milletvekillerinin mesailerinin neredeyse tamamı tayin, terfi ve tecziye ile ilgilidir.

III. SONUÇ

Gelişmiş dünya için gerekli değerler, tüm insanlığın asırlar içinde oluşan ilkeleridir. Gelişmek isteyen toplumlar bu ilkeleri benimsemek zorundadır. Değişik bahaneler ile bu ilkelerden uzaklaşmak, her alandaki geri kalmışlığı kader haline getirir. İnsanlar hür doğar. İnsanların doğuştan sahip olduğu temel, vazgeçilmez hak ve hürriyetlerin hangi gerekçelerle sınırlandırılacağı yine evrensel kurallarla belirlenmiştir. Bunun ölçüsü ülkenin görüntüsüdür. Türk toplumu, tarih içinde sahip olduğu devlet kurma geleneği ve uygulaması ile insan haklarının güzel örneklerini vermiştir. Batı toplumu da insan hakları ihlallerinde yüz kızartıcı uygulamalarına rağmen belirli bir seviyeyi tutturmuştur. Batı karşısında bir komplekse kapılmanın bu nedenle yeri yoktur.

Toplum olarak demokrasiyi tercih ettiysek bunun gereklerini yerine getirmek, demokrat ve başkasının fikrine ve görüşlerine saygılı olmak zorundayız. Bunları ifade etmekle iş bitmiyor. Yaşama biçimine ve kültürüne dönüşmesi gerekiyor. Marjinal fikir ve düşünceler, hakların ve hürriyetlerin yok edilmesi için gerekçe olamaz. Toplumlar sürekli vesayet altında kalırsa olgunlaşamaz.

Sistemin başarısı problem üretmekle değil, problem çözmekle ölçülür. Problemler demokrasilerde halkın katılımıyla çözülür. İttihatçı geleneğin 2000 yılına taşınması akıl, bilim ve çağdışıdır.

Atatürk'ün çağdaş uygarlık hedefi, çağdaş dünyanın müşterek değerleridir. Cumhuriyetimizi bürokratik, elitist, yasakçı yapısından demokratik ve liberal konuma getirmek bu neslin görevidir. Yalnız geçmiş ve yalnız geleceğe takılıp kalan yaklaşımlar yerine, geçmiş ve geleceği kuşatan anlayış toplumsal barış ve huzuru getirecektir. İnsan haklarına uygun, yeniden düzenlenecek, temel hak ve hürriyetleri belirleyecek kısa ve özlü sivil bir anayasa ile işe başlamak gerekir. İdare, siyaset ve ekonomide yeniden yapılanma ve adalet reformu peşinden gelecektir.

Bilinenin tekrar bilinmesine ihtiyaç yoktur. Sosyal bilimlerde icat da yoktur. Kalkınma devletin değil toplumun işidir. Yönetmek toplumun işidir. "Halka rağmen halk için" artık tarih olmalıdır. Çağdaş devletin görev ve fonksiyonları bellidir.

Suyu tersine akıtmayalım. Yeter.

ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI KARŞISINDA SOSYAL DEVLET İLKESİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

*Yrd. Doç. Dr. Nihat BULUT**

I. SOSYAL DEVLET İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI, TANIMI VE AMACI

A. Sosyal Devletin Ortaya Çıkışı ve Tanımı

Tarihsel gelişim bize, sosyal devletin hukuk devleti ilkesinin bir tamamlayıcısı olduğunu göstermektedir. Düşünsel kökeni Antikçağa dayanan, fakat 18. Yüzyılın sonları ile 19. Yüzyılın başlarında uygulamaya geçen hukuk devleti, toplumun refahı için gerekli önlemleri almak ve vatandaşların tüm işlerine karışmak yetkisine sahip olan mutlak hükümdarların keyfi yönetimlerini önlemek için kurulan; yurttaşlara hukuk güvenliği sağlayan, otorite karşısında kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bir devlet sistemidir¹. Hukuk devletinin büyük zaferine burjuva sınıfının öncülüğünde ulaştığı bilinmektedir.

Hukuk devletinin, temel hakların güvence altına alınmasından güçler ayrılığına, yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminden yargı bağımsızlığına, idarenin hukuka bağlılığından yargıç güvencesine...kadar bir dizi koşulu bulunmaktadır. Bu koşullar ilk bakışta şekli olarak değerlendirilebilir ise de, hukuk devletinin bu koşullar yardımıyla, insan onurunu hedeflediği söylenebilir. Nitekim Alman hukukçu Huber, hukuk devletinin temelde kişinin hayat, hürriyet ve mülkiyetinin en güvenilir teminatı olduğunu belirtmekte; fakat bunların teminat altına alınmasının sırf hayat, hürriyet ve mülkiyet için değil, daha yüksek bir değer olan, “ insan onurunun korunması” için yapıldığını ifade etmektedir². Böylece Huber,

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

¹ Hukuk devletinin tanımı ve koşulları için bkz. Mehmet Akad, *Genel Kamu Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s.237 vd.

² Ernst Huber, “ Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet,” (Çeviren: Tuğrul.Ansay), *AÜHFD*. C.XXVII, sy.3-4, 1970, s.34

haklı olarak, hukuk devletinin sonuçta insan onuruna dayandığını vurgulamaktadır.

Fakat özünde insan onuruna dayanan hukuk devleti anlayışı kendisine hedef olarak sadece, insanın devlet kudretinin dış baskılarına karşı korunmasını almaktadır. Oysa 19. Yüzyılda sanayi gelişmesi ile birlikte, insanın sırf devlet gücüne karşı korunmasının yegane amaç olamayacağı anlaşılmıştır. Gerçekten bu dönemde toprak önemini kaybetmiş, köylüler fabrikalarda çalışabilmek için kentlere akın etmeye başlamışlar ve büyük bir işçi sınıfı doğmuştur. Ne var ki, aynı dönemde işsizlik artmış, ücretler düşmüş, çalışma koşulları kötüleşmiş ve buna bağlı olarak daha bir çok olumsuzluklar meydana gelmiştir³.

Bu arada devlet, yapısı ve işlevi gereği olup bitene karışmamış, pasif kalmayı yeğlemiştir. Çünkü o çağın liberal anlayışına göre, ticaret ve sanayi gelişmesi için devletin ekonomik hayata müdahale etmemesi gerekmektedir. Bireysel özgürlükler adına sanayi devriminin doğurduğu toplumsal tezatları aldırmayan bu anlayışa karşı eleştiriler baş göstermiş ve dolayısıyla, hukuk devletinin tek başına insan onurunu koruyamayacağı düşüncesi doğmuştur. Böylece burjuva devriminin ürünü olan hukuk devleti ilkesinin yanında, sanayi devriminin ürünü olan sosyal devlet ilkesi uygulamaya konulmuştur⁴.

İşte bu koşullar altında ortaya çıkan sosyal devlet genellikle, yurttaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı görev bilen devlet diye tanımlanmaktadır⁵.

Gerçekten sanayileşmiş ülkeler ve onları izleyen diğer devletler hukuk sistemlerini bu anlayış çerçevesinde şekillendirmişler ve önce anayasal, sonra da yasal düzenlemeler yoluyla, vatandaşlarına kişisel ve siyasal hakları yanında, sosyal ve ekonomik hakları tanımışlardır.

3 Sanayi devriminin beraberinde getirdiği sosyal ve ekonomik koşullar ve bu koşulların güçlüğü ile ilgili olarak bkz. Leo Huberman, *Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla*, (Çeviren: Murat Belge), İletişim y., İstanbul, 1991, s.198 vd.

4 Huber, s.34

5 Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı*, Gerçek y., İstanbul, 1986, s.224; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin y., Ankara, 1993, s.98

B. Sosyal Devletin Amacı

Sosyal devletin sanayi toplumunun ürünü olduğunu belirtmiştik. Kuşkusuz sanayi toplumunun en önemli özelliği, birbiriyle çatışma halinde olan sınıfların varlığıdır. Huber'in ifadesiyle, bu sınıflardan güçsüz olanı (işçiler) sosyal açıdan tehlikeye düştükleri ve haklarının gasp edildiğinin bilincine vardıkları zaman geleneksel devlete karşı çıkarlar. Bu karşı çıkış, devletin yıkılması ve ele geçirilmesi (sosyal devrim) için yapılabileceği gibi, devlete etki etmek ve onu değiştirmek (sosyal reform) için de yapılabilir. İşte sosyal devlet, devletin içine etki edilmesi ve değiştirilmesi için ortaya çıkmıştır⁶.

Buradan yola çıkarak sosyal devletin sadece bir takım sosyal güvenlik ve sosyal adalet önlemlerini değil, devam eden bir süreç içerisinde, sosyal sınıfların dinamik bileşimini öngörerek, sanayi toplumunda ortaya çıkan gelişmeleri, zıtlaşmaları ve çatışmaları saf dışı etmeyi amaçlayan bir sistem olduğu söylenilebilir⁷. Başka bir deyişle sosyal devlet, sosyal adalet ve sosyal güvenlik tedbirleriyle birlikte, insanın önündeki engelleri kaldırmaya yönelik sürekli bir düzen değişikliğini içerir⁸.

Zaten sosyal adalet ve sosyal güvenlik tedbirleri de başlı başına birer amaç olmayıp, toplumda yaşayan herkese, ama özellikle de yoksul insanlara, insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyinin sağlanmasının araçları olarak kabul edilmekte ve bu iki kavram, sosyal hukuk devletini oluşturan temel taşlar olarak görülmektedir⁹.

Öyle ise, sosyal devlet anlayışı da tıpkı hukuk devleti anlayışı gibi, insan onurunun korunmasını hedef almaktadır. Daha doğrusu sosyal devlet sistemi, hukuk devletinin hedef aldığı ama sosyo-ekonomik gelişmeler karşısında tek başına gerçekleştiremediği, insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Dikkat edilirse bu nokta bizi, hukuk devleti ile sosyal devletin birbirlerini tamamladıkları gerçeğine götürmektedir.

Zaten doktrinde de bu noktaya işaret edilmekte ve bu iki kavram arasında ortaya çıkış açısından bir karşıtlık bulunmasına rağmen, hukuk

6 Huber, s.35

7 İbid, s.35

8 Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi*, Say y., İstanbul, 1991, s.150

9 Sosyal adalet, sosyal güvenlik ve insan onuru ilişkisi için bkz. Mehmet Akad, *Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı*, Kazancı y., İstanbul, 1992, s.5 vd.

devletinin amacı olan kişinin korunmasının, günümüz toplumlarında ancak sosyal devlet ilkesinin kabulü ile mümkün olabileceği belirtilmektedir¹⁰. Anayasa Mahkemesi de 1988 yılında vermiş olduğu bir kararda "... Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir..."¹¹ diyerek, aynı görüşte olduğunu ortaya koymuştur.

Yüksek Mahkeme aynı kararında, bir de tanım getiriyor sosyal hukuk devletine: "...Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir..."¹². Tanımdan da anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi devlete direktif vermektedir. Şüphesiz bu direktif, devletin sosyal ve yeri geldikçe de ekonomik yaşama müdahale etmesini gerekli kılmaktadır. Belki de sosyal devlet ilkesi ile serbest piyasa ekonomisini ve onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden özelleştirme uygulamalarını karşı karşıya getiren de budur.

Hemen belirtmelidir ki, günümüzde sosyal devlet anlayışı da çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Örneğin Hayek'e göre, sosyal devlet ilkesi ile gerçekleştirilmeye çalışılan sosyal adalet kavramı gerçekte sosyalizmin odağında yer alan özlemleri ifade etmektedir. Sosyalistlerin, üretim araçlarının sosyalleştirilmesi aracılığı ile zenginliğin adil dağılımını gerçekleştirmek şeklindeki geleneksel söylemlerini büyük ölçüde sosyal adalet yoluyla gerçekleştirebileceklerini anladıkları için bu kavrama yöneldiklerini belirten¹³ Hayek, devletin maddi eşitliğe yönelik faaliyetlerini özgürlüklerle ilişkilendirmekte ve bu eşitliğin sağlanabilmesi için devletin bireylere ne yapacaklarını da söylemesinin gerekeceğini vurgulamaktadır. Yani Hayek'e göre, sosyal adalet ilkesi gerçekleşecekse, bu sistem herkesin otorite aracılığıyla özel emirlere tabi tutulduğu bir sistem olacaktır¹⁴. Hayek böyle bir durumun hukuki kılıfa sığdırılsa bile, bireysel özgürlüklerle bağdaşmayacağı görüşündedir¹⁵.

10 Huber, s.49; Akad, *Sosyal Güvenlik Hakkı*, s.48

11 E: 88/33, Karar Tarihi: 26.10.1988, AMKD., sy.,24, s.451

12 AMKD. Sy. 24, s.451

13 Friedrich A. Hayek, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük (Sosyal Adalet Serabı)*, (Çeviren: Mustafa Erdoğan), İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1995, s.98-99

14 İbid, s.121

15 İbid, s.123

Aslında sorun Hayek'in sosyal ve ekonomik haklara, hukuki bir hak olma iddiası tanımama yönündeki eğiliminden kaynaklanmaktadır. Gerçi Hayek de bu haklarla ulaşılmak istenilen hedeflerin arzu edilmez oldukları görüşünde değildir. Fakat O, sosyal ve ekonomik hakların, devletin çeşitli kişi ve gruplara belirli maddi konumlar temin etme üzere kullanılmasını gerektirdikleri görüşündedir ve buradan yola çıkarak, sosyal ve ekonomik haklarla klasik hakların birbiriyle bağdaşamayacağını ve bu ikisinin bir arada gerçekleştirilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁶.

Hayek'in özellikle, "herkesin otorite aracılığıyla özel emirlere tabi tutulduğu bir sistem" konusundaki endişelerini anlayışla karşılamakla birlikte, sosyal devletin ve sosyal adaletin ancak hukuk devletiyle birlikte anlam kazanacağı gerçeğinden hareketle, sorunun çözülebileceği inancındayız.

Çağımızın refah devletinin (sosyal devlet) hazineden çeşitli çıkar gruplarına fon aktaran transfer toplumuna dönüştüğünü ifade eden Savaş'a göre ise, "Başlangıçta refah devleti diye nitelenen ve bütün fertlerini asgari yaşama standardının üzerinde bir yaşam seviyesine kavuşturmayı amaçlayan bir devletin işsizlik, hastalık, yaşlılık...gibi nedenlerle, yeteri kadar gelir elde edemeyen vatandaşlarına gelir transferi yapmak için başvurulan bu yöntem; bugünün demokratik rejimlerinde, kime niçin verildiği bilinmeyen...bir harcama türüne dönüşmüştür. Refah devleti anlayışıyla bağdaşmayan bu durumun nedeni, siyasal iktidarın yeniden seçilmeyi güvence altına almak istemesidir"¹⁷.

Çağdaş demokrasilerde devletin fertlere, üretilen bir hizmet karşılığı olmayan çeşitli ödemeler yaptığını ve bunlara transfer ödemeleri adı verildiğini belirten savaş, bu transferleri ikiye ayırmaktadır: Sosyal güvenlik kapsamına giren emeklilik, malüllük işsizlik, sağlık ödemeleri ile yoksullara yapılan yardımları kapsayan "refah transferleri" ve genellikle iş çevrelerine, orta ve yüksek gelir mensuplarına yapılan, vergi indirimi ile teşvik gibi ödemeleri kapsayan "düzenleyici transferler"¹⁸. Sosyal devletin özünü oluşturan refah transferlerinin devletin görevi olduğunu savunan Savaş, düzenleyici transferlerin özel çıkar sahiplerine hizmet ettiğini ve özel

16 Hayek'in bu konudaki görüşleri için bkz. Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997, s.146

17 Vural Savaş, *Anayasal İktisat*, Beta y., İstanbul, 1989, s.18

18 İbid, s.18

mülkiyet hakkı ile sözleşme özgürlüğünü zedelediğini ifade ederek, bunların refah devleti idealine olan inancı zedelediğini belirtmektedir¹⁹.

Görüldüğü gibi yazar, esas olarak sosyal devlet ilkesine ve bu ilkenin özünü oluşturan haklara, ve bu haklardan en önemlisi olan sosyal güvenlik hakkına karşı çıkmamakta, aksine bu hakların zorunluluğunu kabul etmekte ve fakat sosyal devlet ilkesinin uygulanması sırasında, iktidarların tutumundan kaynaklanan aksaklıkları eleştirmektedir.

Sosyal devlet anlayışını “toplum yoluyla kurtuluş” düşüncesinin bir ürünü sayan Drucker ise 1947 İngiliz sağlık sigortası ve birkaç sistem hariç, ikinci dünya savaşından sonra Batı’da ve komünist ülkelerde uygulamaya konulan sosyal programların hepsinin başarısız olduğunu iddia etmekte ve sosyal sorunların çözümünü devletten beklemenin bir yanılgı olduğunu ifade etmektedir²⁰. Devletin gücünün herşeye yetmeyeceğini, çünkü yapabileceği şeylerin sınırlı olduğunu vurgulayan yazar, şefkatli olmanın ve yoksulları korumanın devletin görevi olduğunu, ama para harcayarak toplumu değiştiremeyeceğini, çünkü sosyal yardımların bağımlılığı teşvik ettiğini belirtmekte, fakat yine de “devlet harcamalardan vaz mı geçsin?” sorusunu yanıtızsız bırakmaktadır²¹.

Devletin işlevinin iyi düşünülmesi gerektiğini, çünkü eskiye göre koşulların değiştiğini belirten Drucker’a göre, çoğulcu toplumda devletin ileride yapacağı en önemli görev, standartlar koymak olacaktır²². Öyle anlaşılmaktadır ki Drucker, ekonomik gerçeklerden yola çıkarak refah devleti anlayışının iflas ettiği iddiasındadır. Fakat unutulmaması gereken nokta, yazarın yaklaşımlarının daha çok gelişmiş ülkelerdeki ve özellikle Amerika, İngiltere ve Japonya’daki işleyiş üzerindeki gözlemlere dayandığıdır.

Kıta Avrupa’sında ve bu arada Kıta Avrupa’sı hukuk sistemini benimseyen Türkiye’de sosyal devlet ilkesi karşısında özelleştirme uygulamalarının nereye oturtulacağı hala gündemde olan bir sorun niteliğindedir. Sorunun ne şekilde çözülebileceğini araştırmak için, önce

19 İbid, s.88

20 Peter F. Drucker, Yeni Gerçekler, Çeviren (B. Baranakçı), İş Bankası Kültür y., Ankara, 1992, s.15-16

21 İbid, s.19

22 İbid, s.99

özelleştirmenin ne anlama geldiğini saptamak ve ardından sosyal devlet özelleştirme ilişkisine daha yakından bakmak gerekmektedir.

II. ÖZELLEŞTİRME KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI, TANIMI VE AMAÇLARI

A. Özelleştirmenin Ortaya Çıkışı ve Tanımı

Amerikalı siyaset bilimci ve ekonomist Drucker, “devlet ekonomide ne yapabilir?” sorusunun cevabını aradığı ve sonuçta, devletin doğası gereği ekonomiyi yönetemeyeceği düşüncesine vardığı, “Yeni Gerçekler” adlı eserinde, özelleştirme kavramını 1969’da, yönetimlerin kamuya ait şirket ve sanayileri elden çıkarmaları anlamında kullanılmak üzere, kendisinin ortaya attığını ifade etmektedir.²³

Gerçi, Drucker’ın da ifade ettiği gibi, devletin ekonomiyi, kötü bile olsa yönetemeyeceği fikrini savunan ilk düşünür, A. Smith’dir. Smith’i bu yargıya götüren etken ise, devletin doğasından yola çıkarak sorduğu, “devlet ne yapabilir?” sorusudur. Oysa Smith’i izleyenler, devletin doğasından yola çıkmak yerine başka nedenlerden, örneğin kişi hürriyetlerinden yola çıkmışlar ve “devlet ne yapabilir?” sorusundan, “ne yapılmalıdır?” sorusuna dönerek, devletin ekonomiye müdahalesine karşı gösterdikleri muhalefeti yetersiz kılmışlardır²⁴.

Hemen belirtmeliyiz ki, Drucker söz konusu eserinde özelleştirmeyi sadece kamuya ait şirket ve sanayilerin elden çıkarılmaları anlamında kullanmıyor; onu kamu hizmetlerinin müteahhitler eliyle gördürülmesine kadar geniş bir alana yayıyor. Gerçekten bugün, altyapı tesislerinin inşasından, caddelerin temizlenmesine; fakirlere barınma belgesi dağıtılmasından, gönüllü itfaiyeciliğe; şehir içi yolcu taşımacılığından, sigortacılık faaliyetlerine kadar, birçok alanda, değişik biçimleriyle karşımıza çıkıyor özelleştirme²⁵.

Kuşkusuz değişik biçimleriyle karşımıza çıkması, özelleştirme kavramının tanımlanmasını güçleştirmektedir. Bu güçlüğü özelleştirmenin birden çok bilim dalının ilgi alanına girmesi de eklenince, kavramın açıklığa

23 İbid, s.62

24 İbid, s.61

25 Özelleştirmenin değişik şekilleri için bkz. Aytaç Eker, Coşkun Can Aktan, *Kamu Kesiminin Genişlemesi ve Özelleştirme*, İzmir, 1993, s.366 vd.

kavuşturulması büsbütün zorlaşmaktadır. Gerçekten özelleştirme ekonomi, işletme, yönetim, hukuk ve siyaset gibi birçok bilimsel disiplinin ilgi alanına girmekte ve her disipline göre ayrı bir biçimde tanımlanmaktadır. Örneğin hukuk bilimi açısından, daha çok, KİT'lerin yönetiminin özel kesime devredilmesi diye tanımlanan özelleştirme, ekonomi bilimi açısından devletin iktisadi faaliyetlerinin azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılmasını deyimlemektedir²⁶.

Özelleştirme ile ilgili eserlere bakınca, tanımlar arasında önemli farklılıklar olduğu görülmektedir²⁷. Bu farklılıkların, özelleştirme kavramının sistematize edilerek, dar ve geniş anlamda ele alınmasını zorunlu kıldığı söylenebilir.

Dar anlamda özelleştirme, sadece KİT'lerin mülkiyet ve yönetimlerinin özel kesime devredilmesini ifade etmektedir²⁸. Günümüzde özelleştirme denince akla genellikle, dar anlamda özelleştirme, yani KİT'lerin özel kesime devredilmesi gelmektedir. Geniş anlamda özelleştirme ise, ulusal ekonomi içinde devletin iktisadi etkinliğinin sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılması amacına yönelik uygulamalar bütünüdür. Bu anlamıyla özelleştirme, sadece KİT'lerin elden çıkarılması sayılmayıp, daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Zaten özelleştirmenin asıl anlamı da budur ve bu anlamıyla özelleştirme, ulusal ekonomide serbest piyasa ekonomisini güçlendiren ve devletin iktisadi etkinliklerini azaltan uygulamaları kapsayan bir "şemsiye" kavramdır²⁹.

Bu son ve gerçek anlamıyla özelleştirme, devletin ekonomide yaptığı düzenleme ve kontrollerin kaldırılmasından, monopol olduğu alanları özel kesime açmasına; yine devletin bazı kamusal mal ve hizmetlerden karşılık almasından, hizmet yerine kupon vermek suretiyle tüketicilerin desteklenmesine; ihale yöntemiyle bazı mal ve hizmetlerin özel kesimden satın alınmasından, KİT'lerin yönetimlerinin özerkleştirilmesine; kiralama (leasing) yönteminden, kamu-özel ortak girişimine; doğal tekellerin (su, gaz,

26 Coşkun Can Aktan, *Kamu Ekonomisinden Piyasa Ekonomisine: Özelleştirme*, Takav Matbaası, Ankara, 1993, s.69

27 Özelleştirmenin değişik tanımları için bkz. Veysel Atasoy, *Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu*, Nurol Matbaacılık, Ankara, 1993, s.182

28 Bkz. Aktan, s.70; Hulki Cevizoğlu, *Türkiye'nin Gündemindeki Özelleştirme*, İlgı, y., İstanbul, 1989, s.20

29 Bkz. Aktan, s.70-71; Atasoy, s.182; Cevizoğlu, s.21-22

elektrik...) kaldırılmasından, eğitim ve sağlık hizmetlerinin özel kesime gördürülmesine kadar geniş bir alanı kapsamaktadır³⁰.

Görüldüğü gibi özelleştirme, devletin küçültülmesi, kamu kesiminin daraltılması ve devletin yeni baştan tanımlanması amacına yönelik olan, çok geniş bir kavramdır. 1970'lerde ortaya çıkan ve 1980'li yıllarda yoğun bir biçimde uygulamaya konulan bu anlayışın, yöneldiği amaçlar dolayısıyla, devletten beklentilerin çok olduğu ülke ve sistemlerde, yerleşik kavram ve kurumları zorladığı da bir gerçektir³¹.

B. Özelleştirmenin Amaçları

Çeşitli ülkelerde uygulamaya konulan özelleştirme politikalarının türlü amaçlar taşıdığı görülmekte ise de, asıl amacın ekonomik olduğu kanaati yaygındır³². Bu yüzden özelleştirmenin amaçları arasında yapılacak bir sıralamada, ekonomik amaçların ilk sıraya konması yerinde olacaktır.

Özelleştirmenin ekonomik amaçları arasında ilk sıra, serbest piyasa ekonomisine işlerlik kazandırmaya ve buna bağlı olarak ekonomide verimliliği artırmaya verilmektedir³³. Buna göre, özelleştirme ile bir yandan serbest piyasa ekonomisinin en önemli unsuru olan rekabet müessesesi işlerlik kazanırken, öte yandan kaynak kullanımında ve dağılımında etkinlik sağlanır. Bunun sonucu olarak da, verimlilik artar. Çünkü iflas tehlikesi taşımayan ve tekel niteliğinde olan KİT'ler, piyasayı kaybetmek endişesi gütmediklerinden, fiyat ve kalite yönünden piyasa taleplerine duyarlı olmazlar. Özelleştirme bütün bu aksaklıklara son verir ve serbest piyasa ekonomisini güçlendirir³⁴.

Hemen belirtmelidir ki, serbest piyasa ekonomisine işlerlik kazandırmak, sadece KİT'lerin özelleştirilmesine bağlanmamakta, diğer

30 Özelleştirme kavramının kapsamı için bkz. Ali Ceylan, "Özelleştirme Çalışmalarına Bir Bakış," *Türk Demokrasi Vakfı Dergisi*, Haziran-1993, s.7; Aktan, s.71 vd.

31 Turgut Tan, "Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine," *Türk İdare Dergisi*, Mart-1988, s.374

32 Bkz. Atasoy, s.184

33 Cevizoğlu, s.28-29

34 Berna Altuntaş, *KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkisi*, Sermaye Piyasası Kurulu y., Ankara, 1989, s.54

özelleştirme uygulamaları da serbest piyasa ekonomisine işlerlik kazandıracak uygulamalar olarak algılanmaktadır³⁵.

Serbest piyasa ekonomisinin gerçekleştirilmesi veya güçlendirilmesi ve ekonomide verimliliğin sağlanmasının yanı sıra, kamu girişimlerinin devlet bütçesi üzerindeki olumsuz etkilerinin giderilmesi, sermaye piyasasının güçlendirilmesi, KİT'lerin satışından elde edilen gelirlerin devlet bütçesini rahatlatması, ülkeye yabancı sermaye transferi gibi amaçlar da, özelleştirmenin ekonomik amaçları arasında sayılmaktadır³⁶.

Bu arada özelleştirmenin ekonomik hedeflerinin çeşitli açılardan eleştirildiği görülmektedir. Örneğin, özelleştirmede en uç noktanın, kamu girişimlerinin tümüyle özel kesime aktarılması olduğuna dikkat çeken Kepenek,, kamu girişimlerinin ulusal sermaye birikimine katkı, devlete gelir sağlama ve belirli toplumsal işlevleri görme fonksiyonlarından hareketle, bir kısım kilit ya da stratejik alanların kamu mülkiyetinde kalması gerektiğini belirtmektedir. Kepenek ayrıca, günümüzde özellikle sanayi ve bankacılık alanlarında tekelleşme eğilimlerinin hız kazandığını, bunun özelleştirmenin rekabetçi piyasa koşullarını sağlama olasılığını tehlikeye düşürebileceğini vurgulamaktadır³⁷.

Özelleştirmenin ekonomik amaçları arasında sayılan, devlete gelir sağlama gayesine gelince, buna da aldatıcı bir finansman kaynağı olduğu gerekçesiyle karşı çıkılmakta ve özelleştirme bu anlamda “aile gümüşlerinin satılması” biçiminde yorumlanmaktadır³⁸. Kanaatimizce bu sakıncanın giderilmesi, özelleştirme gelirlerinin özel bir fonda toplanarak, yeni yatırımların finanse edilmesiyle mümkündür.

Özelleştirmenin ekonomik amaçları ayrıca, piyasa mekanizmasının optimum kaynak dağılımını sağlamada yetersiz kalacağı noktasından eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, kamu iktisadi girişimleri, kaynak dağılımını düzenlemede önemli bir fonksiyon icra edebilir; özel kesimin sermaye ve risk yüksekliliği, kar azlığı vb. nedenlerle girişemeyeceği, kalkınma için zorunlu olan altyapı tesislerini kurabilir ve ulusal ekonominin

35 Aktan, s.89

36 Özelleştirmenin ekonomik amaçları ile ilgili geniş bilgi için bkz. Aktan, s.88-89; Cevizoğlu, s.28-31; Altuntaş, s.51

37 Yakup Kepenek, *Gelişimi, Sorunları ve Özelleştirilmeleriyle Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri*, Gerçek y., İstanbul, 1993, s.151

38 Güneri Akalın, “Kitler ve Özelleştirilmeleri,” *AÜSBFD.*, C.XLI, sy. 1-4, s.460

ya da belli endüstri dallarının yeniden yapılanmasında etkin bir rol oynayabilirler³⁹.

Kuşkusuz bu ve buna benzer eleştirilere rağmen özelleştirme, hem gelişmiş ülkelerde, hem de onları izlemek durumunda kalan gelişmekte olan ülkelerde, neredeyse alternatifsiz bir ekonomik yöntem olarak uygulanmaktadır. Dolayısıyla dünyadan kopmayı düşünmeyen bir ekonomik sistemin özelleştirmeye ve onun hedeflerine karşı duyarsız kalamayacağını vurgulamak gerekmektedir.

Öte yandan özelleştirme uygulamalarıyla, ekonomik amaçların yanında, bir takım sosyal ve siyasal amaçların güdüldüğü de görülmektedir. Örneğin sosyal açıdan, gelir ve servet dağılımındaki eşitsizliklerin giderilmesi ve sermayenin tabana yayılması için özelleştirmenin bir araç olarak kullanılması, öteden beri savunulan bir husus olmuştur⁴⁰. Buna göre, devletin çıkaracağı KİT hisse senetleri, çok sayıda insan tarafından satın alınacak ve böylece hisse senedi sahipliği yaygınlaşarak, sermayenin tabana yayılması sağlanacaktır. KİT çalışanlarının ve bütün işçilerin hisse senedi yoluyla teşebbüslere ortak olmalarını öngören bu anlayış, doktrinde “sosyal özelleştirme” olarak isimlendirilmektedir⁴¹.

Ayrıca özelleştirmenin siyasal ve ekonomik güçlerin ayrışmasını sağlayarak, önemli bir “demokratikleşme” ya da “özgürleşme” hareketi haline geleceği savunulmaktadır. Buna göre, Özelleştirmenin başarıya ulaşması ve özellikle KİT sektörünün tasfiyesi durumunda, siyasal ve ekonomik iktidarların hükümet elinde toplanması önlenemez ve böylece siyasal ve ekonomik iktidarlar ayrışarak, demokratikleşme sağlanacaktır⁴².

Acaba, mülkiyetin geniş kitlelere yayılması ideali her ülkede gerçekleştirilecek bir ideal midir? Gelişmiş ülkeler için bu soruyu evet, diye yanıtlamak mümkün olabilir. Ancak gelişmekte olan ülkeler için aynı sonuca varmak güçtür. Çünkü bu ülke insanların alım güçleri düşük olduğu gibi, tasarruf anlayışları da farklıdır⁴³.

39 Özelleştirmenin ekonomik hedeflerine karşı çıkanların görüşleri için bkz. Altuntaş, s.52

40 Bkz. Aktan, s.89; Atasoy, s.184

41 Sosyal özelleştirme kavramı için bkz. Atasoy, s.185; Cevizoğlu, s.33

42 Güneri Akalın, “ Özelleştirmenin Ekonomik Mali ve Sosyal Etkileri.” *İşletme Dergisi*, Ağustos-1993, s.19

43 Kepenek, s.151

Kanaatimizce, özelleştirme politikalarının sosyal amaç açısından başarılı olabilmesi, yani sermayenin tabana yayılabilmesi için, KİT'lerin esas itibarıyla hisse senedi yoluyla satılması ve bu senetlerin de gelir ve serveti düşük kesimlerce satın alınması gerekir. Kuşkusuz bu da, söz konusu kesimlere hisse senedi satın almada kolaylık sağlanmasıyla mümkündür. Eğer KİT çalışanlarına, yöneticilerine ve küçük tasarruf sahiplerine kolaylık sağlanır ve mülkiyete ortak olmaları mümkün kılınırsa, hem gelir dağılımındaki adaletsizlik giderilmiş olur, hem de emek-mülkiyet faktörleri birleştirilerek verimlilik sağlanmış olur. Nitekim bu tür özelleştirme politikaları Almanya'da başarıyla uygulanmıştır⁴⁴.

III.SOSYAL DEVLET AÇISINDAN ÖZELLEŞTİRME:

A. Sosyal Devlet Açısından KİT'lerin Özel Sektöre Devri

KİT'lerin özel sektöre satılmasının dar anlamda özelleştirme olarak nitelendiğini ve özelleştirme denilince de, daha çok bu yöntemin akla geldiğini vurgulamıştık. Acaba KİT'ler ile sosyal devlet ilkesi arasında ne gibi bir ilişki mevcuttur? Daha doğrusu KİT'lersiz bir sosyal devletin varlığından söz edilebilir mi?

Hemen belirtmek gerekir ki, hem Anayasa Mahkemesi hem de doktrindeki baskın eğilim, KİT'lerin sosyal devletin "olmazsa olmaz koşulu" olmadığı görüşündedir. Anayasa Mahkemesi 1984 yılında 2983 sayılı Tasarrufların teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hizmetlerinin Hızlandırılması Hakkında Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasına ilişkin kararında, bazı KİT'lerin hisse senedi yolu ile satılmasını "kamu yatırımları için ek finansman kaynakları yaratmaya yönelik bir hüküm" olarak ele almış ve böyle bir hükmün sosyal hukuk devleti ilkesiyle çelişir bir yönünün olmadığını ifade etmiştir⁴⁵.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, Anayasa Mahkemesi KİT'leri sosyal devletin vazgeçilmez şartları saymamanın yanında, özelleştirmeyi yeni kaynakların yaratılmasında araç olarak değerlendirerek, sosyal hukuk devletinin gerçekleşmesine destek veren bir olgu olarak ele almaktadır.

44 Bkz. Nihat Bulut, *Çağdaş Devletin İki Boyutu: Özgürleştirme ve Özelleştirme*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1994, s.90

45 E: 1984/9, K: 1985/4, Karar Tarihi: 18.2.1985, AMKD., sy.21, s.59

Yüksek Mahkemenin aynı eğilimi sonraki kararlarında da sürdürdüğü görülmektedir⁴⁶.

Anayasa mahkemesinin bu tutumu doktrinde de büyük ölçüde taraftar bulmuştur. Örneğin Özbudun, KİT'leri ve devletçiliği sosyal devletin vazgeçilmez şartı saymanın sosyal devletin çağdaş anlamıyla bağdaşmayacağını vurgularken,⁴⁷ Eren de sosyal devletin özel malları kimin ürettiği ile değil; bölüşümde adaletin sağlanması ve geniş kitlelerin yaşam düzeyiyle ilgili olduğunu belirterek aynı yaklaşımı paylaşmaktadır⁴⁸. Hemen ilave etmeliyiz ki, KİT'lersiz bir sosyal hukuk devletinin düşünülmeceğini savunan yazarlara da rastlanılmaktadır. Örneğin Duran'a göre, Anayasa Mahkemesinin yukarıda ele alınan yaklaşımı hatalıdır. Çünkü sosyal devlet KİT'leri ve karma ekonomiyi koşul olarak öngörmektedir⁴⁹.

Bize göre Anayasa Mahkemesinin KİT'leri sosyal devletin vazgeçilmez koşulu saymayan tutumu yerindedir. Önemli olan, sosyal devlet ilkesiyle güdülen amaçtır. Bu amaç çerçevesinde, sosyal devletin özel mal ve hizmet üretimiyle özdeş tutulamayacağı ortadadır. Gerçekten sosyal devlet anlayışı amacını gerçekleştirmek için, uygulamada kullandığı araçlar yüzünden bir takım sakıncalar doğurmuş ve sorunlara yol açmıştır. Fakat bu aksaklıkların sosyal adalet, gerçek eşitlik ve özgürlük amaçlarından sapmaksızın, yine sosyal devlet anlayışı içinde çözülebileceği açıktır. Yapılacak şey araçların gözden geçirilmesi ve gerekenlerin değiştirilmesidir. Bu bağlamda çağdaş sosyal devletin, düzenleyicilikten denetleyiciliğe doğru kayması savunulabilir.

46 Gerçekten Anayasa Mahkemesi 1994 yılında vermiş olduğu önemli bir kararda, Anayasanın özelleştirmeye açık olduğunu belirtmiş ve böylece KİT'lerin sosyal hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olmadığını tekrar vurgulamıştır Bkz. E: 1994/49, K: 1994/45-2, Karar Tarihi: 7.7.1994, RG: 10.9.1994, sy.220447

47 Özbudun, s.103

48 Ercan Eren, "Sosyal Demokrasi kamu Girişimciliği ve Özelleştirme," *Sosyal Demokrat Dergisi*, sy.57, Ocak 1993, s.32

49 Lütfi Duran, "Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (I)," *Anme İdaresi Dergisi*, C.19, sy.1, Mart 1986, s.3-22

B. Sosyal Devlet Açısından Kamu Hizmetlerinin Özel Kesime Gördürülmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi özelleştirme sadece KİT'lerin özel kesime devredilmesinden ibaret değildir. Aksine bazı kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından görülmesi de özelleştirme kavramı içinde ele alınmakta ve bu konu sosyal devlet ile özelleştirme arasında bir gerilim doğurmaktadır.

Aslında kamu hizmeti kavramı, zaten tanımlanması zor bir kavram iken, 1980'li yıllarda yaygınlaşan özelleştirme akımı bu zorluğu daha da artırmıştır. Çünkü başlangıçta, devletin toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla giriştiği tüm faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığı görüşü kabul edilirken, özel sektörün bu alana girmesi, bu görüşün aşılması sonucunu doğurmuştur. Bu yeni anlayışa göre, kamu hizmeti kavramının, devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yayılan bir kapsamı olduğu kabul edilmektedir⁵⁰.

Bu gerçeği göz önüne alarak, kamu hizmetini şu şekilde tanımlamak mümkündür: "Kamu hizmeti belli bir yer ve zamanda kendini hissettiren toplumsal bir ihtiyacın karşılanması amacıyla yürütülen faaliyettir"⁵¹ ve bu faaliyet gerekliliğini sosyal devlet ilkesinden almaktadır⁵².

Dikkat edilirse tanımda kamu hizmetini kimin yerine getireceğinden söz edilmemektedir. Çünkü yukarıda da vurgulandığı gibi, artık özel kişiler de, belli konularda kamu hizmetini yerine getirme işini üstlenebilmektedirler. Yani artık devletin kamu hizmeti beyanı ile, kurulması ve işletilmesini üstlendiği bir faaliyetin, mutlaka tekel şeklinde ve devletçe yürütülmesi zorunlu bulunmamaktadır⁵³. Öyle ise burada üzerinde durulması gereken nokta, hangi hizmetlerin özelleştirmeye elverişli olup hangilerinin olmadığıdır.

Doktrinde Fransız Anayasa Konseyi'nin bir kararından yola çıkılarak ikili bir ayırım yapılmakta ve kamu hizmetleri, "anayasa gereği ortaya

50 Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı," *Türk İdare Dergisi*, sy.,378, Mart, 1988, s.233-234

51 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s.64

52 Yıldızhan Yayla, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete," *Hukuk Araştırmaları*, C.I, sy.1, 1986, s.37

53 Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Mart 1980, s.113

çıkanlar” ve “yasa koyucu ya da idari makamlarca oluşturulanlar” diye ikiye ayrılmaktadır. Aynı ayrım çerçevesinde, anayasal kamu hizmetleri de iki kısımda ele alınmaktadır. Buna göre birinci kısım, milli savunma, dışişleri, adalet ve kolluk gibi kamu gücüne dayanan görevlerden ibarettir ve bu hizmetler kesinlikle özelleştirilemezler. İkinci kısım ise, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi temel hizmetlerden oluşmaktadır ve bunların özelleştirilmesi ancak özel kesime sözleşme ile gördürme biçiminde olabilecektir⁵⁴.

Demek ki, anayasal kamu hizmetlerinden sayılan ve kamu gücüne dayanan bir görev olan milli savunma, adalet ve kolluk gibi kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi hiçbir biçimde olası değildir. Eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik gibi çok önemli sayılan hizmetlerin özelleştirilmesi ise, ancak özel kesime sözleşme ile gördürme şeklinde ve kamu hukuk kurallarına bağlı kalınarak gerçekleştirilebilir. Çünkü böyle bir durumda devlet söz konusu alandan elini tümenden çekmemekte, özel kişilerle arasında kurmuş olduğu iç ilişkiyle, denetleyip gözetleme işlevini sürdürmekte; özel kişiler de, faaliyetlerini kamu hizmetinin tabi olduğu kurallara göre yürütmektedirler⁵⁵.

Kuşkusuz eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik gibi önemli alanlarda özelleştirmenin mümkün olması devletin bu alanlardaki yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Devlet, “sosyal hukuk devleti” olmanın kendisine yüklediği sorumlulukla, yoksulları parasız eğitimden yararlandırmak ve alacağı tedbirlerle, imkanı olmayan insanların sağlık problemlerini çözmede onlara yardımcı olmakla görevlidir. Aksi bir tutum sosyal devlet ilkesini ve onun amacını oluşturan insan onurunun korunması prensibini zedeleyecektir. Kaldı ki devlet bu alanlarda hizmet gören özel sektörü de denetleme ve işlerin salt ticari mantıkla yürütülmesini önleme yükümlülüğü altında olacaktır.

SONUÇ

Temelde insan onurunun korunmasını hedef alan, fakat sanayi toplumunda, değişen sosyo-ekonomik koşullar ile birlikte bu işlevi tek başına yerine getiremeyen hukuk devleti ilkesini tamamlayan ve tıpkı onun gibi, insan onurunun korunmasını amaçlayan sosyal devlet ilkesi, uygulamada bir takım sorunlar doğurmuş ve özellikle devletin ekonomik yaşama müdahalesine meydan vererek, kamu sektörünün büyümesine ve

54 Bkz. Turgut Tan, “Özelleştirme,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1988, s.287-288

55 Bilgen, s.114-115

hantallaşmasına neden olmuşsa da, güttüğü amaç nedeniyle vazgeçilmesi mümkün olmayan bir ilkedir. Dolayısıyla yapılacak şey, bu sakıncaları gidermeye çalışmak ve fakat sosyal devlet ilkesini feda etmemektir.

Bugün ekonomik bir realite ve neredeyse bir zorunluluk olan özelleştirme uygulamalarının bu ilkenin geleneksel anlamını zorladığı bir gerçektir. İşte bu gerçek, sosyal devlet ilkesini yeniden düşünmeyi gerektirmiş ve onun, devletin ekonomiye müdahalesi ile özdeş olmadığı kanaatini yaygınlaştırmıştır. Zira, bu çerçevede, sosyal devlet açısından ekonomiye müdahale bir araç sayılmaktadır. Sosyal devletin amacı olan, “insan onurunun korunması” hedefi sabit tutulduğu zaman, araçların değiştirilmesinin hiçbir sakıncasının bulunmadığı söylenebilir.

Bu bağlamda, günümüzde devletin ekonomiye müdahalesinin araçları olan KİT’lerin özelleştirilmesinin, satışta gerçek bedel aranması ve çalışanların mağdur edilmemesi koşuluyla, sosyal devlet ilkesiyle çelişir bir yönünün bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir.

Sosyal devlet ilkesinin doğal bir sonucu olan eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik gibi kamu hizmetlerine gelince; toplumun yoksul kesimlerinin bu haklardan yoksun bırakılmasının önüne geçecek mekanizmaları oluşturduktan sonra, bu hizmetlerin kimin tarafından yerine getirildiğinin sosyal devlet açısından önemi yoktur denilebilir. Önemli olan bu hizmetlerin kaliteli bir biçimde ifa edilmesidir. Kaldı ki devlet bu hizmetlerin görülmesini özel kesime açsa bile, denetim ve gözetim fonksiyonunu yerine getirmekten kaçınmayacaktır. Dolayısıyla anılan çerçevede kalındığı sürece kamu hizmetlerinin özel kesime gördürülmesinin de sosyal devlet ilkesiyle çelişmeyeceği söylenebilir.

4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'LA İHDAS EDİLEN "AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'A MUHALEFET SUÇU" ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU**

I. GİRİŞ

Ailenin, toplumun vazgeçilemez temel birimi olarak kabulü, onun tam gelişmesinin sağlanabilmesi ve toplumdaki fonksiyonlarını yerine getirmesi için hukuki ve ekonomik bakımdan korunması zorunluluğunu doğurmuştur.

Anayasamızın Ailenin Korunması başlığı altındaki 41. maddesi ile Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak ödevini üstlenmiştir.

Ailenin korunması bakımından gerek uluslararası belgelerde gerekse mevzuatımızda birçok yasal düzenlemeler mevcuttur. Bunların başında Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu gelmektedir.

Son yıllarda ülkemizde aile içi şiddet olaylarının artması ve sivil toplum örgütlerinden kadın derneklerinin reaksiyonu ve duyarlılığı ile sorun Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanı sayın Işıl Saygın'ın öncülüğünde Bakanlığı tarafından hazırlanan kanun tasarısı kanunkoyucumuz tarafından yasallaştırılarak, 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" (AKDK) ile inceleme konumuz olan aileye karşı suçlardan yeni bir suç tipi ihdas edilmiştir.

AKDK ile öngörülen yeni suç "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu" ile HUMK. md. 113/A'da ihdas edilen İhtiyati Tedbir Kararı'na Muhalefet Suçu ve TCK.'muzdaki ilgili suçlar arasındaki ilişkinin, suç unsurlarının tespitinin yapılması, ceza hukuku açısından doğabilecek sorunlar bakımından bir değerlendirme yapılması incelemeyi gerekli kılmıştır.

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

AKDK'la getirilen hukuki tedbirler Medeni Hukukla da ilişkili olduğundan incelememiz Ceza Hukuku bakımından sınırlı tutulmuştur. Bu incelememizde suçun unsurlarının incelenmesinde kabul edilen geleneksel yöntemi benimseyerek açıklamalarda bulunacağız.

II. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu birden fazla hukuki menfaati korumaktadır. Korunan hukuki menfaat, eş veya çocuklar ya da aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin yaşama, vücut tamlığı, haysiyet ve hürriyet gibi kişilik haklarını ve malvarlığına ilişkin haklarını herhangi bir zarar veya tehlikeden korumaktır.

III. FAİL VE MAĞDUR

Suçun faili, diğer eş veya çocuklar yada aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birine veya hepsine karşı aile içi şiddete yönelik davranışlarda bulunan ve kusurlu olan "eş"tir. Başka bir deyişle AKDK ile hakkında tedbire hükmolunan "eş"tir. Suçun mağduru ise aile içi şiddete maruz kalan diğer eş, çocuklar veya aynı çatı altında birlikte yaşayan diğer aile bireyleridir. Aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden maksat; Medeni Kanun'un 318.maddesindeki geniş anlamda ve fiili bir aile içinde beraber yaşayan kişiler ve karı-kocanın kan ve sıhri hısımlarıdır. Failin sıfatı bakımından bu suç "mahsus suç" niteliğindedir.

IV. ÖN ŞARTLAR

Bu suçun oluşması için, kanaatimizce birtakım ön şartlar bulunmaktadır. Bu ön şartlar şunlardır:

1- Suçun faili ve mağdurlarının kanunda öngörülen kişilerden biri ve suç failinin mutlaka kusurlu eş olması,

2- Aile içi şiddete maruz kalan suç mağdurlarının kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine AKDK'nın 1.maddesinde sayılan tedbirlere hükmedilmiş olması veya sulh hakimliğince benzeri başkaca tedbirleri kapsayan bir tedbir kararının bulunması, bu kararın HUMK. 101-113 maddelerindeki usul hükümleri çerçevesinde verilmesi,

3- Bu kararın yetkili ve görevli yargı merciince verilmesi,

4- Kararın HUMK.nun'da belirtilen yöntemle tebliğ edilmiş olması, kusurlu eşin yüzüne karşı verilmişse mutlaka kararda AKDK gereğince hükmolunan tedbirlere aykırı davranılması halinde tutuklanacağı ve hürriyeti

bağlayıcı cezaya hükmedileceği hususunun kusurlu eşe ihtar olunması (AKDK.md.1/f.3),

5- Tedbir kararının suç tarihinde geçerliliğini korumuş bulunması, yani kararın verildiği tarihten itibaren 6 aylık süre içinde tedbir kararının kaldırılmamış olması,

6- Tedbir kararının infazına başlanmış olması gerekir.

V. MADDİ UNSUR

A. GENEL OLARAK

Suçun maddi unsuru yargı merciince hükmolunan tedbirlere aykırı hareket etmektir. Kanun Koyucumuz iç yollama metodunu benimseyerek Medeni hukuka ait bir müesseseyi korumak istemekle, bu müesseseye ait maddi şartları aynı zamanda suçun maddi unsuru olarak düzenlemiştir (AKDK.md.2/f.son). Başka bir deyişle Hukuk mahkemesi kararı suçun maddi unsurunu teşkil etmektedir. Ancak burada Ceza Hukuku bakımından bir sorunun varlığına işaret etmek gerekir: AKDK.md.1’de tadat edilen tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmetme yetkisi konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiş olması kanaatimizce, Ceza Hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan “Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi”nin ve bu ilkenin sonucu olan “Kıyas Yasağı”nın ihlali niteliğinde bir düzenlemedir. AKDK’da öngörülen tedbirlere aykırı hareketler ise şunlardır:

1- Diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmak,

2- Uzaklaştırıldığı ve diğer eş ve çocuklara tahsis edilen müşterek eve veya işyerlerine girmek veya yaklaşmak,

3- Diğer eşin, çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar vermek,

4- Diğer eşin, çocukları veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini iletişim vasıtalarıyla rahatsız etmek,

5- Silah ve benzeri araçları kolluğa teslim etmemek,

6- Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanarak ortak konuta gelmek veya ortak konutta bu maddeleri kullanmak.

Hareketin sayısı bakımından bu suç seçimlik hareketli bir suç olup, hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde suç tamamlanmış olur.

Suçun tamamlanması için seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesi yeterlidir.

Kanaatimizce bu suç neticesi bakımından tehlike suçlarından soyut tehlike suçu olup, suç tipinde tarif edilen hareketin yapılması yeterlidir. Kanun koyucu, belirtilen hareketlerin yapılmasıyla bir tehlikenin ortaya çıkacağını varsayarak bu şekilde bir düzenleme yapmıştır.

B. HAREKET VE NETİCE

a) Diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmak: AKDK'da şiddete veya korkuya yönelik davranışlarla ilgili herhangi bir açıklama ve tanımlama bulunmamaktadır. Ancak Kanunun Genel Gereğesinde şiddet bir olgu olarak kabul edilmiş, şiddet; aile yaşamı içerisinde aileyi oluşturan bireyler arasında gerçekleşen ve "Aile İçi Şiddet" adı altında aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı olarak tanımlanmıştır.

Kanunkoyucunun tanımı esas alındığında "fiziki, sözel ve duygusal kötü davranış"tan neyin anlaşılması gerektiği, kötü davranışın nasıl tarif olunacağı sorunu doğmaktadır. Kanaatimizce Türk Ceza Kanunundaki kötü muamele suçları dışında kötü davranışların (muamelelerin) kapsamına mağdura maddi ve manevi bakımdan eziyet veren bedeni ve ruhsal yapısında zarar veya tehlike meydana getiren her türlü hareket girecektir. Kaldı ki Genel kanun olan Türk Ceza Kanunumuzda aile bireylerine kötü muamelede bulunma bakımından muhtelif hükümler bulunmaktadır. Örneğin bunların başlıcaları adam öldürme, müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, hürriyeti tahdit, ırza tasaddi veya tecavüz, çocuğun terki, fuhşa tahrik, aile efradına karşı kötü muamelede bulunmak, inzibat ve terbiye vasıtalarının kötüye kullanılması vb. gibi suçlardır. Bu suçlar bağımsız birer suç teşkil edecekleri cihetle bu suçların hareket unsurları dışında kalan hareketlerin aile bireylerine karşı şiddet veya korkuya yönelik hareketler olarak değerlendirilmesi, bir başka deyişle AKDK.md.1/f.2 b.a'daki tedbire aykırı hareketler olarak nitelendirilmesi kanaatindeyiz. Kötü davranış teşkil eden hareketler ihmali ve icrai nitelikte olabilir.

Bu hareketler mağdurun bedeni ve ruhsal yapısında zarar getirebilir. Ancak bu suçun tehlike suçu olması dolayısıyla zararın meydana gelmesi şart değildir.

b) Uzaklaştırıldığı ve diğer eş ve çocuklara tahsis edilen müşterek eve veya işyerlerine girmek veya yaklaşmak: Gerek M.K.md.162'de gerekse

AKDKmd.1'de kusurlu eş evden uzaklaştırıldığı ve diğer eşe veya çocuklara bu ev tahsis edildiği için bu tedbire aykırı hareketler kanaatimizce T.C.K.md.193'deki konut dokunulmazlığını ihlal suçuna vücut verecektir; ancak mevzuatımızda işyerleri konut sayılmadığı için işyerlerine girmek konut dokunulmazlığını ihlal suçuna vücut vermeyecek, AKDK.md.1/f.2 bent b'deki tedbire aykırı hareket teşkil edecektir.

c) *Diğer eşin, çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar vermek:* AKDK kusurlu eşin diğer eş, çocuklar ve aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinin malvarlığına zarar vermeme sorumluluğunu yüklemekte ve buna aykırı hareketi yasaklamaktadır. Buradaki eşya tabiri Kanunda açıklanmamış ise de bunu taşınır veya taşınmaz mal olarak anlamak ve eşyanın mutlaka maddi ve ekonomik bir değeri olmasının yanı sıra manevi değerinin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Mağdurların mallarına zarar vermek T.C.K. md. 516'daki Nası İzzar Suçu'na vücut verecektir. Bu suçun unsurları dikkate alındığında kusurlu eşin zati eşyalarının dışında ve kusurlu eşe ait olup ve müşterek kullanıma tahsis edilen eşyalar da suçun maddi konusunu oluşturacak mıdır? Kusurlu eş suçun faili olacak mıdır? Kanaatimizce kusurlu eşin evden uzaklaştırıldığı süre içinde bu müşterek kullanıma tahsis edilen eşyalar üzerinde eş veya çocuklar ya da aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri eşyaları idare ve muhafaza etmek durumunda zilyet olduklarından bu eşyalara karşı zarar verici hareketleri nası izzar suçunu oluşturacaktır. Aksi halde, AKDK'nun ruhuna aykırı bir çözüm benimsenmiş olacaktır.

Diğer taraftan TCK.'nın 524.md.sindeki cezasızlık sebebi T.C.K.md.516'daki Nası İzzar Suçu'nu da kapsadığından, kusurlu eş hakkında cezai takibat yapılmaması gerekecektir. Bu hal AKDK'nın ruhuna aykırı bir uygulama olacaktır. Bu durumda kusurlu eşin T.C.K.md.516'daki suçu değil, AKDK.md.1/f.2.bent c'deki suçu işlemiş olduğu kanaatindeyiz.

d) *Diğer eş, çocukları veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini iletişim vasıtalarıyla rahatsız etmek:* Failin iletişim vasıtalarıyla mağdurların rahatlarını ihlal edici hareketlerin yapılması bu suça vücut verecektir. Rahatlığı ihlal edici hareketlerden maksat aile bireylerinin huzur ve sükununu bozucu kişide üzüntü, sıkıntı ve tedirginliğe sebebiyet verecek hareketlerdir. İletişim vasıtalarından maksat ise her türlü işitsel ve görsel iletişim araçlarıdır. Radyo, televizyon, video bantları, telefon, telgraf, telefax, mektup, kart, elektronik mektup vb. iletişim vasıtalarıyla bu suç işlenebilir. Bu vasıtalarla hakaret, sövme, tehdit, şantaj gibi suçlar işlenebileceği gibi, sürekli olarak eve telefon etmek suretiyle telefonda

müzik dinletmek, küfretmek, korkutucu sözler sarfetmek, her gün mektup veya kartla eş ve çocuklarına rahatsız edici resim, afiş, korku verici figür ve semboller göndermek, radyo ve televizyon programlarında eş ve çocuklarına sataşmak; telefaks veya internet aracılığıyla eş ve çocukların çalıştığı kurumlara, işyerlerine sürekli mesaj göndermek.

e) *Silah ve benzeri araçları kolluğa teslim etmemek*: AKDK kusurlu eşe ait silah ve benzeri araçların zabıtaya teslim edilmesi tedbiri ile bu vasıtalarla aile bireylerine zarar verme ihtimalini gözönünde bulundurarak ileride gerçekleşmesi imkan ve ihtimal dahilinde olan bir zararı önleme amacı gütmektedir. Kusurlu eşin varsa silahlarını zabıtaya teslim etmesi gerekir, teslim etmemesi halinde taşımaya ve bulundurmaya devam etmesi durumunda bu tedbire aykırı hareket edilmiş olacaktır.

Kanundaki silah tabirinden maksadın ne olduğu belirtilmemiştir. Kanaatimizce T.C.K.md.189'daki silah tabirinin anlaşılması gerekmektedir. Taşınması ve bulundurulması yasak olan silahları teslim etmemek 6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar Hakkındaki Kanuna muhalefet ve T.C.K.md.549'daki suça vücut verecektir. Ancak taşınması ve bulundurulması suç teşkil etmeyen ve fakat bir saldırı ve müdafaada kullanılabilen her türlü kesici, delici ve bereleyici aletlerin teslim edilmemesi halinde bu suç oluşacak mıdır? Kanaatimizce bu tür aletlerin T.C.K.'nda şiddet sebebi sayıldıkları suçların işlenmesinde kullanıldığında sorun yoktur. Ancak bir suç işlenmediği süre içinde sırf tehlikeye veya bir zarara neden olma ihtimaline dayanılarak üzerinde taşıma ve bulundurma eylemini AKDK'daki bu tedbire aykırı bir hareket olarak kabul etmek yeni bir "sırf şüphe suçu" ihdas etmek anlamına gelecektir ki, bu da Ceza Hukukunda "Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi", "Kusursuz Suç Ve Ceza Olmaz" ilkesinin ihlali olacaktır.

f) *Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanarak ortak konuta gelmek veya ortak konutta bu maddeleri kullanmak*: AKDK, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı ile suçluluk arasında yakın bir ilişki olduğundan hareketle bu maddelerin etkisi altında kalan kusurlu eşin her an suç işleme imkan ve ihtimalini göz önünde bulundurarak suç işlemesini önlemek amacını gütmüştür. T.C.K.md.404'de uyuşturucu madde kullanma ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan T.C.K.md.571 ve 572'de sarhoşluk suçları mevcuttur. Bu suçların unsurları olduğu takdirde işlenmiş sayılacaklardır. Örneğin failin sarhoş olarak sokakta, evin kapısının önünde aleni bir şekilde aile bireylerine küfretmesi, eve girmek için kapıyı tekmelemesi, zorla açmaya çalışması gibi eylemler mütecaviz sarhoşluk

suçudur. Failin alkol ve uyuşturucu madde kullanarak ortak konuta gelmesi veya ortak konutta bu maddeleri kullanması AKDK md.1/f.2 bent f'deki tedbire aykırı hareketler olarak tespit edilmiştir.

VI. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Kanaatimizce, bu suçta hukuka uygunluk sebepleri bulunmamaktadır. Ancak tedip hakkının kullanılması ve mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir; terbiye ve inzibat vasıtaları kötüye kullanılmadığı takdirde tedip hakkının kullanılması, mağdurun serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkın zedelenmesi halinde ise mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak uygulanabileceği ileri sürülebilir. Kanaatimizce aile içi şiddete maruz kalan çocuk tarafından tedbir talebinde bulunulmuş veya çocuğun üstün yararı gözetilerek AKDK'nın 1. maddesindeki "müşterek evden uzaklaştırılma" tedbirine hükmedilmiş ise, kusurlu eşin tedip hakkını kullanamaması gerekir. Diğer taraftan çocukların rıza açıklama ehliyeti olmadığından hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızasının uygulanamayacağı düşüncesindeyiz.

VII. MANEVİ UNSUR

Suç kasıtlı bir suçtur. Fail hakkında hükmolunan tedbirlere aykırılık teşkil eden hareketleri bilecek ve bu hareketleri yapmayı isteyecektir. Genel kastın varlığı suçun manevi unsurunun oluşması bakımından yeterlidir. Ancak fail hareketlerden bir veya bir kısmını başka bir kastla işlemiş olursa kastlar arasında birlik bulunmadığından her hareket ayrı bir suç teşkil edecektir.

VIII. SUÇA TESİR EDEN SEBEPLER

Suçta ağırlatıcı ve hafifletici sebepler öngörülmemiştir.

IX. İÇTİMA VE İŞTİRAK

AKDK. md.2'de "fiil başka bir suç oluştursa bile koruma kararına aykırı davranan eşe ayrıca 3 aydan 6 aya kadar hapis cezası hükmolunur" düzenlemesinden bu suçun "bağımsız" bir suç olma vasfının değişmeyeceği ve suçların içtimaı hükümlerinin uygulanmayacağı sonucuna varmak mümkündür.

Bunu bir örnekle açıklayacak olursak; AKDK. m. 1 gereğince kusurlu eş hakkında müşterek evden uzaklaştırma ve alkol kullanıp ortak konuta

gelmeme tedbirleri hükmolunan kusurlu eş, alkol kullanıp uzaklaştırıldığı eve silah zoruyla girer, eşine, çocuklara ve aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine hakaret eder, eşinin yüzüne kezzap döker, evdeki televizyonu kırar ve ayrılır. Örnek olayda failin meydana getirdiği netice kadar suç vardır. Her neticenin bağımsız bir suç teşkil etmesi kuralı gereğince failin eylemleri silahla konut dokunulmazlığını ihlal, mağdur sayısınca hakaret, silahla müessir fiil, nas-ı ızzar suçları ve koruma kararına muhalefet suçu mevcuttur. Burada her suç bağımsızlığını koruyacak cezaların içtiması (gerçek içtima) uygulanacaktır. Bu durumda Kanunun düzenlemesi gereği suçların içtiması bakımından bir istisna getirilerek Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Muhalefet Suçu'nun bu suretle müstakil suç olma vasfı korunmuştur. Ancak diğer suçların birbiri ile içtiması mümkündür. Örnek olayımızda bütün aile bireylerine karşı işlenen hakaret suçunda şartları varsa müteselsil suça ilişkin kuralların uygulanması mümkündür.

Diğer taraftan aile hukukuna ilişkin meselelerde alınmış olan ihtiyati tedbir kararına aykırılıkları cezalandıran HUMK 113/A maddesinde öngörülen suçla AKDK daki suç arasındaki ilişkinin suçların içtiması bakımından değerlendirilmesi zorunludur. Her ikisinin de özel nitelikte kanun olmaları nedeniyle aynı anda uygulanmalarını imkansız kılan husus, yani iki özel kanun arasındaki çelişki; HUMK'daki ceza normu; tedbire aykırı harekette bulunan kimsenin "fiili TCK'na göre daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa" uygulanma imkanı varken, AKDK daki ceza normu "fiil, başka bir suç oluştursa bile" yine bu kanunun uygulanmasıdır. Bu durumda HUMK m. 113/A daki "aile hukukuna ait tedbirlere aykırılığa ilişkin hükümlerinin 4320 sayılı kanun hükümleriyle bağdaşmadığından zımnen ilga edilmiş sayılması gerekeceği kanaatindeyiz.

İştirak bakımından ise suç "mahsus suç" olduğundan mahsus suça iştirak kuralları uygulanacaktır.

X. MÜEYYİDE VE ÜSUL

Suçun cezası, üç aydan altı aya kadar hapis cezasıdır(AKDK. m. 2/f.son). Suç, resen kovuşturulan suçlardandır, şikayete tabi değildir. Tedbir kararına(koruma kararı) uyulmaması halinde, zabıta, mağdurların şikayet dilekçesi vermesine gerek kalmadan resen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirecektir (AKDK. m. 2/f. 2). Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararına uymayan eş hakkında sulh eza mahkemesinde kamu davası açacaktır. Bu davanın duruşması yer ve zaman

kaydına bakılmaksızın 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır(AKDK. m. 2/f. 3).

Kanunun usule ilişkin hükümleri Ceza Usul Hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Örneğin kusurlu eşin birden fazla fiil işlemesi halinde subjektif bağlantı nedeniyle murtabit suç uyuşmazlıklarının yüksek görevli mahkemede yargılanması (CMUK, m. 2-3) ve yüksek görevli mahkemenin tabi olduğu muhakeme usulüne tabi olması (CMUK, m. 5) gerekirken aynı olay nedeniyle aynı sanığın işlediği suç uyuşmazlıklarının farklı mahkemede çözümlenmesi sonucunu doğuracaktır. Hazırlık soruşturmasının genel hükümlere göre yürütülmesi, son soruşturmanın meşhut suç muhakeme usulüne göre yürütülmesi Ceza Muhakemesi Hukuku ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Kanunun usule ilişkin hükümlerinin uygulamada çeşitli güçlük ve aksaklıkların doğmasına yol açacak nitelikteki düzenlemeler olduğu kanaatindeyiz.

XI.SONUÇ

4320 Sayılı Kanun'la aileye karşı suçlar alanında yeni bir suç tipi ihdas edilmiştir. Kanun koyucu bu kanunu aile içi şiddet olaylarını önlemek ve aileyi daha etkin korumak için kabul etmiştir. Ancak Kanun, tekniği ve sistematığı açısından ceza hukukunun önemli ilkelerinden suç ve cezada kanunilik ilkesinin ihlaline yol açabilecek ve uygulamada çeşitli ceza hukuku sorunlarını doğurabilecek nitelikte düzenlemeler ihtiva etmektedir. Kanunun, aileyi korumada işlevini yerine getirmesi temennimizdir. Ancak aileye karşı suçlarda modern ceza hukukuna hakim olan suç ve ceza siyaseti anlayışı içinde yaklaşımda bulunulması, ailenin korunması ile ilgili ceza hükümlerinin genel ceza kanununda düzenlenmesi gereklidir. 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'ndaki bu alanda yapılan düzenlemeler yeterli, geniş kapsamlı ve yeni suçları kapsamaktadır.

Ailenin korunmasıyla ilgili hukuki kurum ve normların reaksiyonel bir yaklaşımla değil, aile kurumunun gerek özel gerekse kamu hukuku bakımından bütüncül bir anlayışla, çağın ve ülkemizin gerekleri doğrultusunda, çağdaş ve evrensel normlar gözetilerek düzenlenmesini, bu bakımdan yıllardan beri yasalaşmayan Medeni Kanun ve Ceza Kanunu tasarılarının bir an önce yasalaşmasını, aile ve çocuklara ilişkin özel hukuk ve ceza hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde ihtisas mahkemesi niteliğinde "aile ve çocuk mahkemeleri" nin yardımcı kurum ve kuruluşlarıyla kurulmasını öneriyoruz.

ESKİ HUKUKUMUZDA ÜST HAKKI

*Yrd. Doç. Dr. Osman KAŞIKÇI**

I. KAVRAM

Eski hukukumuzda üst hakkı diye bir kavram yoktur. Her ne kadar üst hakkının Arapçası olan “Hakk’ut-tealli” kavramının günümüz hukukundaki üst hakkını karşıladığı ileri sürülse de, esasen bu kavram, günümüz hukukundaki kat mülkiyetini karşılamaktadır. Gerçekten hakk’ut-teallinin incelendiği yer ve içeriğine bakıldığında bir irtifak hakkı olan üst hakkının değil, kat mülkiyetinin incelendiği açıkça görülür¹.

Bununla birlikte, eski hukukumuzda kavram ve müesseselerin bu kadar net bir şekilde birbirinden ayrıldığı söylenemez. O günün şartlarında ve eski hukukumuzun sistemi içerisinde kalarak yapılabilen tasnif ve tarifler yapılmıştır. Onun için hakk’ut-tealli kavramı ile hem kat mülkiyeti hem de üst hakkının ifade edilmek istendiği ileri sürülebilir. Bilindiği üzere, eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat mülkiyeti olmak üzere iki unsuru vardır. Menfaat mülkiyeti kendi içerisinde şahsa ve eşyaya bağlı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İşte hakk’ut-tealli, bunlardan eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti veya hukuk-ı müekkelede denen haklarla birlikte incelenmektedir². Ayrıca hanefi mezhebine mensup hukukçular tarafından müstakillen satımına cevaz verilmediği için “fasit bey” kavramı incelenirken genelde hakk’ut-tealli kavramı misal olarak verilmiştir³. Bu sebeple hakk’ut-tealli kavramının günümüz hukukundaki hem kat mülkiyeti hem de üst hakkını karşıladığını iddia etmek mümkündür. Özetle, üst hakkı müessesesine, eski hukukumuzda açık bir şekilde olmasa bile kapalı ve dağınık bir şekilde yer verilmiştir. Ancak hanefi hukukçuları tarafından

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 İbni Abidin: *Redd’ül-Muhtar*, C. V, İstanbul 1974, s. 52; Zeydan, Abdülkerim: *El-Medhal Li Diraset’iş-Şeriat’il-İslâmiyye*, Amman 1990, s. 199-200.

2 Zeydan, 199-200; Karaman, Hayreddin: *Mukayeseleli İslam Hukuku*, C. III, İstanbul 1987, s. 134-135.

3 İbni Abidin, V/52.

müstakil olarak satımına cevaz verilmediği için fıkıh kitaplarında üst hakkına önemi ile doğru orantılı şekilde yer verilmemiştir. Mecellede üst hakkından hiç söz edilmemiştir. Mecelle tadillerinde diğer mezheplerin görüşlerinden yararlanılarak satımına cevaz verilmek istenmiştir⁴.

Üst hakkının sosyal hayattaki önemi tartışılmaz. Bu sebeple konunun incelenmesinin Türk Hukuk Tarihine bir katkı sağlayacağı ortadadır. İncelememizde günümüz hukuku ile birlik arz etmesi için hakk'ut-teallî yerine üst hakkı ve yine aynı gerekçe ile menfaat mülkiyeti veya hukuk-ı müekkedede yerine irtifak hakları kavramını kullanacağız.

II. ÜST HAKKININ TANIMI VE UNSURLARI

Üst hakkı klasik fıkıh kitaplarımızda ve bu arada Mecellede de tarif edilmemiş, sadece hükümleri üzerinde durulmuştur. Üstelik eski hukukumuzda üst hakkı denilince sadece kat irtifakı şeklindeki üst hakkı anlaşılmaktadır⁵. Bu sebeple sadece fıkıh kitaplarında yer verildiği şekli ile üst hakkını tarif etmek “etrafını cami, ağyarını mani” olmayacaktır. Çünkü üst hakkı geniş uygulama alanı olan bir irtifak hakkıdır. Bütün unsurlarını genel olarak içerecek şekilde üst hakkı şu şekilde tarif edilebilir: Üst hakkı, bir gayri menkul üzerinde, malikinden başka bir kimseye bir şey yapma ve buna malik olma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Tariften de anlaşılacağı üzere üst hakkının unsurları bir gayri menkul, bu gayri menkul üzerinde yapı yapma ve buna malik olma ve irtifak hakkıdır. Bütün bu unsurları konunun daha açık bir şekilde anlaşılması için gayri menkulü üst irtifakının konusu, üzerinde yapılan yapıyı üst hakkının konusu ve irtifak hakkını da üst hakkının hukuki niteliği başlıkları altında incelemek gerekecektir.

A. ÜST İRTİFAKININ KONUSU

Üst irtifakının konusundan maksat üzerinde üst hakkı tesis edilecek olan gayri menkuldür. Mecelle, gayri menkulü, “akar denilen hane ve arazi misillü mahall-i ahare nakli mümkün olmayan şeydir” (m.129) şeklinde tarif etmiştir. Akar, kiraya verilip gelir getiren şeyler için kullanıldığı gibi, genel olarak gayri menkuller için de kullanılmaktadır. Tarifte yer verilen hane ile

4 Kaşıkçı, 356.

5 Zeydan, 199; Zuhayli, Vchbe: (Ter. Heyet) İslam Fıkıhı Ansiklopedisi, C. VII, İstanbul 1994, s.19; Karaman, III/134; Şafak, Ali: İslam Arazi Hukuku ve Tatbikatı, İstanbul 1977, s. 94; Cin/Akgündüz, II/ 301.

arazinin birlikte değerlendirildiğinde gayri menkul olarak kabul edildiğinden şüphe yoktur. Ancak bir arazi ile üzerindeki yapı ayrı ayrı değerlendirildiğinde gayri menkul sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçuları farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Hanefi hukukçularına göre, üzerinde bir yapı bulunan arazilerde asıl gayri menkul arazi olup üzerindeki yapılar, arazi ile birlikte gayri menkul, ayrıca değerlendirildiğinde ise, menkul hükmündedirler⁶. Maliki hukukçularına göre ise, vasfı ve niteliği değiştirilmeden başka bir yere nakli mümkün olmayan şeyler gayri menkuldür. Bu görüşe göre, arazi üzerindeki bina ve ağaçları gayri menkul kabul etmek gerekir⁷. Sonuncu görüş günümüz hukuk anlayışına daha uygun görünmektedir. Esasen hanefi fikhını kanunlaştıran Mecelle metninde “hane ve arazi misillü” denilerek her birinin bağımsız olarak gayri menkul olduklarına hükmedildiği söylenebilir. Ancak Mecelle’yi şârihleri fikh kitaplarından yararlanarak miri arazi üzerindeki mülk bina ve ağaçlar ile mülk araziler üzerindeki bina ve ağaçları araziden ayrı olarak nazara aldıklarında menkul hükmüne tabi tutmuşlardır⁸.

Eski hukukumuzda arazilerin üst irtifakına konu olabileceğinden şüphe edilemez. Çünkü eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Her iki unsur bir kişiye ait olabileceği (tam mülkiyet) gibi farklı kişilere ait (nakıs mülkiyet) de olabilir⁹. Eski hukukumuzda arazilerin mülk, miri, vakıf, metruk ve mevat olmak üzere beş kısma ayrıldığını biliyoruz¹⁰. Bu ayrımın konumuz açısından fazla önemi olmamakla birlikte şu hususlara işaret etmekte yarar vardır. Her iki unsur da yani hem rakabe hem de menfaat mülkiyeti de aynı kişiye ait olan arazilere mülk araziler denmektedir¹¹. Mülk arazinin maliki, arazisinin üzerinde dilediği şekilde tasarruf etme hakkına sahiptir (Mecelle m. 1992-

6 Ali Haydar, I/230; Hacı Reşit Paşa, I/29; Atıf Bey: Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Şerhi, Kitab’ül-Büyük, İstanbul 1318, s. 18.

7 Zeydan, 188.

8 Ali Haydar, I/230; Hacı Reşit Paşa, I/29; Atıf Bey, Kitab’ül-Büyük, 18.

9 Zeydan, 191 vd.

10 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Halis Eşref: Külliyyat-ı Şerh-i Kanun’ül-Arazi, İstanbul 1315; Ali Haydar: Şerh-i Cedit, Li-Kanun’ül-Arazi, İstanbul 1311; Atıf Bey: Kanunname-i Arazi Şerhi, İstanbul 1330; Barkan, Ö. Lütfi: Tanzimat I, s. 321 vd.; Cin, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1987.

11 Halis Eşref, 52; Atıf Bey: Kanunname-i Arazi Şerhi, İstanbul 1330, s. 13.

1197). Bu sebeple mülk bir arazinin maliki menfaat mülkiyetini başka birisine devredebilir. Her ne kadar bir arazi üzerine yapılan bina ve dikilen ağaçların mütemmim cüz' kaidesine araziye tabi olacaklarsa da üst hakkının, bu genel kuralın bir istisnasını oluşturduğu söylenebilir. Nitekim hukukçuların bir kısmı aksi görüşte olsa bile arsa ile üzerindeki binanın ayrı ayrı vakfedilebileceğini ileri süren hukukçular da vardır¹². Esasen hukuk mantığı da bunu gerektirmektedir. Aynı şekilde mirî arazilerde de rakabe maliki ile menfaat malikleri farklı kimselerdir¹³. O halde eski hukukumuzda göre araziler üst irtifakına konu teşkil edebilecektir. Ancak iştirak veya müşterek mülkiyete tabi gayri menkullerde maliklerden birisi diğerinin izni olmaksızın muayyen bir hisse üzerinde üst hakkı kuramayacaktır¹⁴.

Aynı şekilde binalar da üst irtifakına konu teşkil edebilecektir. Gerçekten Mecellede kat mülkiyetini düzenleyen hüküm (m. 1192) bunun açık delilidir. Söz konusu hükme göre bir binanın katları farklı kişilere ait olabilir. Yani bir kimse binasının üstüne çıkma veya altına yapı yapma hakkını başka bir kimseye devredebilir. Bu durumda üst kat sahibinin alt kat üzerinde hakkı kararı, alt kat sahibinin de üst kat üzerinde hakk-ı sakfi vardır. Mecelle tadillerinde bu hususa daha açık bir şekilde yer verilmiştir Şöyle ki; Mecelle tadil cemiyeti bab-ı saninin fasl-ı evveline ilave edilmesini teklif ettiği "Hakk-ı teallinin bey'i caizdir" maddesine misal olarak da "Mesela bir kimse muayyen bir bina yapmak üzere dükkanının ulüvvünü aher bir kimseye bey' etse sahih olur" hükmünü eklemiştir¹⁵. Bu durumda mevcut bir yapı üst irtifakına konu olabilecektir.

B. ÜST HAKKININ KONUSU

1. Yapı Yapmak veya Ağaç Dikmek

Eski hukukumuzda üst hakkının konusunu yapı ve ağaçların oluşturduğu söylenebilir. Bu durumda başkasına ait bir arazide irtifak hakkı gereği yapı yapılabilecek veya ağaç dikilebilecektir. Yapı, bir araziye üzerine veya altına yapılan mesken dükkan ve benzeri şeyleri ifade etmektedir. Bir arazi üzerinde yapılan bir yapı veya dikilen ağaçlar kural olarak arazinin

12 Akgündüz, Ahmet: İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul 1996, s. 210.

13 Arazi Kanunu m. 3.

14 Mecelle m.1173; Ali Haydar, III/429.

15 Kaşıkçı, 356.

mütemmim cüz'ü olmaktadır¹⁶. Eski hukukumuzda buna ittisali karar ile muttasıl, yani yerinden ayrılmamak üzere konulmuş şey denmektedir¹⁷. Bununla birlikte söz konusu durum arazinin ve üzerine yapılan inşaatın farklı kişilere ait olmasını engellemektedir¹⁸. Bunun en güzel örneğini ise mirî arazi sistemi oluşturmaktadır. Gerçekten miri arazi sisteminde rakabe devlete, tasarruf hakkı yani menfaat mülkiyeti tapu ile bu yeri almış olan kimselere ait bulunmaktadır. Ancak bir arazi üzerindeki yapı veya ağaçlar araziden bağımsız olarak düşünüldüğünde hanefî mezhebine mensup hukukçulara göre menkul hükmüne geçmektedir. Arazi ile birlikte düşünüldüğünde ise arazinin mütemmim cüz'ü olarak gayri menkul hükmündedirler¹⁹. Maliki mezhebine mensup hukukçulara göre ise bir arazi üzerindeki yapı veya ağaçlar araziden bağımlı veya bağımsız olsun gayri menkul hükmündedir²⁰. Bu durumda hanefî mezhebine göre üst hakkının konusunu menkul inşaat ve ağaçlar, maliki mezhebine göre ise gayri menkuller oluşturmaktadır.

Yapı yapmak üzere üst hakkı kuran bir kimse üst hakkını kurduktan sonra herhangi bir yapı yapmazsa durum ne olacaktır? Bu soruya Mecelle "herkes mülkünde keyfe mâyeşâ tasarruf eder" (m. 1192) şeklinde cevap vermektedir. Buradaki mülk, rakabe ve menfaat mülkiyetine dolayısıyla da üst hakkı sahibine de şamildir²¹. Başka bir ifade ile bir mülk, terk ile metruk olmaz²².

2. Üst Hakkı ve Kat İrtifakı

Eski hukukumuzda kat mülkiyeti "vücub-ı karar" yani maddeten mevcut olmasa dahi hukuken mevcut olan haklardandır²³. Mevcut bir yapının katlarının farklı kişilere ait olmasını ifade etmektedir. Mecelle'ye göre "fevkanisi birinin ve tahtanisi diğerinin mülkü olan ebniyede fevkani sahibinin tahtanide hakk-ı kararı ve tahtani sahibinin fevkanide hakk-ı sakfî

16 Ali Haydar, III/416.

17 Mecelle m. 232; Ali Haydar, I/371.

18 Mecelle m. 1163.

19 Mecelle m.1019, 1020; Ali Haydar, III/150-153.

20 Zeydan, 187-188.

21 Ali Haydar, III/452, 456.

22 Mardin, Ebulûlâ: Toprak Hukuku, İstanbul 1947, s.55.

23 Mardin, 9-10.

yani güneşden ve yağmurdan tesettür ve tahaffuz hakkı” (m. 1192) vardır. Görüldüğü üzere burada kat mülkiyetinden söz edilmektedir. Oysa kat irtifakında, bir yapı sahibinin üstüne veya altına yapı yapma hakkını başkasına devretmesi söz konusudur²⁴. Mecelle tadillerinde bu hususa “Mesela bir kimse muayyen bir bina yapmak üzere dükkanının ulüvvünü aher bir kimseye bey’ etse sahih olur” şeklinde yer verilmiş ve bu hususun hanbeli ile maliki mezhebine mensup hukukçular tarafından kabul edildiği belirtilmiştir²⁵.

3. Üst Hakkı ve Haksız-Taşkın İnşaat

Eski hukukumuzda bu duruma “adem-i cevaz-ı karar” denmektedir. Başka bir ifade ile maddeten mevcut olup fakat hukuken mevcut kabul edilmeyen kararlar. Bu durumda binanın değeri arsanın değerinden fazla olsa ve hüsnü niyetle yapılmış olsa dahi arazi sahibi binanın kaldırılmasını talep edebilir²⁶.

4. Üst Hakkı ve Diğer İrtifaklar

Buradaki diğer irtifaklardan maksat mürur, mesil ve mecra irtifaklarıdır. Bu hususlar aslında ayrı ayrı irtifaktırlar. Ancak üst hakkı şeklinde de kurulabilir. Bu durumda mürur, mecra ve mesil hakkı üst hakkına konu olacaktır. Hakk-ı mürur, başkasının mülkünden geçme hakkıdır²⁷. Mecra, su vb. akıcı şeylerin geçtiği yere verilen isimdir. Mesil ise, su vb şeylerin aktığı yere denir. Başka bir ifade ile, bir meskene gelen su boruları mecra hakkını kanalizasyon boruları ise mesil hakkını ifade eder. Mecra ve mesilden intifa hakkı önemli bir zarar meydana gelmediği takdirde men edilemez (Mecelle m. 1224). Bu hususta kıdeme itibar olunur. Yani bunlar eskiden beri buluna geldikleri hal üzere bırakılırlar. Ancak hukuka aykırı bir şekilde kurulmuş veya yüklü gayri menkul sahibine zarar veriyorlarsa kaldırılırlar²⁸.

C. ÜST HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat mülkiyeti olmak üzere iki unsurunun bulunduğunu ve bunların farklı kişilere ait olabileceğini

24 Zeydan, 199; Bilmen, VII/174.

25 Kaşıkçı, 356.

26 Mardin, Toprak, 9; Bilmen, VII/175; Karaman, III/108.

27 Mecelle m. 142.

28 Zeydan, 356; Bilmen, VII/182; Karaman, III/130; Cin/Akgündüz, II/306.

yukarıda ifade etmiştik. Rakabe mülkiyeti, bir şeyin sadece kuru mülkiyetine sahip olmak demektir. Menfaat mülkiyeti ise, bir şeyden sadece yararlanma hakkına sahip olmadır²⁹. Meselâ bir yapıya sahip olan kimse normalde orayı kullanma hakkına da sahiptir. Ancak kullanma hakkını başka birisine devredebilir. Bu durumda yapının sahibi, rakabe maliki, kullanma hakkı sahibi ise menfaat maliki olmaktadır. Hanefî dışındaki İslam hukukçularının bir kısmı, menfaat mülkiyetini de kendi içerisinde şahsa bağlı ve eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti şeklinde ikiye ayırmışlar ve şahsa bağlı menfaat mülkiyetini intifa hakkı, eşyaya bağlı menfaat mülkiyetini ise irtifak hakkı olarak nitelendirmişlerdir³⁰.

O halde üst hakkı her şeyden önce bir menfaat mülkiyetidir. Gerçekten bir arazi üzerinde ve arazinin rakabesine malik olunmadan onun üzerinde tasarruf edilmektedir. Genel prensiplerden hareket edilerek, şahsa bağlı veya eşyaya olarak kurulmasının mümkün olduğu söylenebilir. Genelde eşyaya bağlı olarak kurulabileceği kabul edilmiş ve üst hakkı eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti içerisinde işlenmiştir³¹.

Üst hakkını mirî arazi sistemine de benzetmek mümkündür. Gerçekten mirî arazi sisteminde arazinin rakabe mülkiyeti devlette kalmakta ve tasarruf hakkı tapu yani bedel karşılığında vatandaşlara verilmektedir. Tasarruf hakkı, herhangi bir süreye bağlı değildir ve mirasçılara intikal ederdi. Bu nitelikleri ile eski hukukumuzdaki akit türlerinden hiçbirisine tam olarak benzememektedir. Bir kısım hukukçu, tefviz akdini kira akdine benzetmişlerdir. Gerçekten tefviz, yani rakabesi devlette kalmak üzere bir arazinin belirli bir bedel mukabilinde süresiz olarak devlet tarafından şahıslara devredilmesi, şeklen kira akdine benzemektedir. Ne var ki tefviz akdinde bulunan unsurlar kira akdinde bulunduğu takdirde kira akdi fasit olacaktır. Tefvizin kira akdi olduğunu savunanlar, kanunun fesih hakkının ilgililerden kaldığını ileri sürerek tefviz akdini fasit kira akdi olarak nitelendirmektedirler³². Gerçekten tefviz akdinde sürenin belirli olmaması, tasarruf hakkının borca karşılık olarak vefaen veya cebren ferağ edilebilmesi, devrinin (ferağ) mümkün olması, taraflardan birinin (tasarruf hakkı sahibinin) ölümü halinde akdin sona ermemesi, mirasçılara intikal

29 Ali Haydar, 1/227.

30 Suyuti, Celaledin: El- Eşbah ven-Nezair, Kahire 1959, s. 326; Zeydan, 196; Kadri Paşa: Mürşid'ül-Hayran, m.37; Karaman, II/112.

31 Zeydan, 196-200; Karaman, III/ 134.

32 Mardin, toprak, 15; Halis Eşref, 85.

etmesi gibi özellikler tefviz akdini kira akdinden ayırmaktadır. Buradan hareketle tefvizin Osmanlı hukukunda nev-i şahsına münhasır bir muamele olduğu ileri sürülmüştür³³.

Aslında tefviz akdinin eski hukukumuzdaki akitler içerisinde en fazla üst hakkına benzediği söylenebilir. Gerçekten eşyaya bağlı üst hakkının özellikleri ile tefviz akdinin özellikleri birbirine çok yakındır. Bilindiği üzere eşyaya bağlı üst hakkı hadim akar üzerinde tesis edilir, süreklidir, hakim akarın el değiştirmesi ile sona ermez, miras yolu ile intikal eder³⁴. Belki üst hakkının ebedi bir süre için kurulması teorik açıdan mümkün olmakla birlikte pratik olmayabilir. Ancak uzun süreli mesela yüz yıllık bir üst hakkı tesisine engel herhangi bir hüküm yoktur ve yüz yıl bir insan ömrü için sonsuz sayılabilecek niteliktedir. Böylece üst hakkının meşruiyeti de kendiliğinden çözülmüş olacaktır. Kaldı ki, hayatın zaruretleri yani amme maslahatı gereği aynen kira akdinin kıyasa muhalif olarak istihsanen caiz görüldüğü gibi üst hakkının da caiz görülmemesi için bize göre herhangi bir neden yoktur.

III. ÜST HAKKININ KURULUŞU VE SONA ERMESİ

A. Kuruluş

Üst hakkı çeşitli şekillerde kurulabilir. Bunların başında şüphesiz kuruluş akdi gelmektedir. Taraflar aralarında anlaşarak birinin gayri menkulü üzerinde, diğeri veya diğerine ait bir gayri menkul lehine üst hakkı kurabilirler. Bilindiği üzere, eski hukukumuzda hiçbir akit türü için yazılı şekil zorunluluğu getirilmemiştir. Ancak sosyal açıdan önem taşıyan gayri menkul alım satımı, evlenme gibi akitlerin yapıldıktan sonra mahkeme sicillerine kaydedilmesi yoluna gidilmiştir³⁵. Bununla birlikte ispat açısından bazı akitlerin yazılı yapılmasının bizzat Kur'an tarafından tavsiye edildiğini de unutmamak gerekir³⁶. Buradan hareketle üst hakkının kuruluşuna ilişkin akitlerin de yazılı yapılmasının gerektiği söylenebilir. Gerçekten bir çok akid türü gibi üst hakkına ilişkin akidler de önemlidir. Çünkü sonradan taraflar

33 Cin, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s. 110.

34 Zeydan, 202; Karaman, III/119.

35 Misal kabilinden bkz. Konya Şer'iyeh Sicilleri, Fen-Edebiyat Fakültesi Kütüphanesi, C. 10, s. 13.

36 Bakara, 282.

arasında anlaşmazlık çıkması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda yazılı akid birçok ihtilafı daha doğmadan önleyecektir. Bu durumda tescil veya resmi memurun izni şart olmadığı için üst hakkı ilgili akdin yapılması ile kendiliğinden kurulmuş olacaktır.

Üst hakkının kuruluşuna ilişkin akid sözlü yapılmışsa şahitler huzurunda, yazılı yapılmışsa senette nelerin üst hakkına dahil olduğu belirtilmelidir. Nitekim mirî arazide tasarruf hakkı sahibinin eline verilen tapu senedine de arazinin ne şekilde tasarruf edileceği yazılırdı. Mutasarrıf bina yapmak veya ağaç dikmek için ayrıca ilgili memurdan izin almak zorunda idi³⁷. Başka bir ifade ile müşterek yerlerden ne şekilde yararlanılacağı, hakk-ı karar yani üst kat sahibinin oturma hakkının sınırları, alt kat sahibinin hak ve borçları, yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı, üzerinde yapı bulunmayan alanlardan ne şekilde yararlanılacağı vb. hususlar kuruluş akdinde açıkça belirtilmelidir. Akde aykırılık halinde menfeati haleldâr olanın hakime müracaat ederek müdahalenin menini talep edebileceği muhakkaktır.

Üst hakkı ile ilgili olarak üzerinde durulan en önemli konu şüphesiz onun devridir. Devir akdinden maksat, satım, hibe ve vasiyet gibi devir borcu doğuran akidlerdir. Gayrı menkul lehine kurulan üst hakkının bu gayrı menkul ile birlikte satılması hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliğinin olduğu söylenebilir³⁸. Hatta bir arazi satılırken herhangi bir şey söylenmese dahi üzerindeki bina ve ağaçlar arza bağlı olarak satılmış kabul edilirdi. Çünkü ağaç ve binaların arazinin mütemmim cüz', fıkıh kitaplarındaki ifadesi ile "ittisal-i karar ile muttasıl" olduğu kabul edilmiştir³⁹.

Üst hakkının bağımsız olarak satılıp satılamayacağı ise mezhepler arasında ihtilafli bir konudur. Hanefî hukukçuları üst hakkının bağımsız olarak satılmasını uygun bulmamışlardır. Çünkü üst hakkı bir menfaat mülkiyetidir. Söz konusu hukukçulara göre menfaat satıma konu olmaz. Çünkü aslen mal değildir, hükmen mal yani mülktür⁴⁰. Çünkü bir mal da

37 Arazi Kanunu m. 31, 32.

38 Mecelle m. 216; İbni Abidin, V/52; Ali haydar, I/342; Karaman, III/135; Cin/Akgündüz, II/305.

39 İbrahim Halebi: Mecma'ul-Enhur Fi Şerh-i Mültek'al-Ebhur, C. II, İstanbul 1991, s. 14.

40 Mecelle 125,126; Mecsut, XII/194; İbni Abidin, V/51,52; Bedayi, V/138; Ali Haydar, I/326

bulunması gereken özelliklere yani ihtiyaç vakti için biriktirilebilme özelliğine sahip değildir⁴¹. Bu noktada hanbeli mezhebi hukukçuları farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, garar yani ileride gerçekleşmesi muhtemel olan şeylerden başka her türlü satım hukuka uygundur⁴². Bir şey yapmak veya dikmek amacı ile üst hakkı tesisi talebinde bulunan kimsenin bu hakkını kullanacağı muhakkaktır. Bu sebeple burada garar yoktur. Bu noktada hanbeli mezhebinin görüşü hayatın ihtiyaçlarını karşılamaya daha uygun görünmektedir. Çünkü bir kimsenin kendi mülkünde başkasına zarar vermemek şartıyla dilediği şekilde tasarruf edebileceği hukukun genel bir prensibidir. Bir araziye malik olan bir kimse arazisini nasıl satabilir veya üzerine bina yapabilirse aynı şekilde üst hakkı kurmasında da hiçbir sakınca olmamalıdır. Ayrıca bir yere malik olan kimse o yerin altına ve üstüne de maliktir. Bu sebeple bir yer üzerindeki tasarruflar o yerin altı ve üstü için de geçerlidir⁴³. O halde kuru mülkiyetini elinde tutarak kişinin menfaat mülkiyetini başka birisine satması yani üst hakkı tesis etmesinde herhangi bir sakınca olmamak gerektir.

Kaldı ki hanefi mezhebine mensup hukukçularda hayatın zaruretleri nazara alınarak bir çok konuda menfaatin satıma olmasa bile temlike konu olabileceğini ifade etmişlerdir. Bunların başında kira, selem, istisna ve musakât gelmektedir. Gerçekten söz konusu akitler kıyasa muhalif olarak istisnenen kabul edilmişlerdir⁴⁴. O halde hanefi hukukçuların mantığından hareket edilerek üst hakkı da aynı kategoriye tabi tutulabilir. Başka bir ifade ile hayatın zaruretleri nazara alınarak mevcut olan bir şey üzerinde üst hakkı tesis edilebilmelidir. Bu duruma eski hukukumuzun ruhu da müsaittir. Mirî arazi bunun en açık örneğidir. Yani iki mülkiyeti birbirinden ayırmak ve her birinde bağımsız olarak tasarruf etmek mümkündür.

Üst hakkı müstakil bir akitle kurulabileceği gibi herhangi bir devir akidinde (takyidî) şart olarak ileri sürülebileceği ve böyle bir şarta bağlı akdin

41 Ali Haydar, I/228.

42 İbni Kayyım Cevzi: İ'lam'ül-Muvakkîn An Rabbil-Alemin, C.II, Beyrut 1973, s. 8; İbni Kudame: El-Muğni Ala Muhtasaril Hiraki, C.IV, Mısır 1970, s. 200; İbni Teymiye: Nazariyet'ül-Akd, Medine 1949, s. 224, 308; Zeydan, 359, Mecelle Tadilleri, Ceride-i Adliye, 1338, s. 192.

43 Mecelle m. 1192; 1194, Ali Haydar, III/457; Bilmen, VII/174.

44 İbn-i Abidin, IV/26.

geçerli olabileceği söylenebilir⁴⁵. Buna göre mesela bir arazi, üzerindeki yapının belirli bir süre kendisinin olması veya arazi üzerinde bir yapı yaparak belirli süre bu yapıyı kullanması şartı ile satılabilir ve böyle bir şart geçirlidir. Ayrıca tek taraflı bir hukuki işlem olan hibe ve vasiyet ile de üst hakkının kurulabileceğini kabul etmek gerekir⁴⁶.

Yine zamanaşımı ile de üst hakkına sahip olunabilir. Eski hukukumuzda zamanaşımının hak ve mülkiyet iktisabı için bir sebep ve kaynak teşkil etmediğini biliyoruz⁴⁷. Bununla birlikte bir yeri uzun süre nizasız ve fasılasız üst hakkı şeklinde kullanan kişinin böyle bir hakkı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira kadim kıdemi üzere terk olunur ve diğer irtifak haklarında da da kıdeme itibar olunmuştur⁴⁸.

B. Üst Hakkının Sona Ermesi

Üst hakkı, çeşitli sebeplerle sona erebilir. Bunların başında şüphesiz kararlaştırılan sürenin sona ermesi gelmektedir. Bu hususta azami veya asgari bir süreden söz etmek mümkün değildir. Taraflar akdın niteliğine uygun olarak belirli bir süre kararlaştırabilmelidirler. Hakim gayrı menkulün yok olması durumunda üst hakkı sona ermez. Gerek üst hakkı sahibi gerekse mirasçıları bu hakka dayanarak ilgili yapıyı yeniden yapabileceklerdir. Ancak buna mecbur olmadıkları açıktır. Yani üst hakkı sahibi bu hakkı sona da erdirebilir. Bununla birlikte üst hakkı kat irtifakı şeklinde kurulmuş ve alt kat yıkılarak veya yanarak yok olmuş ise, üst kat sahibinin alt kat sahibini yeniden yapısını yapmaya zorlayabilir⁴⁹.

Nihayet taraflar borçlarını önemli ölçüde ihmal eder, yetkilerinin sınırlarını ağır bir şekilde aşarlarsa karşı tarafın mahkemeye müracaat ederek borçların gereği gibi ifasını ve/veya müdahalenin men'ini ve/veya üst hakkının sona ermesini talep edebileceğini kabul etmek gerekir. Bu durumda üst hakkı mahkeme kararı ile sona erecektir.

45 Takyidi şarta bağlı işlemler hakkında geniş bilgi için bkz. Kaşıkçı, Osman: Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi S.1, 1997.

46 Karaman, III/124.

47 Mecelle m. 1674.

48 Mecelle m. 6; 1224.

49 Karaman, III/134.

IV. SONUÇ

Eski hukukumuzda mülkiyetin rakabe ve menfaat olmak üzere iki unsurunun bulunduğunu biliyoruz. Bu unsurlar farklı kişilere ait olabilmekte ve rakabesine sahip olana rakabe maliki, menfaatına sahip olana ise menfaat maliki denmektedir. Menfaat satıma konu olma niteliğini haiz olmamakla birlikte hayatın zaruretleri nazara alınarak hükmen mal kabul edilmiş ve menfaatin satımından değil devrinden söz edilmiştir. Başkasına ait bir gayri menkul üzerinde yapı yapma ve bu yapıya malik omla olarak tanımlanan üst hakkı da menfaat mülkiyeti olarak nitelendirilen hususlardandır. Menfaat mülkiyeti günümüz hukukundaki irtifak haklarına tekabül etmektedir.

Eski hukukumuzda daha çok satımı ile ilgili olarak hakk'ut-tealli ismi ile üst hakkına yer verilmiştir. Ancak bir arazi ile üzerindeki yapılar mütemmim cüz' oluşturduğu için ayrı ayrı satıma konu olamayacağı hanefi hukukçuları tarafından ifade edilmiş ve bu sebeple Mecelle'ye de girmemiştir. Ancak Mecelle tadillerinde Hanbeli ve maliki mezhebi hukukçularının görüşleri esas alınarak üst hakkının müstakil olarak satılabileceği belirtilmiştir. Burada önemli olan bağımsız olarak satıma konu olsun veya olmasın üst hakkının kabul edilmiş olmasıdır. Hatta istihsan yolu ile menfaat mülkiyetinin satıma konu olabileceğinden hareketle Hanefi mezhebinde de üst hakkının müstakil olarak satımına da bir yol bulunabilir. Bir çok açıdan üst hakkına benzeyen miri arazi sistemi bunun en güzel misalini teşkil etmektedir. Ancak ihtiyaç duyulmadığı için böyle bir yola başvurulmamış olabilir. Yoksa konu yakından incelendiğinde üst hakkının eski hukukumuzun ruhuna uygun olduğu görülecektir.

“YAKALAMA, GÖZALTINA ALMA VE İFADE ALMA YÖNETMELİĞİ” HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

*Yar. Doç. Dr. Mahmut KOCA**

I. GİRİŞ

Bilindiği gibi, 1992 yılında çıkarılan 3842 sayılı yasa ile ceza muhakemesinin üç ayağından biri olan savunma makamının hakları ve yetkileri artırılmış ve özellikle sanık bu muhakeme sürecinin aktif bir süjesi olarak kabul edilmiştir. Sanığı iddia makamı karşısında güçlendirmeye çalışan bu yasa, özellikle hazırlık soruşturmasında sanığa tanıdığı haklar bakımından bir reform olarak değerlendirilmiştir. Yasa yürürlüğe girdikten yaklaşık altı yıl sonra, bu yasanın kolluk makam ve memurları tarafından yürütülecek adli soruşturmada nasıl uygulanacağını göstermek amacıyla Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği” başlığını taşıyan bir yönetmelik çıkarılmıştır. 1.10.1998 tarih ve 23480 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren bu yönetmelik yedi bölümden oluşmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, söz konusu yönetmeliğin 3842 sayılı yasa ile sanığa tanınan hakları uygulamaya nasıl taşınmayı amaçladığını irdelemek ve sanığa tanınan yasal hakları daraltıp daraltmadığını ortaya koymaktır. Bunun için yönetmelikteki ilgili bölümler sıra ile ele alınacak ve her bölüm sanığın hakları bakımından değerlendirilecektir.

II. “TANIMLAR” BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Yönetmeliğin 4.maddesi “Tanımlar” başlığını taşımakta ve yönetmelikte geçen bir takım kavramların ne anlama geldiğini açıklamaktadır. Biz bu kavramlardan “bilgi alma”, “şüpheli”, “sanık”, “ifade alma” ve “sorgu” üzerinde duracağız¹

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Yönetmeliğin 4.maddesinde bu kavramlar dışında, “kolluk kuvveti”, “yakalama”, “gözaltına alma”, “muhafaza altına alma”, “gecikmesinde sakınca bulunan hal”,

A. Bilgi Alma

“Bilgi alma” kavramı yönetmelikte şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, henüz suç işleme şüphesi altında bulunmayan kişi veya tanık veya mağdurun dinlenmesini ve tutanağa geçirilmesini, ifade eder”.

Alman hukukunda “Informatorische Befragung” denilen² ve bizim “ön dinleme” ya da “ön bilgi edinme faaliyeti”³ olarak adlandırabileceğimiz bu kavramın anlamı şudur: Bir suç işleme şüphesinin doğması üzerine, kolluğun olaya ilk müdahalesi esnasında, yani araştırmaların henüz başında, görevlilerin elinde olay ve ilgililer hakkında ya hiçbir bilgi bulunmamaktadır ya da olayla ilgili birden fazla kişi olmasına rağmen bunlardan hiçbirisi üzerinde somut bir şüphe yoktur. İşte bu durumda, kolluk, bir suçun işlenip işlenmediğini öğrenebilmek ve dolayısıyla hazırlık soruşturmasına başlayabilmek veya basit bir şüphe üzerine başlatmış olduğu hazırlık soruşturmasında kimin hangi muhakeme rolüne sahip olacağını belirleyebilmek için, temasa geçtiği herkese ön bilgi edinmeye yönelik bir takım sorular yöneltebilecektir⁴. Çünkü, polis memurunun olaya ilişkin ilk sorusu, zorunlu olarak teknik anlamda bir ifade almanın başlangıcını göstermez. Polisin çeşitli kişilere ortalıkta sorma yoluyla, olayın bir resmini oluşturmak istemesi durumunda henüz bir ifade alma başlamamıştır⁵. Dolayısıyla, ön dinleme ile ifade alma kavramları birbirinden tamamen farklıdır. Ön bilgi edinme faaliyeti çerçevesinde dinlenen kişileri henüz şüpheli, sanık veya tanık olarak nitelendirebilmek mümkün değildir. Zaten

“meşhut suç”, “toplu suç”, “soruşturmanın selamcti”, “gözaltı ve nezarethane sorumlusu”, “gözaltı birimi” ve “nezarethane” deyimleri de açıklanmaktadır.

2 Bkz. Andreas Gerling, *Informatorische Befragung und Auskunftsverweigerungsrecht*, Bochum, 1987, s.4 vd.; Thomas Haubrich, “*Informatorische Befragung von Beschuldigten und Zeugen*”, NJW 1981, s.803

3 Mahmut Koca, “*Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı*” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 1998, s.20 vd.; Cumhur Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, 1994, s.59 vd.

4 Şahin, s.60

5 KMR, (Müller-Sax-Paulus), *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7.Auflage, Darmstadt, 1980, §.163a, Rn.13

bu faaliyet, böyle bir nitelendirmeyi yapabilmek için gerçekleştirilen bilgi toplama faaliyetidir⁶.

Bu nedenle, ön bilgi edinme faaliyeti çerçevesinde dinlenen kişiler üzerinde basitte olsa herhangi bir suç işleme şüphesi bulunmadığı için, koğuşurma makamlarının bu kişilere hak öğretme yükümünden de bahsedilemez⁷. Diğer taraftan, koğuşurma organlarının bu aşamada bilgi toplamaları, bilgi vermek isteyen kişinin rızasıyla işbirliği yapmasına bağlı olduğundan, bu kişilerin herhangi bir bilgi verme mecburiyetleri de bulunmamaktadır⁸.

O halde, ön bilgi edinme amacıyla kişilerin şekilsiz olarak dinlenmesi, ancak yukarıda belirtilen amaçlarla ve ortaya bir şüphelinin çıkması anına kadar mümkündür. Koğuşurma organı, ortaya bir şüpheli çıktığı andan itibaren artık ön bilgi edinmeye yönelik dinleme faaliyetini kesmek zorundadır⁹. Çünkü şüpheli ifade vermeden önce haklarını öğrenme hakkına sahiptir. İşte bu noktada, ne zaman ön dinlemeden ifade almaya geçileceği konusu sorun oluşturabilecektir. Bunun teorik sınırını bir şüphelinin ortaya çıkması anı olarak belirtmek kolay olmakla birlikte, uygulamada buna uyulup uyulamayacağı büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de, polis alt-kültürünü oluşturan etkinlik faktörü onu hile kullanmaya sevk ederek¹⁰, fiille ilgili kişilerin haklarını ihlal etmeye ya da onlara henüz bir muhakeme rolü tanımadan mümkün olduğunca olayın ayrıntısına inerek bilgi almaya yöneltebilir. Çünkü hakların öğretilmesinden sonra, polis için bilgi akışı azalacaktır¹¹. Savunma hakkının ön koşulunu oluşturan haklarını öğrenme hakkının¹² başlangıcı, ortaya bir şüphelinin çıkması anıdır. Bu nedenle, ön dinleme, somut şüphenin henüz hiçbir ilgiliye yönelmediği bir aşamada meşru olabilir. Şüpheli ortaya çıktıktan sonra, koğuşurma organlarının ön

6 Gerling, s.9 vd.

7 Haubrich, s.803; Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3.Baskı, İstanbul, 1993, s.136; Şahin, s.60

8 Yenisey, s.136; Koca, s.22

9 Şahin, s.61

10 Bu konuda bkz. Füsun Sokullu-Akıncı, Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul, 1990, s.71

11 Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s.29

bilgi edinme faaliyeti kapsamında kişileri dinlemesi mümkün değildir ve artık böyle bir dinleme teknik anlamda bir ifade alma olarak değerlendirilir ki, bu şekilde bir ifade alma da hukuka aykırıdır. Bu nedenle, içlerinden sadece birinin suçlu olabileceği birden fazla şüphelilere karşı somut olan ancak, daha henüz nihai olarak aydınlatılmamış fiil şüphesi bulunduğu takdirde, bunların hepsi sanık olabilirler¹³

Bu çerçevede yönetmeliğin “bilgi alma” tanımına tekrar bakacak olursak, bu tanımlamanın bir hayli eksik ve sanık bakımından tehlikeler içerdiğini görürüz. İlk olarak, yönetmeliğin “bilgi alma” başlığını koyması, bilgi vermenin kişilerin gönüllü işbirliği ile mümkün olması gerçeği karşısında sakıncalıdır. İkincisi, bilgi almanın amacı yönetmelikte, “bir suçun tespiti veya aydınlatılması” olarak ifade edilmiştir. Suçun tespiti bakımından ön dinleme mümkündür fakat, ön dinleme suçun aydınlatılmasına yönelik olarak kullanılamaz. Aksi takdirde polis hak öğretme yükümü olmaksızın şüphelileri “ön dinleme” çerçevesinde hukuka aykırı olarak dinleme yetkisine sahip olacaktır. Yönetmeliğin bilgi alma tanımındaki tek doğru ifade, ön dinlemenin “suç işleme şüphesi altında bulunmayan kişi” için öngörülmüş olmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, ön dinlemeye maruz kalan kişi hiçbir şekilde hakkında suç işleme şüphesi olmayan bir kişi olmalıdır.

Diğer taraftan yönetmelik, ifade almayı, CMUK m.135 deki hakları hatırlatılarak, suç işlediği şüphesi altında bulunan kişilerin kolluk kuvveti tarafından dinlenilmesi şeklinde tanımlarken, “bilgi alma” da ise bu şekilde bir bilgiyi vermenin kişilerin rızasına bağlı olduğunu tanıma sokmamıştır. Yani, ifade alan polisin hak öğretme yükümünü hatırlatırken, bilgi alan polisin yükümlülüğünü unutmuştur. Bu yükümlülük, ön dinleme yapılacak olan kişiye, polis tarafından, bu şekilde bir bilgi verme faaliyetine katılmanın tamamen kendisinin isteğine bağlı olduğu hususunun hatırlatılmasıdır. Diğer taraftan, yönetmelikte sadece bilgi almanın tanımı yapılmış, alınan bilginin muhakemede nasıl kullanılacağı ve bu bilginin daha sonra kişiler hakkında kullanılıp kullanılmayacağı gibi hususlara ise hiç temas edilmemiştir.

Kanımca, uygulamada, bu şekliyle bilgi alma veya ön dinleme kötüye kullanılabileninden ve bu durumdan şüpheli veya sanık zarar göreceğinden polise böyle bir yetki ya hiç verilmemeli ya da sınırları açık bir şekilde çizilerek belirtilmelidir. Çünkü polis, gerçekte şüphelendiği kişileri şekilsiz olarak dinleyerek, onu haklarından ve özellikle susma ve müdafiden

13 KMR, §.163a, Rn.13

yararlanma hakkından yoksun bırakma yoluna kolaylıkla sapabilecektir. Yani sanığa tanınan hakları dolanmak için “bilgi alma” kavramı iyi bir kalkan görevi görebilecektir. Nitekim bizim uygulamamızda, ön dinlemenin, müdafinin katıldığı ifade alma veya sorgudan kaçabilmek için kullanıldığı belirtilmektedir¹⁴.

B. Şüpheli ve Sanık

Yönetmeliğin 4.maddesinde şüpheli “hakkında hazırlık soruşturması yapılan veya hazırlık soruşturması açılmadan kolluk kuvvetinin yaptığı araştırmaya konu olan veya kimliğini bir belge ile veya kolluk kuvvetince tanınmış veya güvenilir kişilerin tanıklığı ile ispat edemeyen veya gösterdikleri belgelerin doğruluğundan şüphe edilenler ile hakkında suç işlediğine ilişkin basit şüphe bulunan kişileri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Sanık ise, “Cumhuriyet savcısı tarafından suç isnadı ile hakkında kamu davası açılan kişiyi ifade eder” denilmektedir.

Yönetmelikteki bu iki kavramın karşılaştırılmasından kolayca çıkarılacak ilk sonuç, savcı tarafından bir kişi hakkında kamu davası açılıncaya kadar o kişi şüphelidir. Bir başka ifade ile sanıklık statüsü, kamu davasının açılmasından itibaren başlamakta, bundan önce yani hazırlık soruşturmasının başlangıcından bitimine kadar hakkında soruşturma yürütülen kişi şüpheli statüsünde bulunmaktadır. Böylece hazırlık soruşturması, sanıksız yürütülen bir soruşturma olmaktadır. Bu aşamada şüpheli hakkında hangi işlem yapılırsa yapılsın (örneğin, arama, elkoyma, yakalama, tutuklama v.s.), o kişi şüpheli olma statüsünü kaybetmemektedir.

Hemen şunu belirtelim ki, şüpheli ve sanık kavramları ilk defa bir hukuki metinde tanımlanmış olmaktadır. Bu olumlu bir gelişme olmasına rağmen, yönetmeliğin şüpheli ve sanık kavramlarına yüklediği anlam hatalıdır. Yönetmelikteki şüpheli ve sanık tanımı, hem Türk doktrinindeki¹⁵ bu kavramlara yüklenen anlama, hem de uygulamadakine tamamen terstir. Her ne kadar doktrinde sanıklığın başlangıç anı konusunda bir fikir birliği yoksa da, kamu davasının açılmasından önce sanığa suç isnat eden bazı işlemlerin de, sözgelimi tutuklama talebinin, tutuklama kararının, sorguya çekilmenin, şüpheliyi sanık statüsüne sokacağı konusunda görüş birliği

14 Bahri Öztürk-Mustafa R. Erdem-Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Bası, Ankara, 1999, s.382

15 Bkz. Koca, s.37 vd.

vardır¹⁶. Hatta doktrinde, haklı olarak, suç isnat eden bu işlemlerin dışında; sözgelimi, ifade alma veya sorgulama için celp, yakalama, arama, elkoyma gibi, şüpheliye yöneltilen hukuki veya fiili herhangi bir ceza muhakemesi işlemiyle sanıklık statüsünün başlayacağı belirtilmektedir¹⁷. Oysa yönetmelik sanıklık statüsünü, savcı tarafından bir kamu davasının açılması işlemiyle başlatmaktadır. Halbuki kamu davasının dışında şahsi dava da bir ceza davası olarak kişiye suç isnat etmektedir.

Gerçekte şüphelilik ve sanıklık statüsü birbirinden farklı olmasına rağmen, aralarında bu şekilde uzak bir ayrım yapmak mümkün değildir. Şüpheli ile sanık arasındaki ortak nokta, her ikisinin de suç işlediğinden şüphelenilen kişiler olmalarıdır. Sanığı şüpheliden ayıran husus ise, onun hakkında artık bir ceza muhakemesi işlemi yapılmak suretiyle, yani isnat teşkil eden bir işlemle, koğuşturmanın içine çekilmiş olmasıdır. Isnat teşkil eden işlemin mutlaka savcı tarafından ve bir iddianame ile yapılması gerekmez. Bu nedenle, örneğin, arama, elkoyma, yakalama, ifade alma, sorguya çekme ve tutuklama gibi, şüpheliye karşı yöneltilen hukuki ve fiili herhangi bir tedbirle¹⁸ sanıklık statüsü başlayacaktır¹⁹.

Yönetmeliğin şüpheli ve sanık kavramlarına yüklediği bu anlam CMUK ile de bağdaşmamaktadır. Her ne kadar CMUK'nda şüpheli açık bir şekilde zikredilmemişse de, sanık deyimi bir çok yerde belirtilmiştir. Örneğin, CMUK'nun tutuklamayı düzenleyen maddelerinde "sanığın tutuklanması" veya "tutuklanan sanık" ifadelerine yer verilmiştir. CMUK'nun 125.maddesi hazırlık soruşturmasında da tutuklama kararının verilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, kanun, hakkında henüz kamu davası açılmadan tutuklanan kişiye sanık demektedir. Kaldı ki, tutuklama kararının verilebilmesi için kuvvetli şüpheyi ihtiyaç varken (CMUK m.104/1), kamu

16 Nurullah Kunter- Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, İstanbul, 1998, s.408; Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.I, Genel Kısım, 4.Bası, İstanbul, 1984, s.625-626; Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 1986, s.150 vd.; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, 1996, s.157 vd.; Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982, s.27 vd.

17 Öztürk-Erdem-Özbek,, s.365; Demirbaş, s.13, 21; Şahin, s.42; Koca, s.40

18 Gerling, s.37; Şahin, s.42

davasının açılabilmesi içinse yeterli şüphe aranmaktadır (CMUK m.163/1). Ayrıca yasanın 127.maddesinde şüphelinin kolluk tarafından yakalanabilmesi için tutuklama koşullarının olayda gerçekleşmesi arandığına göre, yakalanan kişi sanıklık statüsüne girmiş olacaktır. Diğer taraftan TCK'nun, memurun sanığa cürümünü söyletmek için işkence ve sair kötü muamele yapmasını cezalandıran 243. maddesinde sanıkla aynı anlama gelen "maznun" kavramı da, yönetmeliğin bu düzenlemesi karşısında uygulamada tereddütlere yol açabilecektir ki, bu hiç arzu edilmeyecek bir durumdur.

Halbuki yönetmeliğe göre şüphelinin sanıklık hukuki durumuna girmesi ancak onun hakkında kamu davasının açılmasıyla mümkün olmaktadır. Ancak şunu belirtelim ki, yönetmeliğin sanıklık statüsünü bu denli geriye atması, sanığın hakları bakımından herhangi bir mahzur doğurmamaktadır. Zira yönetmelik CMUK'nun 135.maddesiyle tanınan hakları daha da öne alarak sanığa tanımaktadır.

Bu konuyu bitirmeden önce, yönetmeliğin şüpheli tanımı ile bilgi alma tanımının birbirine girdiğini ve bu durumun da bir çelişki doğurduğunu ifade etmemiz gerekiyor. Yönetmeliğe göre, "hazırlık soruşturması açılmadan kolluk kuvvetinin yaptığı araştırmaya konu olan kişiler" de şüphelidir. Belirtilmesi gerekir ki, kolluk kuvveti suç işleme şüphesini öğrendikten sonra harekete geçerek araştırma yapmaya başlamışsa, zaten hazırlık soruşturması başlamış demektir. Hazırlık soruşturması başlamadan kolluğun yaptığı araştırma ancak bilgi toplama olabilir. Dolayısıyla eğer bilgi toplanıyorsa henüz şüpheli ortada yok demektir. Yok eğer şüpheli varsa, ön bilgi edinme faaliyeti bitmiş demektir. Şüpheliden ise hakları öğretilmeksizin suçun aydınlatılmasına yönelik bilgi alınamaz.

Yönetmelikteki diğer bir çelişki ise, şüpheli-sanık ayrımını yapmasına rağmen, hala "yakalanan kişi" ifadesini terk etmemiş olmasıdır. 3842 sayılı yasa "yakalanan kişi" "sanık" ayrımı getirmişti. Yönetmeliğin şüpheli tanımına göre, yakalanan kişi şüpheli olmasına rağmen, ona şüpheli dememekte, "yakalanan kişi" demeyi sürdürmektedir. Bu ise yakalanan kişinin sanki şüpheli olmadığı gibi yönetmeliğin şüpheli tanımına aykırı bir kanıyı, haklı olarak, doğurmaktadır.

C. İfade Alma ve Sorgu

İfade alma ve sorgu konusunda Türk doktrininde²⁰ yerleşmiş klasik ayrımı yönetmelik aynen almıştır. Gerçekten “ifade alma” ve “sorgu” kavramlarına içerik itibarıyla aynı olmalarına rağmen, sırf sanığın bilgisine başvuran organlar gözönünde tutularak farklı anlam verilmektedir. Buna göre, bir kimsenin hakim tarafından sanık sıfatı ile ifadesinin alınmasına “sorgu”, aynı kişinin kolluk ya da savcı tarafından dinlenmesine ise “ifade alma” denmektedir. Doktrindeki bu ayrım daha önce 3842 sayılı yasa ile CMUK’na geçmişti ve aynı anlayışı yönetmelik de sürdürmektedir.

Oysa, adına ister ifade alma ve isterse sorgu denilsin, bunlar sanığın savunma hakkını kullanmasında birer vasıta olmaktadır. Bu durumda bütün koğuşurma organlarının yaptıkları işin esası, kendisine isnat edilen suç hakkında sanığın bilgisine başvurmak, ona kendini savunma olanağı tanımaktır. Ayrıca sanık, ifade verirken de sorguya çekilirken de aynı haklara sahiptir. Dolayısıyla, ifade alma faaliyetini yürüten organlar değişik olmasına rağmen, sanık açısından yapılan iş aynıdır; sanık, ister hakim isterse savcı ve kolluk tarafından ifadesi alınsın, o, hakkında ileri sürülen suçlamalara cevap vermektedir²¹. Bu nedenle, yapılacak adlandırmanın önemi azalmaktadır²², fakat, bu iki kavramdan birinin kullanılması yine de tercih edilmelidir.

Kanımca “sorgu” ya da “sorgulama” kavramları, belirli bir teknik ve taktiği gerektiren bir çabayı, sanığın daha çok bir delil aracı olduğunu ve bu nedenle bilgisine başvurulduğunu çağrıştırmaları nedeniyle tercih edilmemelidir²³. Koğuşurma organının kriminal taktik esaslarına göre planlayarak yürüttüğü bir görüşme, ancak sanığın susma hakkını kullanıp kullanmamasına göre yönlendirme üstünlüğünü devlet organlarına verebilir. Sanığın aktif savunmayı tercih etmesi halinde dahi onun susma hakkı elinden alınamayacağına göre, bu yönlendirme tamamen ifade alana geçmiş sayılmaz. Çünkü susma hakkına sahip olan sanık, bütün bu taktik ve teknik planları boşa çıkarma ve yapılan görüşmeyi kendi savunması açısından

20 Bkz. Kunter-Yenisey, s.428-429; Tosun, s.625; Yurtcan, s.163; Yenisey, s.121; Sokullu-Akıncı, s.155, Demirbaş, s.24

21 Koca, s.171

22 Nitekim 3842 sayılı kanunla CMUK’nun 135, 135a, 136, 161.maddelerinde bu kavramlar aynı anlamda ve birbirlerinin yerine kullanılmıştır.

23 Karşı görüş, Şahin, s.63

yönlendirme üstünlüğünü elinde tutmaktadır. Bu nedenle, savunmaya ilişkin hakları kendisine fiilen tanınan bir sanığın koğuşturma organları önünde yaptığı açıklamalar onun savunmasını yapması anlamında bir ifade vermedir. Bu itibarla, kolluğun, savcının ve hakimin ifade ya da bilgi almasından söz etmek daha yerindedir.

III. YAKALAMA VE YAKALANAN SANIĞIN HAKLARI

A. Genel Olarak

Yönetmeliğin ikinci bölümü, “Yakalama, Gözaltına Alma ve Muhafaza Altına Alma Yetkisi” başlığını taşımakta ve bu başlık altında, yakalamanın hangi durumlarda söz konusu olacağı, yakalama işleminin nasıl yapılacağı ve bu işlem yapılırken kolluğun yükümlülüklerinin ne olduğu, üst ve vücut araması, yakınlarına haber verme, sağlık kontrolü, nezarethane işlemleri ve nezarete alınanların kayıtlarının nasıl tutulacağı konularını ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Yakalama işlemi, kişi özgürlüğünü hakim kararı olmaksızın geçici olarak kısıtlayan bir koruma tedbiri olduğu için²⁴, İHAS m.5’de, 1982 Anayasasının 19.maddesinde, CMUK’nun 127 vd. Maddelerinde, PVSK’ nun 13 ve 17. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Kişi özgürlüğünün henüz bir hakim kararı olmaksızın geçici olarak kısıtlanması ağır bir işlem olduğundan, bu tedbire hangi koşullar gerçekleştiğinde başvurulacağı, yakalanma esnasında yakalanan sanığa haklarının öğretilmesi, gözaltında bulunduğu sürece tabi olacağı rejim, ve yakalanan sanığın sahip olduğu diğer haklar ayrıntılı olarak yönetmelikte düzenlenmiş bulunmaktadır. Biz burada sadece, getirilen yeniliklere değineceğiz.

B. Yakalama İşlemi ve Haklar

Yönetmeliğin 5.maddesinde kolluk kuvvetinin hangi durumlarda yakalama yetkisinin doğacağı tek tek tespit edilmiş bulunmaktadır. Böylece, kolluk kuvvetinin yakalama yetkisinin olduğu durumlar toplu olarak belirlenmiş olmakla, burada belirtilenlerin dışında kolluğun yakalama yetkisi bulunmamaktadır. Biz burada bunları ele alacak değiliz. Sadece şu kadarını belirtelim ki, yakalama yetkisi, önleme ve adli olmak üzere ikiye ayrılmış ve

24 Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul, 1992, s.5; Kunter-Yenisey, s.647; Koca, s.141 vd.

CMUK'un 127.maddesi, PVSK' nun 13 ve 17. maddesi ve diğer mevzuatta yer alan hususlar buraya aktarılmıştır.

Yönetmeliğin 6.maddesinde, yakalama işleminin, 5.maddede belirtilen yetkiler çerçevesinde, hakim kararı veya C. savcısının emri ile veya doğrudan kolluk kuvveti tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Herhalde hakim kararı ile yakalamadan kastedilen, tutuklama müzekkeresine dayanan yakalama ile haklarında emniyet tedbirine hükmedilen küçükler olsa gerekir. Doğrudan kolluk kuvveti tarafından yapılan yakalama halinde işlem, yakalanan kişi ve uygulanan tedbirler derhal C. Savcısına bildirilecektir (CMUK m.154/2, Yönetmelik m.6/2). Savcının durumdan haberdar edilmesiyle kolluğun üzerindeki denetimin de gerçekleşeceği umulmaktadır.

Yakalama işlemi, kişi özgürlüğünün fiilen kısıtlanması ile gerçekleşmiş olur. Bundan sonra kolluk kuvvetinin yapacağı ilk işlem, yakalanan sanığın üst aramasını yapmaktır. Bu arama yüzeysel bir şekilde yapılır ve amacı, gerek memurun kendisine gerekse başkalarına zarar verebilecek silah gibi unsurlardan sanığı arındırmaktır (Yönetmelik m.6/3).

Yönetmeliğin getirdiği en önemli yenilik, yakalanan sanığa yakalama sırasında haklarının öğretilmesidir. Gerçekten 3842 sayılı yasa CMUK'nun 135.maddesini yeniden düzenlerken sanığın sahip olduğu haklar konusunda aydınlatılmasını, ifade alma veya sorguya çekilme sırasında bir yükümlülük olarak öngörmüş, yakalanan sanığa yakalanma sırasında hak öğretme yükümünü getirmemişti. Bu durum doktrinde, haklı olarak eleştirilmiş ve koğuşurma organlarının sanıkla ilk temasa geçtiği anda aydınlatma yükümlülüğünün doğması gerektiği belirtilmişti²⁵. Yönetmelikten önce, yasal olarak, sadece anayasal bir yükümlülük olan yakalama nedeninin bildirilmesi dışında, hangi haklara sahip olduğu konusunda yakalama sırasında sanığı aydınlatma yükümü bulunmamaktaydı.

Yönetmeliğin 6.maddesinin 5.fıkrasına göre; yakalama sırasında kişiye, suç ayırımı gözetilmeksizin yakalanma nedeni, susma ve müdafiden yararlanma ve yakalandığını yakınlarına haber verme hakları bildirilecektir. Bu düzenlemede dikkati çeken en önemli vurgu, söz konusu hakların suç ayırımı gözetilmeksizin yakalanan her sanığa bildirilecek olmasıdır. Burada

25 Bkz. Bahri Öztürk, "CMUK Reformu Uygulamaya Nasıl Geçirilebilir?", Bülten, Mart 1993, s.14 vd.; Feridun Yenisey, "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı şekilde Elde Edilen Deliller", yayınlandığı yer: Savaş-Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Ankara, 1995, s.1232; Demirbaş, s.253; Şahin, s.67,

akla gelen ilk husus DGM' nin görev alanına giren suçların sanıklarına da yakalandığı sırada, yakalanma nedeni, susma ve müdafiden yararlanma ve yakalandığını yakınlarına haber verme haklarının bildirilecek olmasıdır. Aslında bütün bu haklar, kaynağını İHAS'nin 5 ve 6., Anayasanın 19, 36 ve 38/5.maddelerinde bulduğu ve bu düzenlemelerde söz konusu haklar bakımından bir sanık ve suç ayırımına gidilmediği için, bir yenilik sayılmayabilir. Ancak, özellikle 3842 sayılı yasa ile, bu hakların ülkemizde uygulanmadığı ve bu yasanın çıktığı tarih olan 1992 yılından itibaren bu hakların sanıklara verildiği de zımnen kabul edilmiş olmaktadır.

Yönetmelik, her ne kadar taraf olduğumuz Uluslararası sözleşmelere ve Anayasaya uygun bir düzenleme ile suç ve sanık ayrımı gözetmeden yakalanan her sanığa bu hakların öğretilmesi yükümünü getirmişse de, 3842 sayılı yasanın 31.maddesi ile hukukumuza giren ve işlediği suça göre "haklara sahip olan sanık" "haklara sahip olmayan sanık" ayrımı karşısında yine de durumun açık olduğu söylenemez. Şöyle ki; söz konusu düzenleme ile, 3842 sayılı yasanın sanığın savunma hakkını güçlendiren bir çok düzenlemesinden DGM'nin görev alanına giren suçlardan sanık olan kişilerin yararlanamayacağı, bu sanıkların değişiklikten önceki eski hükümlere tabi olduğu belirtilmişti. DGM'nin görev alanına giren suçlardan sanık olanların yararlanamayacağı haklardan birisi de, 135.maddede getirilen haklardı. Yönetmeliğin bu düzenlemesi 3842 sayılı yasayı aşmakta ve bu yasanın çarpıklığını gidermeye çalışmaktadır. Bu çok olumlu ve yerinde bir düzenlemedir.

Ancak, DGM'nin görev alanına giren bir suçtan dolayı yakalanan sanığa, yakalanma nedeni ve yakalandığını yakınlarına haber verme hakkının öğretilmesi, Anayasanın 19.maddesinde de somut olarak öngörülmüş olmakla, bir sorun teşkil etmezse de, susma ve müdafiden yararlanma haklarının bildirilmesi konusunda uygulamanın eskisi gibi sürdürülmesi hususunda kolluğun elinde yasal dayanaklar bulunmaktadır. Bunlar kaldırılmadıkça yönetmelikteki bu düzenlemenin bir anlamı olmayacaktır. Çünkü, 3842 sayılı yasa CMUK'nun 135.maddesini yeniden düzenlerken susma hakkını "isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir" biçiminde açıkça ifade etmişken, 3842 sayılı yasanın 31.maddesi, DGM'nin görev alanına giren suçlarda ifade veren sanığa, "kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu ifade verene bildirilir ve bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur" şeklindeki eski 135.maddeyi getirmiştir. Dolayısıyla eski anlatım, açıkça susma hakkını tanımadığı için yeni formülle ifade edilmiştir. Bu nedenle, yakalandığı anda DGM'nin görev alanına giren suçun sanığına susma hakkının bildirilmesi

çok önemli olmakla birlikte, bundan daha önemli olanı bildirilen bu hakkın fiilen kullanımını da yasal olarak güvenceye kavuşturacaktır.

Aynı durum müdafiden yararlanma hakkı bakımında da geçerlidir. Çünkü, DGM yasasının 16.maddesini yeniden düzenleyen 4229 sayılı kanuna göre²⁶, Yakalanan kişinin müdafii ile görüşebilmesi, hakim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verildikten sonra mümkündür. Bir başka ifade ile bu sanıklar, yakalanmalarını izleyen ilk 4 gün müdafii ile görüşemeyeceklerdir. Dolayısıyla yakalandığı anda müdafiden yararlanma hakkı olduğu söylenen sanık bu hakkını ancak 4 gün sonra kullanabilecektir. Bu ise sanığın en temel hakkı olan savunma hakkının kısıtlanması demektir.

Yönetmeliğin 6.maddesinin son fıkrası sanığa haklarının öğretilmesini fiilen pekiştirmek için hakların da yazılı olduğu “Şüpheli ve Sanık Hakları Formu”nun verileceğini belirtmektedir ki, bu da olumlu bir adımdır. Yakalandığı sırada sanığa bildirilecek haklardan biri olan yakalandığını yakınlarına haber verme hakkı bakımından, yönetmelik de, Anayasanın 19.maddesinde “soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkması bakımından kesin bir sakınca doğması” istisnasını kabul etmiştir. Halbuki CMUK’nun135/3. maddesinde bu hak bakımından herhangi bir istisna getirilmemişti²⁷. Yakalanan sanığın yakınlarına nasıl haber verileceği de yönetmeliğin 9.maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin getirdiği önemli hükümlerden birisi de “gözaltı birimi” adı altında yeni bir birim kurmuş olmasıdır. Bu birim, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanarak adli mercilere sevk edilmesine veya serbest bırakılmasına kadar, kanuni süre içerisinde onu gözaltında tutmakla yetkili ve görevli kolluk kuvvetini ifade etmektedir (Yönetmelik m.4). Ayrıca yönetmeliğin gözaltı ve nezarethane sorumlusu olarak gözaltına alınan sanığa haklarının okunmasını, kayıtların tutulmasını ve kanunlara uygun davranılmasını sağlamak amacıyla personel görevlendirmesi de bu konuda uzmanlaşmayı ve adli kolluğun kurulmasında bir alt yapı oluşturmayı amaçlaması nedeniyle olumlu karşılanmalıdır. Böylece, gözaltına alınan sanıklardan sorumlu kişiler belli olacak ve bu durum, hem denetim bakımından hem de hukuka aykırı bir davranışın tespit edilmesinde kolaylık sağlayacaktır.

Yakalama konusunda yönetmeliğin düzenlediği önemli konulardan birisi de gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünden geçirilecek olmasıdır.

26 Resmi Gazete, 12.3.1997, sayı; 22931

27 Yakalanan sanığın hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, s.143 vd.

Yönetmeliğin 10.maddesine göre, önce yakalanan kişinin yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenecektir. Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması ve adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumunun doktor raporu ile tespit edilmesi öngörülmüştür. Böylece yakalanan sanığın yakalandığı sıradaki sağlık durumu ile serbest bırakıldığı andaki sağlık durumunun rapor ile tespit edilmiş olması, hukuka aykırı davranışları önleyeceği gibi, bu davranışların olması halinde de önemli bir delil oluşturacaktır. DGM'nin görev alanına giren suçlarda, gözaltı süresinin uzatılması halinde, iki kontrol arasındaki sürenin 4 günü geçmemesi koşulu ile gözaltına alınanın sağlık durumunun doktor raporu ile tespit ettirileceği belirtilmektedir (Yönetmelik m.10/4).

Yakalama konusunda son olarak, yakalama işlemine karşı hakime başvurma hakkı ile yeniden yakalama yasağına değinmek gerekiyor. Yakalama işlemine karşı hakime başvurma hakkı, 3842 sayılı yasa ile CMUK'nun 128.maddesine girmiş en önemli yeniliklerden birisidir. Bu yenilik, gözaltında bulunan kişi için yargıç denetiminin ve "habeas corpus" güvencesinin Türk muhakeme sistemine girmesi anlamını taşımakta ve aynı zamanda yasa koyucunun kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesine verdiği önemi göstermektedir²⁸. 3842 Sayılı yasanın 31.maddesi, bu hakkı sanıklara tanıyan CMUK'nun 128.maddesini değiştiren 3842 sayılı yasanın 9.maddesinin DGM'nin görev alanına giren suçların sanıkları bakımından geçerli olmadığını belirtmişti. 1997 yılında çıkarılan 4229 sayılı yasanın 4.maddesi ile, 3842 sayılı yasanın 31. maddesinden 9.numaralı madde metinden çıkartılmıştır. Çünkü, 4229 sayılı kanun ile DGM bakımından gözaltı süreleri yeniden düzenlenmiş ve fakat düzenlenen yeni 16.maddede yakalama işlemine karşı hakime başvurma hakkı tanınmamıştır. Oysa yönetmelik, 15.maddesi ile, DGM'nin görev alanına giren suçlar dahil, yakalama işlemine ve gözaltı süresinin savcı tarafından uzatılmasına ilişkin yazılı emrine karşı hakime başvurma hakkını tanımıştır. CMUK Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna göre genel bir kanun olduğu için ve DGM Kanununun 29.maddesindeki atfı gereği CMUK'nun 128.maddesindeki yakalama işlemine karşı hakime başvurma hakkı ile yeniden yakalama yasağı DGM' nin görev alanına giren suçların sanıkları bakımından da geçerli olacaktır.

28 Erdener Yurtcan, CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri, İstanbul 1993, s.23

IV. MÜDAFİDEN YARARLANMA HAKKI

A. Genel Olarak

İHAS m.6/3 c de, her sanığın “kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafî tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek” hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden sanığın savunma hakkının, bireysel ve toplumsal olmak üzere iki yönünün olduğunu anlıyoruz. Gerçekten sanık kendi kendini savunma hakkına sahip olduğu gibi kendi savunmasını bir müdafî aracılığıyla da yapabilecektir.

Gerçekten sanığın kendi kendini savunma hakkına sahip olması, bu hakkın sanık tarafından etkin bir şekilde kullanılması için yeterli olmamaktadır. Çünkü sanıkların çoğu hukuki konularda bilgisiz oldukları için, haklarını nasıl kullanacaklarını ve kendilerini nasıl savunacaklarını bilememektedirler. Ayrıca buna, özellikle hazırlık soruşturmasında, sanığın içerisinde bulunduğu psikolojik durum da eklenince, onun sağlıklı bir değerlendirme yapması zorlaşmakta ve bir savunma yöntemi olarak susmanın mı yoksa konuşmanın mı yerinde olacağına karar verememektedir²⁹. Diğer taraftan, muhakemenin diğer makamları olan iddia ve yargılamanın hukuk bilgisine sahip olması, ceza muhakemesinin başından sonuna kadar dürüst ve hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde yürütülmesi için, savunma makamının da hukuk bilgisine sahip müdafî tarafından işgal edilmesi zarureti ortaya çıkarmaktadır. Çünkü sanığın bireysel savunması, iddia-savunma dengesini her zaman kurmaya yeterli olamamakta ve bu durum onu iddia makamı karşısında güçsüz kılmaktadır³⁰. Aslında sanığın savunma hakkı denilince bundan onun bir müdafî vasıtasıyla kendini savunmasının anlaşılması da, müdafîsiz bir savunmanın olmayacağını göstermektedir.

Türk kanun koyucusu 1992 yılında 3842 sayılı yasa ile CMUK’da yaptığı değişiklikle, sanığın savunmaya ilişkin hakları ve özellikle de müdafiden yararlanma hakkı ve bu hakkın kapsamı bakımından, bir çok batı ülkesinin önüne geçen hükümleri ceza muhakemesine kazandırmıştır. Biz burada sanığın müdafiden yararlanma hakkı başlığı altında üç husus üzerinde

29 Albin Eser, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, (Çeviren: Nur Centel), YD, C.16, 1990, sy.3, s.328

30 Tosun, s.251

kısaca duracağız: sanığın müdafii ile görüşme, ifade alma sırasında hazır bulunma ve dava evrakını inceleme hakları³¹.

B. Müdafii Sanıkla Görüşme Hakkı

3842 sayılı kanunla CMUK m.136'da yapılan değişiklikle sanığın hazırlık soruşturmasında da müdafii yardımından yararlanma hakkı kabul edilmiştir. Her ne kadar değişiklikten önceki 136.maddede, "sanık tahkikatın her hal ve derecesinde bir veya birden fazla müdafii yardımına müracaat edebilir" şeklinde bir hüküm var idiyse de, hazırlık soruşturmasının gizliliği gerekçesiyle bu hüküm uygulanmıyordu³². Yeni 136/3. maddede açıkça, "zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafii, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz" denilerek, hazırlık soruşturmasında sanığın savunma hakkı ileri bir düzeyde sağlanmıştır.

CMUK'nun 136/3.maddesi müdafii sanıkla görüşme hakkını "engellenemez" ve "kısıtlanamaz" bir hak olarak mutlak bir şekilde tanımıştır. Aynı şekilde CMUK m.144'de de, sanığın müdafii ile görüşme hakkı "yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir" biçiminde mutlak bir şekilde tanımıştır. Elbette müdafii özgürlüğü kısıtlanmayan sanıkla temas kurması ve ona hukuki yardımda bulunması konusunda herhangi bir sınırlama sözkonusu değildir; sanık istediği zaman müdafii ile temas kurabilir. Sanığın müdafii ile veya müdafii sanıkla temas kurması ve görüşmesi, sanığın ifadesinin alınması sırasında veya yakalanarak gözaltına alındığı ya da tutuklandığı durumlarda büyük önem taşır.

Bu durumda, ifadesi alınmadan önce (CMUK m.135/3) veya yakalandığı sırada (Yönetmelik m.6/5) müdafii yardımından yararlanma hakkına sahip olduğunu öğrenen sanık, ifade vermeden önce veya gözaltında iken müdafii ile (kendi seçtiği veya baronun atadığı) görüşmek isterse, CMUK m.136/3 ve 144.maddelerin mutlaklığı karşısında onun bu hakkı engellenemez. Dolayısıyla ifade vermeden önce müdafii ile görüşmek isteyen sanığın, bu

31 Bu haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, s.216 vd.

32 Timur Demirbaş, "Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik" (tebliğ), CMUK Sempozyumu, (9 Nisan 1999- İstanbul), İstanbul 1999, s.93

arzusuna rağmen ifadesini almak mümkün değildir³³. Ancak hem CMUK'nun 135.maddesi hem de Yönetmeliğin 22/e maddesinde yer alan düzenlemelerin bu konuda kuşku verici olduğunu da belirtmemiz gerekiyor. CMUK m.135/3 de, ifadesi alınmadan önce sanığa öğretilecek haklardan birisinin de, kendi seçtiği veya baronun tayin ettiği müdafii "soruşturmayı geciktirmemek" kaydı ile ifade veya sorguda hazır bulunma hakkı olduğunu görüyoruz. Eğer sanık ifade vermeden önce müdafii ile görüşme talep eder ve müdafii de gelmezse, bu durumda nasıl hareket edileceği konusunda CMUK'da bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda, müdafii talep etmesine rağmen müdafii olmaksızın sanıktan ifadesi alınabilecek midir? "Soruşturmanın geciktirilmemesine" kim ne zaman karar verebilecektir? Bu sorulara CMUK m.136/3 ve 144'ün mutlaklığı karşısında olumsuz cevap vermek zorunludur. Şayet müdafii gelmezse, yeni bir tarih belirlenerek ifade alma gerçekleştirilmelidir. Ancak Yönetmeliğin 22.maddesinin (e) bendi, "talep ederse, bir müdafii görevlendirmesi için baroya haber verilir. Müdafii gelmesi için makul bir süre beklenir, müdafii gelmezse bu husus tutanağa kaydedilerek ifade alma işlemine başlanır", şeklindeki düzenlemeyle, CMUK'nun 136 ve 144.maddelerine aykırı ve sanığın müdafiden yararlanma hakkını kısıtlayan bir hüküm getirmiştir³⁴.

Müdafii, özgürlüğü kısıtlanan sanıkla gözaltına alındığı andan itibaren her zaman görüşme hakkına sahiptir ve bu görüşme sırasında müdafiden vekaletname istenemeyecektir. Ancak DGM'nin görev alanına giren bir suçtan dolayı gözaltına alınan sanıkla müdafii, gözaltı süresinin hakim tarafından uzatılması halinde her zaman görüşebilecektir (DGMKYUK m.16/4, Yönetmelik m.20/4). Ayrıca DGM'nin görev alanına giren suçlardan tutuklu bulunan sanıklar ile müdafii arasındaki görüşmeler, CMUK m.144'ün aksine, denetime tabidir. 4229 sayılı kanunla yeniden düzenlenen DGMKYUK m.16/5'e göre, "kamu davası açılmaya kadar hakim, sanık tarafından bilinmesini uygun görmediği hususların kendisine bildirilmesini men edebilir. Tutuklama sebebine göre lüzumu halinde kamu davasının açılmasına kadar sanık ile müdafii görüşmelerinde bizzat hakim veya tayin edilecek naip yahut istinabe olunan hakim hazır bulunabilir."

DGM'nin görev alanına giren suçlardan sanık olan kişilerin müdafii ile görüşmeleri konusunda özellikle hakimin gözaltı süresini uzatmasından tutuklanmasına veya serbest bırakılmasına kadar geçecek süre içinde

33 Demirbaş, (tebliğ), s.94

34 Demirbaş, (tebliği), s.94; Koca, s.223 vd.

görüşmelerin denetime tabi olup olmadığı ve eğer denetime tabi ise buna kimin karar vereceği konusunda yasa ve yönetmelikte bir açıklık yoktur. DGMKYUK m.16/4'e göre, "tutulu bulunan sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir. Hakim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verildikten sonra gözaltında bulunan kişi hakkında da aynı hüküm uygulanır". Buna göre, gözaltına alınan sanık ilk dört gün müdafii ile görüşemeyecek, eğer hakim gözaltı süresini 7 güne, hatta olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde 10 güne kadar uzatmışsa, bu durumda bu uzatma kararından itibaren gözaltındaki sanık 16/4.maddeye göre müdafii ile her zaman ve vekaletname aranmaksızın görüşebilecektir (4229 sayılı kanunun 4.maddesiyle 3842 sayılı kanunun 31.maddesindeki CMUK m.144 ü düzenleyen 20.madde metinden çıkarıldığı için bu sonuca varılacaktır).

Acaba, gözaltı süresi hakim tarafından uzatılan sanığın müdafii ile görüşmesi denetime tabi olacak mıdır? Bir başka ifade ile, DGMKYUK m.16/5'deki denetim, gözaltı süresi uzatılan sanıklar için de geçerli midir? Kanımca, söz konusu yasanın yukarıda belirttiğimiz 16/5.maddesindeki denetimi, gözaltı süresi uzatılan sanık için uygulamak mümkün değildir. Her ne kadar bu maddenin birinci cümlesindeki "kamu davası açılıncaya kadar" ibaresinden gözaltı süresi uzatılan sanıklar için de hakimün lüzumu halinde hazır bulunabileceği akla gelebilirse de, maddenin ikinci cümlesinde "tutuklama sebebine göre lüzumu halinde sanık ile müdafinin görüşmelerinde bizzat hakim, hazır bulunabilir" şeklinde yer alan ifadenin buna olanak tanımadığını belirtebiliriz. Dolayısıyla, DGM'nin görev alanına giren suçtan gözaltına alınan kişilerin gözaltı süresi hakim tarafından uzatılınca, onlar da artık CMUK m.144'e tabi olacaklardır. DGMKYUK m.16/5'deki denetim, ancak tutuklanan sanıklar hakkında uygulanabilecektir.

Diğer taraftan, savcının talebi ile hakimün vermiş olduğu gözaltı süresinin 7 veya 10 güne kadar uzatılmasına ilişkin kararın tutuklama kararı niteliğini taşıdığı³⁵, bu yüzden de DGMKYUK m.16/5'deki denetimin gözaltı süresi uzatılan sanıklar bakımından da geçerli olacağı iddia edilebilir. Bu durumda dahi, gözaltı süresi hakim tarafından uzatıldıktan sonra, gözaltındaki sanık ile müdafii arasındaki görüşmeyi denetlemeye karar verecek organ kolluk veya savcı değil, hakim olacaktır. Çünkü DGM yasasının belirtilen maddesi buna ancak hakimün karar vereceğini açıkça öngörmüştür. Bu da, iddia makamına karşı sanığın güvencesi olmaktadır.

35 Koca, s.149

Müdafinin sanıkla görüşme hakkı, CMUK m.136/1'de ifade edilen, sanığın müdafiden yararlanma hakkının işlerlik kazanmasını sağlamaktadır³⁶. Bu nedenle, müdafinin sanıkla "görüşme" hakkından, müdafinin sanıkla yüz yüze konuşmasını, konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşmeyi ve ayrıca bu görüşmenin yazılı veya telefonla olmasını anlamak gerekir³⁷. CMUK m.144'e göre özgürlüğü kısıtlanan sanık ile müdafinin görüşmeleri ve yazışmaları ne hazırlık ne de sorsoruşturmada hiçbir denetime tabi değildir.

Müdafinin özgürlüğü kısıtlanan sanıkla denetimsiz görüşme ve yazışma hakkına sahip olması, onun hiçbir kuralla bağlı olmadığı anlamına gelmez. Her şeyden önce, diğer haklarda olduğu gibi, bu hak müdafie sanığı daha etkin bir şekilde savunabilmesi amacıyla verilmiştir. Bir başka deyişle, müdafinin bu hakkını "savunma hakkı" çerçevesinde kullandığı ölçüde meşru bir zeminde kalmış olacaktır. Bu hak, varlık nedeniyle bağdaşmayan fiillere koruyuculuk yapamaz. Sanık ve müdafinin, caiz ya da yasak, başka amaçlarla bağlantıya geçmesi halinde m.144 garantisi geçerli olmamalıdır. Bu hakkın kötüye kullanılması halinde, durum baro ve adli makamlara duyurulabilecektir³⁸. Ancak, denetim yasağı bulunduğu için, hiç kimse görüşme ve yazışmaların "savunma hakkı" çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığını kontrol edemeyecektir.

C. Müdafinin Hazır Bulunma Hakkı

1. Genel Olarak

Müdafinin hazır bulunma ve ifade almaya katılma hakkı, savunma hakkının fiilen gerçekleştirilmesinde büyük bir öneme sahiptir. Bu bakımdan, müdafinin ceza muhakemesi işlemleri yapılırken hazır bulunması ne kadar erken başlarsa, savunma hakkına ve dürüst yargılanma ilkesine o ölçüde değer verilmiş olur. Nitekim, sorsoruşturma aşamasında sınırsız olarak güvence altına alınmış bulunan bu hak, 3842 sayılı kanun ile hazırlık sorsoruşturması aşamasında da sağlanmıştır. Hazırlık sorsoruşturması aşamasında müdafinin hazır bulunma hakkı iki bakımdan söz konusu olabilir. Birincisi, sanığın ifadesinin alınması sırasında hazır bulunma, ikincisi ise diğer

36 Nur Başar Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, İstanbul, 1984, s.128

37 Erol Cihan-Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Bası, İstanbul, 1996, s.125

38 Centel, müdafinin, s.141

işlemler sırasında hazır bulunma. Biz burada sadece birincisi üzerinde duracağız.

2. Sanığın İfadesi Alınırken Müdafiiin Hazır Bulunması

Sanığın muhakemenin her aşamasında sahip olduğu müdafii yardımından yararlanma hakkı (CMUK m.136/1), onun ifadesi alınırken de bu yardımın yapılmasını zorunlu kılmaktadır. 3842 sayılı kanunun ceza muhakemesi sistemine getirdiği en önemli yeniliklerden birisi de, sanığın ifadesi alınırken müdafii hazır bulunma hakkının tanınmasıdır. Gerçekten de CMUK m.136/son'da “zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafiiin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz” denilerek, bu hak ifade edilmiştir. Ayrıca, CMUK m.135/3'de de, sanığa ifadesi alınmadan önce, isterse müdafiiin hazır bulunacağı ifade alan organlar tarafından öğretilecektir. Bu iki düzenleme birbirini tamamlamaktadır. Zira varlığından haberdar olunamayan bir hakkın hiçbir önemi yoktur³⁹.

Sanığın ifadesi alınırken müdafiiin hazır bulunma hakkı, Yönetmeliğin “ifadenin esasları” başlığını taşıyan 22.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasının (d) bendi, CMUK m.135/3'de ki hükmü tekrar ettikten sonra, ikinci fıkrasında müdafiiin hazır bulunma hakkının ne anlama geldiğine ilişkin düzenleme getirmiştir ki, bu düzenleme CMUK'da bulunmamaktadır. Gerçekten CMUK m. 136/son'da müdafiiin, ifade alma ve sorgu süresince sanığın yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının kısıtlanamayacağı ve engellenemeyeceği belirtilmiş, ancak hazır bulunma ve hukuki yardımın kapsamı konusunda bir açıklık getirmemiştir. İşte yönetmeliğin 22.maddesinin ikinci fıkrası “müdafii, şüphelinin ifadesi alınırken onun yerini aldığı izlenimini veren herhangi bir müdahalede bulunamaz ve sadece hukuki yardımda bulunabilir. Hukuki yardım maddi olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafii, şüpheliye bütün kanuni haklarını hatırlatabilir ve müdafiiin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir” şeklindeki bir ifade ile bu konuya kısmen de olsa bir açıklık getirmiştir.

Doktrinde yazarların büyük çoğunluğu, sanığın kolluk tarafından ifadesinin alınması esnasında müdafiiin hazır bulunmasını kabul

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

etmektedirler⁴⁰. Bununla birlikte hazır bulunma hakkının mutlak olup olmaması ve nasıl anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli fikirler vardır.

Müdafinin hazır bulunma hakkının CMUK m.136/son'da mutlak olarak tanınmasının yerinde olmadığı görüşü, bazı durumlarda müdafinin delilleri karartan bir organ olarak görülmesinden doğmaktadır⁴¹. Bu yüzden, hazır bulunma yetkisinin kural olarak tanınması gerektiği, ancak, gizlilik ihtiyacının ağır bastığı durumlarda istisna getirilmesi ve gizli ifade almanın sadece, önemli ve ağır suçlarda kabul edilmesi gerektiği belirtilmekte⁴²., fakat gizli ifade alma yetkisinin kolluğa verilmemesi, buna kural olarak hakimnin gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise savcının karar vermesi istenmektedir⁴³.

Kanaatimce bu konuda mevcut düzenlemeye bir istisna getirilmesi, sanığın savunma hakkının daraltılması anlamını taşır. Müdafinin delilleri karartma iddiası tek başına bu hakkın kısıtlanmasında haklı bir gerekçe olamaz. Çünkü müdafinin hazır bulunduğu ideal bir ifade almada deliller zaten ifade alan organın elinde olmalıdır. Kaldı ki, ifade alma bir delil elde etme aracı değil, savunma aracıdır. Deliller, sanık ifade vermeden önce görevlilerin elinde olmalı ve bunlar hakkında ne diyeceği sanığa sorulmalı ve sanık da müdafinin hukuki yardımından yararlanarak bu sorulara cevap vermelidir. Diğer taraftan ifade alma sırasında müdafinin hazır bulunmamasını gizlilik açısından haklı görmek de mümkün değildir⁴⁴. Çünkü müdafinin, zaten, CMUK m.143/son hükmüne göre, ifade tutanaklarını hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın inceleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, müdafinin inceleme yetkisine sahip olduğu ifade tutanaklarının yapılması sırasında ona hazır bulunma imkanının tanınmaması gerekçesiz kalmaktadır. Ayrıca polisin hukuka aykırı davranışlarını önlemek ve onu insan haklarına saygılı davranmaya zorlamak için sanığın talebinden bağımsız olarak her

40 KMR, §.163a, Rn.21; Eser, s.335; Yurtcan, 1992 Değişiklikleri, s.6; Yenisey, s.124; Sokullu-Akıncı, s.167; Donay, s.177; Centel, müdafinin, s.128; Demirbaş, s.130; Şahin, s.143,

41 Dieter Kion, "Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Ermittlungsverfahren", NJW 1966, s.1801

42 Yenisey, s.124

43 Demirbaş, s.132

44 Kunter-Yenisey, s. 718, dn.14; Centel, müdafinin, s.128

ifade almada müdafinin hazır bulunması gerektiği görüşü de⁴⁵, tek başına bu yetkinin mutlak olmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁶.

Müdafinin ifade alma sırasında hazır bulunmasının ne şekilde anlaşılması gerektiği, bir başka ifade ile, hazır bulunmanın fonksiyonunun ne olacağı konusu da tartışmalıdır. CMUK ve Yönetmelik, hazır bulunan müdafinin hukuki yardımda bulunma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Hukuki yardımda bulunma hakkının kapsamının belirlenmesi gerekir.

Bir görüşe göre⁴⁷, kolluk ve savcı tarafından yapılan ifade almalarda amaç bilgi toplamak suretiyle olayı aydınlatmak olduğu için, müdafinin bu esnadaki görevi, yalnızca sanığın haklarını korumak, hukuka uygun bir şekilde ifade alınmasına ve tutanak tutulmasına dikkat etmektir. Müdafinin bu aşamada, ifade almaya müdahale etmek hakkı bulunmamakta, o sadece sanığa hakları hatırlatılmamış ise bunların hatırlatılmasını istemek ve hukuka aykırı sorgu yöntemlerine başvurulmasını engellemek fonksiyonuna sahiptir. Bunların ötesinde, müdafinin kendisine soru sorulmadıkça konuşamaz, çünkü bu hak sadece hakim tarafından yapılan sorguda vardır. Müdafinin sanığın yerine geçerek sorgunun düzenini bozamaz, sanığa nasıl cevap vermesi gerektiği konusunda uyarıda bulunamaz. Bu nedenle kanunun 136/son hükmünde yer alan hukuki yardımda bulunma ibaresinin çıkartılması gerekir⁴⁸.

İkinci ve daha yerinde olan görüş ise, müdafinin hazır bulunmasının, ifade almanın hukuka uygun olarak gerçekleşmesini kontrol etmenin ötesinde, sanığa hukuki yardımda bulunmayı da kapsadığını kabul etmektedir⁴⁹. Zira CMUK m.136/son ve 135/3 hükümleri, ifade alan organlar arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, müdafinin sadece hazır bulunmasını değil, aynı zamanda hukuki yardımda bulunmasını da mutlak bir hak olarak kabul etmiştir. Bu nedenle sanık, ifadesinin alınması esnasında, anlamadığı ya da cevaplamak istemediği sorular karşısında müdafinin hukuki yardımını alabilmeli, müdafinin de bir veya birden çok soruya cevap vermesi halinde

45 Sokullu-Akıncı, s.168

46 Koca, s.255

47 Kayıhan İçel-Feridun Yenisey, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4.Bası, İstanbul, 1994, s.1060; Demirbaş, s.133;

48 Demirbaş, s.133-134

49 Yurtecan, 1992 Değişiklikleri, s.6 vd.; Sahir Erman, "Sentez Raporu", Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.77,

bunun sonuçlarının neler olacağı konusunda sanığı aydınlatmalıdır⁵⁰. Kısaca müdafî, mahkemedeki sorgu sırasında ne gibi haklarla donatılmışsa, polis ve savcıdaki sorgu sırasında da aynı haklara sahip olmalıdır⁵¹.

Sözgelimi sanık, devam eden ifade alma sırasında kendisine sorulan bir soruya cevap verip vermeyeceği hususunda müdafîin görüşünü alabilmeli, müdafî de sanığın verdiği cevapların muğlak olması ve savunması hususunda unutulmuş önemli noktaları sanığa hatırlatabilmelidir. Müdafîin sadece hazır bulunması kabul edilir ve sanığa sorulan sorulara vereceği cevaplar hususundaki uyarılarına imkan tanınmazsa, belki polisin zor kullanması önlenmiş olur ancak, hile ile sanıktan beyan elde edilmesinin önüne geçilemez

Bu noktada Yönetmeliğin konuya ilişkin düzenlemesine baktığımızda, bir takım ifadelerin yorumunda, özellikle uygulamada, zorluklar çıkabileceğini görüyoruz. Sözgelimi Yönetmeliğe göre, müdafî şüphelinin ifadesi alınırken sadece hukuki yardımda bulunabilir, onun yerini aldığı izlenimini veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Elbette müdafî sadece hukuki yardımda bulunabilecektir ama, müdafîin hangi müdahaleleri sanığın yerini aldığı izlenimini doğuracak ve buna kim karar verecektir. Örneğin sanık kendisine sorulan bir soru karşısında susma hakkını kullanmak istese ve bu konuda müdafîin görüşüne başvurmak gereği duysa, acaba müdafîin bu konudaki müdahalesi onun yerini aldığı izlenimini doğurabilecek midir? Yoksa müdafîin susma hakkını kullanmasını sanığa söylemesi Yönetmelikteki maddi olayları karartabilecek bir müdahale midir?

CMUK m.136/son'da ki hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemez ve hatta kısıtlanamaz oluşu karşısında Yönetmeliğin düzenleme şeklinin bu hakkı daraltıcı nitelikte olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü ifade alan kolluk memuru, müdafîe, bu yönetmeliğe göre davranacak olursa, müdafîin ifade alma sırasında hazır bulunma fonksiyonu pasif bir bulunuştan ibaret olacak ve polisin kullanacağı hile ile ifade alma yöntemlerine müdafîin tutanaktaki imzası ile tanıklık yaptırılmış olacaktır. Gerçekte ifade veren sanık konuşup konuşmama, konuşmaya karar verdikten sonra da istediği soruyu cevaplayıp cevaplamama hakkına sahiptir. Bu konuda müdafîin hukuki yardımına başvurması ve buna göre hareket etmesi de bu hakkın doğal bir sonucudur. Bu nedenle, Yönetmelikte geçen "izlenimini veren" ve "maddi olayı karartabilecek müdahaleler" ifadeleri

50 Yurtcan, 1992 Değişiklikleri, s.6-7

51 Erman, s.77

muğlak, belirsiz ve sanığın müdafiden yararlanma hakkını etkisiz hale getirebilecek niteliktedir ki, bu yönüyle de CMUK m.136/son hükmüne aykırıdır.

D. Müdafiiin Dava Dosyasını İnceleme Hakkı

1. Genel Olarak

Sanığın savunmasının etkin bir şekilde yapılabilmesi için tanınması zorunlu olan bir diğer hak da, dosyayı inceleme hakkıdır. Müdafiiin savunmayı hazırlayabilmesi, sanık hakkında ileri sürülen suçlamaları ve bunun tüm delillerini bilmesiyle mümkündür⁵². Bu ise müdafiiin, kolluk ve savcılık tarafından toplanan ve sanığın leh ve aleyhindeki delilleri kapsayan dosyayı inceleyebilmesini gerektirir.

3842 sayılı kanun ile CMUK m.143'de yapılan değişiklik, müdafie, dava dosyasını inceleme hakkını ileri bir düzeyde tanımıştır. Bu maddeye göre, "müdafii hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir. -Müdafiiin hazırlık evrakını incelemesi veya hazırlık evrakından suret alması hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh hakimi kararıyla hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir. -Yakalanan kişinin veya sanığın sorgusunu içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanamaz." Yönetmelik, "müdafiiin dava evrakını incelemesi" başlığını taşıyan 21.maddesinde bu konuyu düzenlemiştir. Buna göre, "müdafii, kolluk kuvvetinde bulunan hazırlık evrakından yakalanan kişinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporlarını ve şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer işlemlere ilişkin tutanakları her zaman inceleyebilir ve bunların bir suretini kolluk kuvvetinden alabilir. Bunlar dışında kalan dosya içeriğinin müdafii tarafından incelenebilmesi Cumhuriyet savcısının vereceği karara bağlıdır."

CMUK m.143'e göre hazırlık soruşturmasının bitmesinden itibaren dava dosyasının incelenmesi hiçbir şekilde kısıtlanamayacaktır. Bu nedenle, burada, sadece hazırlık dosyasının incelenmesi bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

52 Erem, s. 182; Yurtcan, s.191

2. Müdafin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı

3842 sayılı kanun ile CMUK m.143'de yapılan değişiklik, hazırlık soruşturmasında önceden mevcut olan "dosyanın gizliliği" prensibini ortadan kaldırmıştır⁵³. Yeni düzenleme ile birlikte, artık, hazırlık soruşturmasının gizliliği sanık ve müdafî yönünden bir kural olmaktan çıkmış, istisna haline getirilmiştir. Müdafî, hazırlık dosyasını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir. Müdafîin hazırlık evrakını incelemesi soruşturmanın selametine zarar verebilecekse, C. Savcısının talebi ile sulh hakimi tarafından bu hak kısıtlanabilecektir.

Hazırlık soruşturmasının gizliliğini ortadan kaldıran bu düzenleme, doktrinde yoğun bir şekilde eleştirilmektedir⁵⁴. Bu eleştiriler, getirilen yeni düzenlemenin, kanunun sistemine aykırı olduğu, özellikle örgütlü suçlarda müdafîin delilleri karartabileceği, sanığın müdafî vasıtasıyla diğer ifade sahiplerinin açıklamalarını öğrenerek buna uygun ifade vereceği, bu durumların ise hazırlık soruşturmasının yapılmasını engelleyeceği noktalarında toplanmaktadır. Keza hazırlık soruşturmasının gizli olması gerektiği, yapılan değişiklikte bunun ortadan kalktığı ve bu durumun hazırlık soruşturmasını işlemez hale soktuğu, bunun ise sanığı değil suçluyu koruduğu ifade edilmiştir.

Kanımcı yapılan değişiklik yerindedir ve belirtilen sakıncaları mevcut hukuk sistemi içerisinde aşmak mümkündür. Çünkü 143/2'ye göre, dosyanın incelenmesi hazırlık soruşturmasının amacını tehlikeye düşürebilecekse, bu hak hakim kararıyla kısıtlanabilecektir. Müdafîin delilleri karartma veya diğer şekillerde görevini kötüye kullanması halinde ise hakkında ceza ve disiplin kurallarının uygulanması mümkündür (TCK m.296, 240, Av.K m.62, 134). Dosyayı inceleme hakkı müdafîe suç işleme ayrıcalığı tanımamaktadır.

CMUK m.143/1'e göre, müdafî, hazırlık soruşturması aşamasında, savcılık ve kollukta bulunan hazırlık evrakını bu organların iznine tabi olmaksızın inceleme hakkına sahiptir. Müdafî bu aşamada söz konusu

53 Yurtcan, s.191; CMUK'nun değişiklikten önceki 143.maddesinde, hazırlık evrakının müdafî tarafından incelenebilmesi, kural olarak izne tabu idi. İzin verilmesi için de, incelemenin soruşturmanın amacına zarar vermeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir. Geniş bilgi için bkz. Centel, müdafî, s.118 vd.

54 Yenisey, s.125; Cihan-Yenisey, s.129-130; Zeki Hafizoğulları, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", AÜHFD, c.43, 1993, sy.1-4, s.38; Öztürk-Erdem-Özbek, s.382; Demirbaş, s.135-136

haktan mahrum edecek, yani dosyanın incelenmesini engelleyecek tek yetkili kişi sulh hakimidir. Bu durumda, kolluk ya da savcının dosyayı inceleme yasağına ilişkin karar verme yetkileri bulunmamaktadır⁵⁵. Gerek kolluğa gerekse savcılığa, müdafî tarafından evrakın incelenmesi talebi yapıldığı zaman, bu organların söz konusu talebi geri çevirme yetkileri yoktur. Aksi bir anlayış, müdafîin hazırlık dosyasını inceleme hakkını bu organların iznine bağlı tutmaktan başka bir anlam taşmaz ki, bu durum, yapılan değişikliğin hem lafzına hem de ruhuna aykırılık oluşturur. Zaten hazırlık soruşturmasını kanunen yürütmekle görevli ve bunun sorumluluğunu taşıyan organ savcılık olduğu için (CMUK m.152), kolluğun elinde bulunan bir evrakın incelenmesi gerektiğinde bu talep kolluğa değil, savcıya yapılmalıdır.

Eğer müdafîin hazırlık dosyasını inceleme talebi üzerine kolluk ya da savcılık karar verecek olursa, hazırlık dosyasının gizliliği kuralı devam ediyor demektir. CMUK m.143/2'de öngörülen istisnai durum söz konusu ise, talep yapılmadan önce savcı, "soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürebileceği" iddiası ile müdafîin bu hakkının kısıtlanmasını sulh hakiminden istemelidir. Sulh hakimi böyle bir talebi kabul etmek zorunda değildir. Gerekli değerlendirmeyi yaptıktan sonra kararını verecektir. Ancak, gerek savcı talepte bulunurken gerekse hakim karar verirken, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek somut nedenlere dayanmak zorundadırlar.

Kanunun "dosyanın gizliliğine" ilişkin karar verme yetkisini yalnızca sulh hakimine tanınması isabetli olmuştur. Çünkü değişiklikten önceki tecrübe, savcıya böyle bir yetkinin verilmesinin sakıncalar doğurduğunu göstermiştir. Çünkü uygulamada, soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürme kriteri hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesiyle de birleşince, müdafî tarafından bu yönde yapılan talepler sürekli olarak reddedilmiştir⁵⁶. Yapılan değişiklikte, savcılık, müdafîin dosyayı incelemesine engel olucu bir konumdan çıkarılmış, iddia ve savunma makamları arasında denge kurulmaya çalışılarak, "silahların eşitliği ilkesi" bu hak bakımından sağlanmıştır.

CMUK m.143/son'a göre, ceza muhakemesinin hiçbir aşamasında, hiçbir gerekçe ile ve hiçbir makam tarafından (soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürse de), sanığın ifadesini içeren tutanakların, bilirkişi raporlarının ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere

55 Koca, s.268

56 Centel, müdafî, s.119

ilişkin tutanakların müdafî tarafından incelenmesi ve bunlardan bir suret alınması engellenemeyecektir. Nitekim aynı hükmü Yönetmelik 21.maddesinin birinci cümlesinde, kolluk bakımından tekrarlayarak, kolluğun elinde olan bu evrakların müdafî tarafından her zaman incelenebileceğini ve bunların bir suretinin kolluk kuvvetinden alınabileceğini belirtmiştir.

Ancak Yönetmeliğin 21.maddesinin ikinci cümlesi bu konuda CMUK m.143'e aykırılık oluşturmaktadır. Yönetmeliği göre, yukarıda belirtilen evrakların dışında kalan dosya içeriğinin incelenebilmesi, C.Savcısının vereceği karara bağlıdır. Halbuki CMUK m.143, hazırlık dosyasının incelenmesi bakımından C. Savcısını hiçbir şekilde yetkili kılmamıştır. Yasaya göre şayet dosya içeriğinin incelenmesi hazırlık soruşturmasının amacı bakımından tehlike teşkil ediyorsa, savcının yapabileceği yegane işlem, bu konuda sulh hakiminden gizliliğe ilişkin talepte bulunmaktır. Bunun dışında savcının tek başına gizlilik kararı verme yetkisi yoktur. Bu nedenle, yönetmeliğin söz konusu cümlesi, CMUK m.143'e aykırıdır ve iptal edilmesi gerekir. Aksi takdirde, eski uygulamaya yani hazırlık soruşturmasının gizliliğine geri dönmüş olur.

Yönetmelik konusunda son olarak, "Hazırlık Soruşturmasının Gizliliğinin Uygulanması" başlığını taşıyan 26.maddesine değinmemiz gerekiyor. Gerçekten bu madde sanığın lekelenmeme hakkına ve masumluk karinesine saygı ve özen gösterilmesi için getirilmiş belki de, yönetmeliğin en olumlu maddesidir. Buna göre, "suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve hazırlık soruşturması gizlidir. Bu nedenle, soruşturma safhasında gözaltındaki bir kişinin "suçlu" olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, yer gösterme gibi soruşturmaya ilişkin işlemlerin basın önünde veya iştirakiyle yapılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayınlanamaz.- Kolluk kuvveti faaliyetlerinin kamuoyuna duyurulması amacıyla, yakalanan kişilerin kimliklerini ihtiva etmeyen olay bilgileri, basın bildirisi şeklinde ve yetkili birimler tarafından kolluk kuvvetlerinin basına bilgi vermelerine ilişkin özel mevzuat hükümleri dikkate alınarak basın-yayın organlarına bildirilebilir".

Gerçekten bu düzenleme, uygulamada özellikle bir basın ordusuyla birlikte yapılan yer gösterme işlemlerini engellemeyi amaçlaması nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Gerçekten sanık, "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılamaz" şeklinde ifade edilen masumluk karinesi

hiçe sayılarak, basın-yayın organlarında, daha hazırlık soruşturması aşamasında kamuoyuna suçlu imiş gibi takdim edilmekteydi. Bu hüküm hazırlık soruşturmasının gizliliğini doğru bir anlayışla tespit etmiştir. Gerçekten hazırlık soruşturması gizlidir ama bu gizlilik sanık ve müdafine karşı değil, bunların dışında kalan herkese karşıdır. Dolayısıyla, bu aşamada, daha henüz hakkında dava açılmamış sanığın mümkün olduğunca kamuoyu önünde lekelenmeden aleni duruşmaya çıkartılması gerekir.

V. SONUÇ

CMUK'nun kolluk kuvveti tarafından nasıl uygulanacağını göstermek amacıyla bir yönetmeliğin çıkartılması yerindedir. Ancak bu yönetmelik, kanundaki hükümleri karmaşıklaştırıcı değil, açıklayıcı olmak zorundadır. Zaten bir yönetmelik çıkarmanın amacı da soyut normların uygulayamaya taşınabilmesini kolaylaştırmaktır. Ancak bazı hükümleri itibariyle bu yönetmeliğin, bu kolaylaştırıcılıktan uzak olduğunu, hatta yasayı anlaşılmasız hale soktuğunu ve yer yer buna aykırı olduğunu söyleyebiliriz.

İlk olarak, yönetmeliğin bazı kavramları tanımlaması tek başına olumlu bir girişim olmakla birlikte, bu yapılırken daha henüz hazırlık çalışmaları yapılan CMUK tasarısına uyum sağlama gayretiyle, özellikle şüpheli ve sanık kavramlarına doktrin ve uygulamadaki anlayışa aykırı anlamlar verilmesi, hem yasaya aykırı hem de uygulamayı zorlaştırıcı niteliktedir. Bu nedenle Yönetmeliğin şüpheli ve sanık kavramlarının tekrar gözden geçirilerek yeniden tanımlanması gerekir.

İkincisi, DGM'nin görev alanına giren suçların sanıkları ile müdafilerin görüşmeleri bakımından, gözaltı süresi uzatıldıktan sonra, herhangi bir denetime tabi olmadan görüşebilmelerinin açıklanmaması bir eksiklik oluşturmaktadır. Keza müdafinin sanıkla görüşme hakkı çerçevesinde, müdafii talep eden sanığın, makul bir süre bekledikten sonra müdafii gelmezse, onsuz ifadesinin alınmasının öngörülmesi de CMUK m.136/son hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Yasanın engellenemez ve kısıtlanamaz şeklinde tanıdığı bir hakkı, yönetmeliğin kısıtlaması mümkün ve meşru değildir.

Üçüncü olarak, yönetmeliğin, müdafinin dava dosyasını inceleme hakkı bakımından bu hakkın kısıtlanmasına savcayı yetkili görmesi de, CMUK m.143'deki açık düzenleme karşısında kabul edilemez. Bu yönüyle de yönetmelik yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü yasaya göre bu hakkın kısıtlanması sadece hazırlık soruşturması aşamasında ve ancak soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği gerekçesiyle sulh hakimi

kararıyla mümkündür. Savcının yetkisi, sadece buna ilişkin talebi sulh hakimine iletmekten ibarettir.

Yönetmeliğin bu eksiklik ve yanlışlıkları yanında getirdiği önemli hükümler de elbette bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 6.maddenin 5. fıkrasındaki hakların öğretilmesinin zamanlamasıyla ilgilidir. Gerçekten CMUK m.135, kolluğun sanığı hakları konusunda aydınlatma yükümlülüğünü onunla ilk temas anında değil, ifade alma sırasında öngörmüştü. Yönetmelik bu hükmüyle, yakalanma sırasında, hem de suç ayrımı gözetmeksizin, yakalanan sanığa yakalanma nedeni, susma ve müdafiden yararlanma ve yakalandığını yakınlarına duyurabilme haklarının kolluk tarafından öğretilmesi yükümünü getirmiştir. Bu düzenlemenin CMUK' u aştığını ancak, anayasal çerçevede kaldığını tespit etmemiz gerekiyor. Fakat, bu düzenlemedeki “suç ayrımı gözetilmeksizin” kaydının önemli olmakla birlikte, 3842 sayılı kanunun 31 ve DGMKYUK' nun 16.maddeleri dikkate alındığında anlamsız kaldığını da ifade etmeliyiz. Yapılması gereken, haklara sahip olmak bakımından sanık ayrımını yasal çerçevede ortadan kaldırmaktır.

Yönetmeliğin diğer bir önemli yönünü de, küçükler bakımından yakalama ve ifade alma işlemlerini çok iyi bir şekilde düzenlemesi olmuştur (Yönetmelik m,18). Ayrıca 26.maddesindeki masumluk karinesine saygı ve hazırlık soruşturmasının gizliliğine verdiği anlamın da olumlu olduğunu belirtmeliyiz.

ŞAHİTLİĞİN GEÇERLİLİK ŞARTLARININ ÖNCEKİ HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

I. GİRİŞ

Bu çalışmamızda, önceki hukukumuzda bir delil türü olan şahitliğin davaya uygunluğunu ve şahitler hakkında yapılan güvenilirlik soruşturmasını inceleyeceğiz¹. Konuyu, şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi, şahitlik yapma usulü, şahitliğin davaya uygunluğu, şahitlerin ifadelerinde tutarsızlık ve şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması yapılması başlıkları altında ele alacağız.

II. ŞAHİTLİĞİN MAHKEME TARAFINDAN KABUL EDİLMESİ

Şahitlerde aranan şartlar mevcut olsa bile, her şahitlik beyanı mahkemede delil olarak kabul edilemez. Bunun için, önceden dava açılması, açık gerçeğe ve herkesçe bilinen hususlara aykırı olmaması, çelişkili olmaması ve davayı ispat için yapılması şartları aranmaktadır.

A. Önceden Dava Açılması

Özel hukukla (hukûk-ı ibâd) ilgili davalarda şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi için şahitlikten önce davanın açılmış olması gereklidir². Çünkü şahitlik, davacının iddiasını doğru çıkarmak için yapılır ve onun iddiası da ancak kendisinin veya vekilinin dava açmasıyla

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Bu konu ile bağlantılı olarak bkz. ŞEN, Murat: "Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı", A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı, C. II, S. 1, Erzincan 1998, s. 283-312.

² KESKİOĞLU, Osman: Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara 1988, s. 253; KARAMAN, Hayreddin: Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1987, s. 335; CİN, Halil /AKGÜNDÜZ, Ahmet : Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990, s. 410.

gerçekleşir. Bu husus Mecelle'nin 1696'ncı maddesinde "*hukuk-u nâsa şehadette sebk-i dava şarttır*" denilerek belirtilmiş bulunmaktadır.

Kamu hukukunda (hukûkullah) ise, kural olarak, şahitlikte bulunmak için dava açmış olmak şartı aranmaz. Çünkü, bu gruba giren hakları dava etmek herkesin görevidir. Her müslüman bu hususta hasım sayılacağından, dava hükmen mevcut kabul edilir³. Bunlar, boşama, süt emme ve benzeri kamuyu ilgilendiren ve yasaklayıcı hal meydana getiren hususlar (esbab-ı hurumât)⁴, kamuyu ilgilendiren vakıf davaları⁵ ve had cezalarına sebep olan hususlar (esbab-ı hudud)⁶ dır. Buna göre, boşandıkları halde beraberliklerini sürdüren karı koca, vakıf olan bir yerin gasbedilmesi ve bir müslümanın içki içmesi gibi olaylarda şahitlikte bulunabilmek için davanın açılmasına gerek yoktur, dava hükmen açılmış kabul edilir⁷. Bu gibi kamuyu ilgilendiren durumlarda, dava açılması şartı aranmadan mecburi olarak yapılması gereken şahitliğe şehadet-i hisbe adı verilir⁸.

³ BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. VIII, İstanbul 1985, s. 127; Ali HAYDAR, Hoca Eminefendizâde: Düreru'l-Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm, C. IV, İstanbul 1330, s.442; KESKİOĞLU, s. 253; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

⁴ Talâk, ilâ ve zihar gibi yasaklayıcı bir durum meydana getiren hususlarda şahitlikte bulunmak için de dava açılmasına gerek yoktur. Bu durumda da şehadet-i hisbe söz konusudur. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410. Örneğin, iki şahitin hâkimin huzurunda "şu kişi burada bulunmayan eşini üç talâk ile boşadı" diye şahitlikte bulunması durumunda bu şahitlikleri geçerlidir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 443.

⁵ İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre, fakirlere ve mescide yapılan vakıflar hususunda şahitlikte bulunabilmek için dava açılması şartı aranmaz. Ebû Hanife'ye göre ise, bu konuda yapılacak şahitlik dava açılmadan geçerli olmaz. BİLMEN, C. VIII, s. 127.

⁶ Hırsızlık ve zina iftirası dışındaki had davalarında şahitlikte bulunmak için dava açılmış olması şartı aranmamaktadır. Buna göre, zina, sarhoşluk, yol kesme gibi had suçlarında şahitlikte bulunabilmek için dava açılması şartı aranmayıp davanın hükmen var olduğu kabul edilir. BİLMEN, C. VIII, s. 127.

⁷ KASANİ, Alaüddin Muhammed bin Mes'ud: Bedaiü's-Sanâi Fi Tertîbi's-Şerâi, C. VI, Beyrut 1974, s. 277.

⁸ ATAR, Fahrettin : İslâm Adliye Teşkilâtı, Ankara 1991, s.196; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410; BİLMEN, C. VIII, s. 127.

B. Açık Gerçeğe Aykırı Olmama

Şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi için gerekli olan diğer bir şart, şahitlik yapılan hususun açık gerçeğe aykırı olmamasıdır. Bu husus Mecelle'nin 1696 nci maddesinde hükme bağlanmıştır: “*Mahsusun hilafına ikame olunan beyyine makbul olmaz. Mesela bir kimsenin berhayat veya bir hanenin mamur olduğu müşahed iken ol kimesnenin vefat eylediğine yahut ol hanenin harab olduğuna beyyine ikame olunsa makbul ve muteber olmaz*”. Maddedeki mahsus sözcüğü, duyu organlarıyla anlaşılan bir şey anlamında olup, mahsusun hilafına olarak şahitlik, başka bir ifadeyle gerçek dışı şahitlik ise, duyu organlarıyla bilinen bir şeye aykırı şahitlik demektir. Dolayısıyla, gerçek dışı yapılan şahitlik o konuda tevâtür bile olsa geçerli değildir. Bir kimsenin hayatta olduğu veya bir evin sağlam ve oturulabilir durumda bulunduğu ortadayken, adamın öldüğüne veya evin yıkılmış olduğuna dair yapılan şahitlik geçerli olmaz. Aynen bunun gibi, beş litrelik bir yağ kabının içindeki yağın on litresinin davacıya ait olduğuna dair yapılan şahitlik de bu prensip gereği mahkemece kabul edilmez⁹.

C. Herkesce Bilinen Hususlara Aykırı Olmama

Şahit beyanının mahkemede delil olarak kabul edilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, şahitlik yapılan konunun herkesce bilinen hususlara aykırı olmamasıdır. Mecelle'nin 1698'inci maddesi, “*mütevâtirin hilafına ikame olunan beyyine kabul olunmaz*” demek suretiyle, herkesçe bilinen hususlara (mütevâtire) aykırı olarak yapılan şahitliğin mahkemece kabul edilmeyeceğini düzenlemiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, tevâtür Mecelle m. 1733'e göre kesin bilgi ifade eder. Dolayısıyla buna aykırı olarak yapılan bir şahitlik, sırf yalan olacağından kabul edilmez. Örneğin, bir kimsenin belirli bir tarihte belli bir yerde bulunduğu tevatüren sabit iken yani herkes tarafından biliniyorken, o kimsenin aynı tarihte başka bir yerde bulunduğu dair yapılan şahitlik mahkemece kabul edilmez¹⁰.

Her iki taraf da kendi iddiasına, tevâtür halinde sandığı şahitler getirirse, hâkim yapacağı tetkik sonucunda hangi tarafın şahitlerinin tevâtür

⁹ Hacı Reşid PAŞA: Ruh'ul Mecelle, C. VIII, İstanbul 1328, s. 40; KESKİOĞLU, s. 253; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410; Ali HAYDAR, C. IV, s. 443-444; BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 128.

şartlarını taşıdığına kanaat ederse onu esas alarak kararını verir. Eğer iki tarafın da şahitleri tevâtür şartlarını taşımıyorsa, şahitlikleri normal bir şahitlik hükmünde kabul edilir¹¹.

D. Çelişkili Olmama

Şahit beyanının mahkemede delil olarak kabul edilmesi için çelişkili olmaması şartı da aranır. Şahitlik beyanlarında çelişki (tenâkuz) bulunmamalıdır¹². Mecelle m. 80 hükmü bu hususu âmirdir: "*Tenâkuz ile hüccet kalmaz, lâkin mütenâkızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez. Meselâ, şahidler şahadetlerinden rucu ile tenâkuz ettiklerinde şahadetleri hüccet olmaz, lâkin evvelki şahadetleri üzerine kadı hükmetmiş ise bu hüküm dahi bozulamayıp mahkûmun-bihi şahidlerin tazmin etmesi lâzım gelir*". Buna göre, şahitlikte bulunduktan sonra henüz hüküm verilmeden hâkimin huzurunda şahitliklerinden tamamen veya kısmen rucu ederlerse şahadetleri hiç yapılmamış gibi olur. Bu açıdan, bir kimse, "şu Zeyd'indir" diye itiraf ettikten sonra "Amr'ındır", diye şahitlik etse kabul edilmez¹³.

E. Davayı İspat İçin Yapılma

Şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi için gerekli olan son şart ise, şahitliğin davayı ispat için yapılmasıdır. Mecelle m. 1699'da, "*Beyyine bir hakkı izhar için meşru kılınmıştır. Binaenaleyh filan kimse o işi işlemedi ve filan şey filan kimesnenin değildir ve filanın filana borcu yoktur gibi nefy-i sırfa şahadet makbul olmaz. Fakat nefy-i mütevatir beyyinesi makbuldür*" denilerek, şahitliğin bir hakkı ortaya çıkarmak için yapılabileceği, yoksa bir şeyin olmadığı veya meydana gelmediği (nefy-i sırfa) şeklinde sadece red için şahitlik yapılamayacağı¹⁴ belirtilmiştir¹⁵. Dolayısıyla bir kimsenin bir şeyi yapmadığı veya birinin diğerine borcu

¹¹ Ali HAYDAR, C. IV, s. 444; Reşid PAŞA, s. 41; BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹² CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

¹³ BAYINDIR, Abdülaziz: İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Dev-ri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 169; Ali HAYDAR, C. I, s. 171-173; BİLMEN, C. VIII, s. 160.

¹⁴ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

¹⁵ Günümüz ceza yargılama hukukunda da, delillerin ve dolayısıyla şahitliğin ancak ispata ihtiyaç duyulan hususlarda gerekli olduğu belirtilmektedir. KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. B., İstanbul 1986, s. 545.

olmadığı gibi konularda yapılan şahitlik kabul edilmez. Fakat, bir şeyin olmadığı yolundaki tevâtür delili kabul edilir¹⁶. Örneğin, bir kimse, "falan kimseye, falan vakit, falan yerde şu kadar meblağ borç verdim" diye dava açsa da, o kimsenin, o vakit, orada olmayıp başka bir yerde olduğu tevâtür yoluyla sabit olsa, bu tevâtür beyyinesi kabul edilir ve davacının davası dinlenmez¹⁷. Çünkü tevâtür ispatta delil olduğu gibi nefiyde de delil olarak kabul edilir¹⁸.

III. ŞAHİTLİK YAPMA USULÜ

Mahkemede şahitlik yapmak için bir takım hususlara dikkat edilmesi gerekir. Bunlar, şahitin kullanacağı sözlerdeki şekil özelliklerine dikkat etmesi, tarafların kim olduğu belirtmesi ve dava konusunun belirtilmesidir.

A. Kullanılacak Sözlerde Şekil Özellikleri

Şahitin şahitliğinin kabulü için "şahitlik ederim, şehâdet ederim" ifadesini kullanması şarttır¹⁹. Şahit "şehâdet ederim" demeyip de yalnız, "falan hususu böyle bilirim", "haber veririm" veya "bunun böyle olduğuna yakînim vardır" gibi ifadeler kullanırsa şahitlikte bulunmuş olmaz. Fakat böyle demesi üzerine hâkim "böyle şehâdet eder misin" diye sorarsa ve o da "evet, böyle şehâdet ederim" derse, şahitlik yapılmış olur²⁰. Mecelle m. 1689 "*şahid eğer şehadet ederim demeyip de yalnız filan hususu böyle biliyorum yahut haber veririm demiş olsa eda-i şehadet eylemiş olmaz. Fakat anın üzerine hâkim ana böyle şehadet eder misin deyu sual edip de o dahi evet*

¹⁶ SERAHSİ, Ebû Bekir Muhammed bin Ebî Sehl: El-Mebsut, C. XVI, Beyrut 1989, s. 148-149; BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹⁷ Mecelle m. 1699/II. (Mecelle'nin metni için bkz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: İstanbul 1305; BERKİ, Ali Himmet : Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990).

¹⁸ BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹⁹ MAVSİLİ, Ebû El-Fazl Mecdu'd-din: El-İhtiyar Metni el-Muhtar lil-Fetva Ter-cemesi, İmam-ı A'zamın İçtihat ve Görüşleri, Çev. Celal Yeniçeri, İstanbul 1978, s. 136; KASANİ, C. VI, s. 273; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

²⁰ Bu Ebû Yusufun görüşü olup Mecelle'ye alınmıştır. Her şahitin "şehadet edirim" ifadesinin şahitliğin rüknü olduğunu, dolayısıyla da söylemesi gerektiğini bilemeyeceği düşüncesinden hareketle, hâkimin sorusuna olumlu cevap vermesinin şahitlikte bulunma olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bkz. Reşid PAŞA, s. 34; Ali HAYDAR, C. IV, s. 425; BİLMEN, C. VIII, s. 142.

böyle şehadet ederim dedikte ifa-yı şehadet etmiş olur" diyerek bu hususu açıklığa kavuşturmuştur.

Şahitlikte bulunmak için "şahitlik ederim" ifadesinin şart koşulmuş olması, konu ile ilgili nasların bu kelime ile vârid olmuş olmasından dolaydır. Bilindiği gibi davacının da, şahitlerin de yalancı olma ihtimallerinin bulunmasına rağmen, şahitlerin verdiği ifadeye dayanarak karar veren hâkimin hükmü kesindir. Dolayısıyla, o hükmün dayanağı olan şahitliğin de kesin bilgi ifade edecek kuvvette olması gerekir. Bu sebeple, mahkemede şahitliğin delil olabilmesi için, nasların geliş şekline uygun olarak yapılması şart koşulmuştur.

Mecelle m. 1689/II'e göre, bilirkişilerin haberlerinde şehadet ifadesinin kullanılması ise şart değildir: "*ve eğerçi ehli hibrenin ihbarı gibi mücerred tahkik ve istikşaf-ı hal için vaki olan ifadatta şehadet lafzı şart değildir, ancak bunlar şehadet-i şer'iyeye olmayıp mücerred ihbar kabilindedir.* Dolayısıyla, suyun temizliğinin, Ramazan hilalinin görülmesinin ve bir yazının bir kişiye ait olup olmadığının haber verilmesi durumunda, şehadet ifadesine gerek kalmadan şahitlik geçerlidir²¹. Bu husus, esasen şahitlikten daha çok bir rapor tanzimini hatırlatmaktadır.

B. Tarafların Kim Olduğunun Belirtilmesi

Şahitin ifadesini verirken, eğer oradaysa, taraflara ve dava konusu olan şeye eliyle işaret etmesi gerekir. Bu sayede, şahitin kim için, kimin aleyhinde ve hangi konuda şahitlikte bulunduğu kesin olarak anlaşılmış olur: "*meşhûdünleh ve meşhûdünaleyh ve meşhûdünbih hazırsalar şahid şehadet ederken üçüne dahi işaret eder. Ve anın bu veçhile işareti kifayet eder. Meşhûdünleh ile meşhûdünaleyhin baba ve dedelerinin isimlerini zikreylemesi lazım gelmez*" (Mecelle m. 1690). Bu halde, dava konusunun tarif edilmesine ve davacı ile davalının ve bunların baba ve dedelerinin isimlerinin söylemesine gerek kalmamaktadır. Hatta böyle bir durumda şahitler, davacı ve davalının isimlerini bilmeseler bile, bu yaptıkları şahitlik geçerlidir²².

Mecelle m. 1690/II'ye göre, "*Amma gaib olan müvekkile yahut müteveffaya dair olan şehadette şahid anların baba ve dedelerinin isimlerini zikretmek lazımdır. Fakat meşhur ve maruf olan bir kimse ise şahid anın*

²¹ BİLMEN, C. VIII, s. 142.

²² Ali HAYDAR, C. IV, s. 426-427; BİLMEN, C. VIII, s. 142;.

yalnız isim ve şöhretini zikretmek kafidir. Zira maksad-ı aslî anı sairinden temyiz edecek veçhile tarifdir". Buna göre, taraflardan biri mahkemede vekil tarafından temsil edilse veya dava, ölmüş bir kişiye ait olsa, şahit, müvekkil ve ölünün baba ve dedelerinin isimlerini belirtmelidir. Fakat, meşhur ve tanınmış bir kimse ise isim ve şöhretini söylemek yeterlidir²³.

C. Dava Konusunu Belirtme Zorunluluğu

Şahitin dava konusunu bildiğinin tam olarak anlaşılabilmesi için, onu yeterince tarif etmesi veya yerinde göstermesi gerekir. Bu, dava türüne göre değişir.

1. Taşınmaz Mal Davası

Bir taşınmaz mal dava konusu olduğunda, şahitler o taşınmaz malın bulunduğu şehir, köy, mahalle veya sokağı açıklamak suretiyle yerini belirtirler. Dört veya üç taraftan sınırlarını ve bu sınırları çevreleyen taşınmazların sahiplerini baba ve dedelerinin isimleriyle birlikte söylerler. Ancak meşhur ve tanınmış bir kişinin yalnızca isim ve şöhretini söylemek yeterli olup baba ve dedesinin isimlerini belirtmeye gerek yoktur. Bu husus Mecelle m. 1623'de "*müddeabih akar ise hîn-i dava ve şehadette beldesi ve karyesi veya mahallesi ve sokağı ve hudud-ı arbaası yahut selasesi ve hududunun sahipleri varsa anların baba ve dedelerinin isimleri zikrolunmak lazımdır. Fakat meşhur ve maruf olan adamın yalnız isim ve şöhretini zikretmek kafidir. Baba ve dedelerinin isimlerini zikre hacet yoktur*" denilmek suretiyle açıklanmıştır. Eğer o taşınmaz, meşhur bir yer olup, bilinmesi için sınırlarını söylemeye gerek yoksa, o takdirde sınırlarının açıklanması gerekmez: "*Ol akar eğer şöhretine mebni tahditten müstağni ise gerek davada ve gerek şehadette hududunun beyanı şart değildir*" (Mecelle m. 1623/II).

Bu şekilde sınırları belirtilen bir taşınmaz için şahitlikte bulunanlara, "o taşınmazın bulunduğu yere varsanız orayı bilebilir misiniz?" diye sorulmuş olsa ve onlar da "bilemeyiz" deseler bile, bu, şahitliklerine bir zarar vermez. Çünkü, sınırların belirtilmesiyle dava konusu olan taşınmaz bilinmiş olduğundan bu hususta başka bir bilgiye ihtiyaç kalmamıştır²⁴.

Şahitlikte bulunacak kişi, dava konusu olan taşınmazın sınırlarını belirtmeyip de orayı yerinde gösterebileceğini söylerse, yerine gidilerek

²³ Reşid PAŞA, s. 35; BİLMEN, C. VIII, s. 142; Ali HAYDAR, C. IV, s. 427-428.

²⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 429.

şahitin taşınmazı göstermesi sağlanır. Şahitlerin, taşınmazın sınırlarını gösterdikten sonra, sınır komşularının isimlerini bilmemeleri durumunda bile şahitlikleri geçerli olur: "*akara dair olan şهادette hududunun beyanı lazımdır. Fakat şahid eğer meşhûdünbih olan akarın hududunu zikretmeyip de mahallinde tayin ve irae edebileceğini beyan eylerse mahalline gidilip irae ettirilir*" (Mecelle m. 1691).

Davacının, bir senet göstererek "bu senette sınırları yazılı bulunan gayrimenkul benim mülkumdür" diye dava açması ve şahitlerin de buna olumlu karşılık vermesi durumunda şahitlikleri geçerlidir. Ayrıca sınırları belirtmelerine gerek yoktur: "... müddeî senedindeki hududa istinad ile dava ettiği takdirde şahidler dahi bu senette hududu muharrer olan akar anın mülküdür deyu şهادet etseler sahih olur" (Mecelle m.1692).

2. Alacak Davası

Bir kimse, başkasından alacağı için dava açarsa ve şahitler de "davalının davacıya o kadar borcu olduğuna" şahitlik ederlerse bu yeterlidir; borcun hâlâ devam etmekte olup olmadığını sormaya gerek yoktur²⁵. Fakat davalı, "borcun hâlâ zimmetimde devam ettiğini biliyor musunuz?" diye sorsa, şahitler de "hâlâ devam ettiğini bilmeyiz" diye cevap verseler şahitlikleri kabul edilmez. Fakat davalının sorduğu bu soruyu hâkim soramaz. Çünkü şahit, bilmem derse hakkın zayi olmasına sebep olmuş olur²⁶. Mecelle bu hususu m. 1695'de "*Bir kimse diğer kimesneden alacak dava ettikde şahidler eğer ol kumsenin müddeiye ol miktar deyni olduğuna şهادet etseler kifayet eder. Fakat hasmı hâlâ deynin bakasından sual edip de hâlâ bakasını bilmeyiz deseler şهادetleri reddolunur*" diyerek belirtmiştir.

3. Ölü İle İlgili Davalarda Dava Konusu

Ölü ile ilgili davalar, veraset (mirasçılık) davası, ölünün malı veya alacağı ile ilgili davalar ve terekeden alacak davalarıdır.

a. Veraset Davası

Bir kimse bir şahsa mirasçı olduğunu ispat için dava açmışsa, bu durumda şahitler bir takım hususları söylemek zorundadırlar. Bunlar,

²⁵ Ali HAYDAR, C. IV, s. 438.

²⁶ BİLMEN, C. VIII, s. 144.

davacının ölüye mirasçı olduğu ve bu mirasçılığın sebebi²⁷; davacı ile ölü, bir babada birleşinceye kadar aradaki vasıtalar²⁸; ölünün, davacıyla birlikte diğer mirasçıları²⁹; ve kendilerinin ölünün sağlığında hayatta olduklarıdır³⁰. Bunları söylemedikleri takdirde şahitlikleri kabul edilmez. Ancak, ölünün ismini söylemeleri şart değildir³¹.

b. Ölünün Malı veya Alacağı ile İlgili Dava

Bir kimsenin, mûrisinin bir şahısta olan alacağı veya malı için dava açması durumunda, şahitlerin dava konusuna şahitlikte bulunmaları yeterli olur; alacağın veya malın mirasçılara miras yoluyla intikal ettiğinin belirtilmesine gerek yoktur: "*Bir kimse murisinin diğer kimesne zimmetinde şu kadar kuruş alacağı olduğunu dava ettikde şahidler eğer müteveffanın ol kimesnede ol miktar alacağı olduğuna şehadet etseler kifayet eder, veresesine mevrus olmuştur deyu tasriha hacet yoktur. Deyn yerine ayn iddia olduğuna suretde yani ol kimesne yedinde murisin bir mal-ı muayyeni bulunduğu iddia olundukda dahi hüküm yine bu veçhiledir*" (Mecelle m. 1693)³².

²⁷ "Davacı ölünün oğludur veya ana baba bir kardeşidir ve mirasçısıdır" demeleri gibi.

²⁸ Meselâ, "bu davacı ile ölünün babaları Zeyd, anaları da Fatma'dır. Bu sebeple bunlar ana-baba bir kardeşdirler" denilmesi gibi.

²⁹ Şâyet şahitler, "bu davacı ölünün oğludur ve mirasçısıdır" diye şehâdet edip de, "bundan başka mirasçısı yoktur" demezlerse hâkim televvümde bulunur. Yani, bir müddet başka mirasçıların çıkıp çıkmayacağını bekler. Başka mirasçısı çıkmazsa terekeyi davacıya verir. Bu müddet Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre bir sene, diğer bazı fukahaya göre hâkimin takdirine bırakılmıştır.

³⁰ Ali HAYDAR, C. IV, s. 433-434; BİLMEN, C. VIII, s. 144-145.

³¹ Meselâ, "bu davacı o ölünün babası ve mirasçısıdır" demeleri de yeterli olur.

³² Mecelle'nin tercih ettiği bu görüş, Ebû Yûsuf'a aittir. Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise, bu şahitliğin geçerli olması için şahitlerin, "falan vefat edip dava konusu olan bu malı davacıya şu sebeple, meselâ oğlu olması sebebiyle miras olarak bırakmıştır" demeleri lâzımdır. Şâhitlerin bu ifadelerine "cerr-i sarîh" denir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 432-433; Reşid PAŞA, s. 37; BİLMEN, C. VIII, s. 143.

Şâhitlerin sadece, "bu mal, ölünün vefatı sırasında mülkü idi veya onun elindeydi veya onun yerine geçen kiracısı yahut emanetçisi gibi bir şahsın elinde idi" diye şahitlik etmeleri de yeterlidir. Buna da "cerr-i hükmî, cerr-i zarûrî" denilir. BİLMEN, C. VIII, s. 143.

c. Terekeden Alacak Davası

Bir kimsenin terekeden belli bir miktar alacağı için dava açması durumunda, şahitlerin, ölünün o kimseye o kadar borcu olduğuna³³ şahitlik etmeleri yeterlidir. Ayrıca, ölümüne kadar borcun devam ettiğini açıklamalarına gerek yoktur. Borç yerine, terekeden bir mal iddia olduğunda, yani, davacının ölüde kendine ait bir malın olduğunu iddia etmesi durumunda da hüküm böyledir: "*Bir kimse terekeden şu kadar kuruş alacak dava ettikde şahitler eğer müteveffanın ol kimseye o kadar deyni olduğuna şahadet etseler kifayet eder; vefatına kadar zimmetinde bâki idi diye tasrihe hacet yoktur. Deyn yerine ayn iddia olunduğu surette yani ol kimse müteveffanın yedinde kendisinin bir mal-ı muayyeni olduğunu dava ettikde dahi hal bu minval üzredir*" (Mecelle m. 1694).

IV. ŞAHİTLİĞİN DAVAYA UYGUNLUĞU

Yapılan şahitliğin geçerli olabilmesi için davaya uygun olması ve şahitlerin ifadelerinin birbirini tutması gerekir³⁴. Şahitliğin davaya uygun olması, ancak belirtilmesi gerekli olan hususlarda aranır. Yoksa belirtilmesi gerekli olmayan hususlarda, şahitlerin ifadelerinde fazlalık veya noksanlık olması şahitliğin kabulüne engel değildir³⁵: "*şahadet eğer davaya muvafık ise kabul olunur. Değil ise kabul olunmaz*" (Mecelle m.1706).

Özel hukuk (hukuk-ı ibâd) ile ilgili davalarda, şahitliğin davaya uygunluğu arandığı halde, kamu hukuku (hukukullah) ile ilgili davalarda, şahitliğin davaya uygunluğu şartı aranmamaktadır³⁶. Özel hukuk davalarında şahitlik, davacının iddiasının doğruluğunu ispat için yapılır³⁷. Dava ile şahitlik arasında bir uygunluk olmayınca, yapılan şahitlikle o davayı ispat

³³ Fakat şahitler, "ölünün o kadar borcu vardı" gibi bir ifadeyle şahitlikte bulunsalar şahitlikleri kabul olunmaz. Şahitliklerinin kabul olunması için "vardır" demeleri gerekir. Bkz. BİLMEN, C. VIII, s. 143; Ali HAYDAR, C. IV, s. 435.

³⁴ HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 137; BİLMEN, C. VIII, s. 137.

³⁵ Örneğin, davacı, bir şahsa falan yerde ve zamanda şu kadar miktar para emanet ve teslim etmiş olduğunu iddia etse, şahitler de yalnız o kadar miktar para emanet ve teslim ettiğine şahitlik edip yeri ve zamanı bilmeseler şahitlikleri kabul olunur. BİLMEN, C. VIII, s. 137.

³⁶ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; Reşid PAŞA, s. 54; Ali HAYDAR, C. IV, s. 467; BİLMEN, C. VIII, s. 136-137.

³⁷ BAYINDIR, s. 174.

etmek mümkün olmaz. Kamu hukukunda ise, dava açılmış olmasıyla olmaması arasında bir fark olmadığı gibi, şahitlerin davaya uygunluğu şartı da aranmamaktadır³⁸.

Mecelle'nin 1707 nci maddesinde "*şehadetin davaya muvafakati ya ana tamamıyla mutabakatı veyahut meşhûdünbihin müddeabihden ekal olması suretidir*" hükmü getirilmiştir. Buna göre, şahitliğin davaya uygunluğu, ya tam uygunlukla ya da şahitlikle ispat olunacak hakkın dava konusundan daha az olması ile mümkün olabilir³⁹. Şu halde, şahitliğin davaya uygunluğu, ya tam uygunluk ya anlam yönünden uygunluk ya da miktar yönünden uygunluk olmak üzere üç türlü olabilir.

A. Tam Uygunluk

Dava konusu alacak veya mülkiyet ise, bunun sebebi konusunda yapılan şahitliklerde, aralarında tam bir uygunluk bulunması gereklidir.

Alacağın sebebinde davaya aykırı olarak yapılan şahitlik, kabul edilmez. Bu hususu Mecelle m. 1711 "*şehadet eğer deynin sebebinde davaya muhalif olursa makbul olmaz*" diyerek belirtmiştir. Örneğin, davacı, satılan malın bedeli olarak yüzbin liralık alacak davası açsa, eğer şahitler davalının ödünç sebebiyle yüzbin lira borcu olduğunu belirtirlerse bu alacağın sebebine tam uygun olmadığı için kabul edilemez⁴⁰.

Aynı şekilde, mülkiyetin sebebinde davaya uygun olmayan bir şahitlik söz konusu ise, bu da geçerli değildir. Örneğin, davacı, "bu mülk bana babamdan miras kalmıştır" diye dava açsa, şahitler de, mülkün anasından miras kaldığını belirtse şahitlikleri davaya uygun olmadığı için kabul edilmez⁴¹. Mutlak mülkiyete ait bir davada şahitler, mukayyed (sebebe dayalı) mülkiyete şahitlikte bulunsalar şahitlikleri geçerli sayılır. Örneğin, davacının "şu bağ benim mülkümdür" şeklinde mutlak mülkiyet davası açması durumunda şahitler, "davacı bu bağı filandan satın aldı" gibi sebebe dayalı mülkiyete (mukayyed mülkiyete) şahitlikte bulunurlarsa bu şahitlik geçerlidir⁴²: "*Müddei mesela şü bağ benim mülkümdür deyu mülk-i mutlak davası edip de şahitler müddei bu bağı filandan satın aldı deyu mülk-i*

³⁸ BİLMEN, C. VIII, s. 136.

³⁹ HEFFENING, s. 282.

⁴⁰ Mecelle m. 1711/II; Reşid PAŞA, s. 60; BİLMEN, C. VIII, s. 137.

⁴¹ Mecelle m. 1711/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 471, 473; BİLMEN, C. VIII, s. 140.

⁴² BİLMEN, C. VIII, s. 139; Ali HAYDAR, C. IV, s. 478.

mukayyede şehadet etseler kabul olunur" (Mecelle m. 1709). Ancak, sebebe dayalı mülkiyet davasında şahitlerin, mutlak mülkiyete şahitlikte bulunmaları durumunda şahitlikleri kabul edilmez: "*Müddei bir bağda mülk-i mukayyed davası ettiği surette nazar olunur. Eğer bâyiini zikretmeyerek "satın aldım" yahut mübhem olarak "bir adamdan satın aldım" derse mülk-i mutlak hükmünde olmakla şahitler "bu bağ onun mülküdür" deyu mülk-i mutlaka şehadet etseler kabul olunur. Amma "filan adamdan satın aldım" deyu bâyiini tasrih edip de şahitleri mülk-i mutlaka şehadet etseler kabul olunmaz*" (Mecelle m. 1710).

Fakat dava konusu mal değil de borç ise, bunun mutlak olması ile mukayyed (sebebe bağlı) olması arasında fark yoktur. Bu açıdan mutlak alacağa şahitlik kabul edilir. Örneğin, davacı, "benim bu kimseden, ödünç sebebiyle on altın alacağım var" diyerek mukayyed alacak davasında bulunsa, şahitler on altın alacağı olduğu şeklinde mutlak borca şahitlik etseler, bu, kabul edilir. Çünkü alacağın bir geliri söz konusu olamayacağından bu şahitlik daha fazlaya şahitlik sayılmaz⁴³.

B. Anlam Yönünden Uygunluk

Şahitliğin davaya anlam olarak uygun olması yeterli olup sözlere itibar edilmez. Bu hususu Mecelle m. 1706'da "*...lafza itibar olmayıp ma'nen muvafakat kafidir*" demek suretiyle belirtmiştir⁴⁴. Bilindiği gibi kural, itibarın maksat ve manaya olup lafız ve kelimelere olmamasıdır⁴⁵. Buna göre, emanet veya gasb davasında, şahitlerin davalının emaneti veya gasbı ikrar ettiğine şahitlik etmeleri yeterlidir. Aynı şekilde, borçlu borcunu ödediğini iddia eder, şahitler de alacaklının borçluyu ibra ettiğine şahitlik yaparlarsa, şahitlikleri anlam yönünden uygun olduğu için, geçerlidir⁴⁶.

C. Meşhudünbihin Müddeabihten Farklı Olması

1. Meşhudünbihin Müddeabihten Az Olması

Şahitliğin davaya uygunluğu, meşhudünbihin (şahitin belirttiği miktarın) müddeabihten (dava konusundan) az olmasıyla da söz konusu

⁴³ Ali HAYDAR, C. IV, s. 480.

⁴⁴ FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 5; MAVSİLİ, s. 137.

⁴⁵ Mecelle m. 3; Reşid PAŞA, s. 54; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 5.

⁴⁶ Mecelle m. 1706/II.

olabilir. Çünkü bu durumda şahitlerin şahitlik ettikleri miktar, bir yönüyle davacının davası kapsamına girmiş olur. Bu, Mecelle m. 1707'de, "*şehadetin davaya muvafakatı ... meşhûdünbihin müddeabihten ekal olması suretidir*" denilerek belirtilmiştir. Örneğin, davacı, "bu mal iki seneden beri benim mülkümüdür" diye iddia etse, şahitler ise bir seneden beri mülkü olduğuna şahitlik ederlerse şahitlikleri kabul edilir⁴⁷. Yine aynı şekilde, davacı bir milyon lira alacağı olduğunu iddia etse, şahitler de yarım milyon lira alacağı olduğunu belirtse, şahitlikleri belirttikleri miktar için kabul edilir⁴⁸.

2. Meşhûdünbihin Müddeabihten Çok Olması

Şahitin belirttiği miktar, dava konusundan fazla ise şahitliği kabul edilmez: "*müddeabih ekal olup da şahidler eksere şehadet eyleseler makbul olmaz, meğer ki şehadet ile dava beynindeki ihtilaf zaten kabil-i tevfiğ olup da müddei dahi anların beynini tevfiğ eylese ol halde şehadet kabul kılınır*" (Mecelle m.1708). Zira burada, şahitlerin yalancı olduğu ve âdil olmadığı tesbit edilmektedir⁴⁹. Böyle durumlarda şahitlik yapılacak husus ile dava konusu uyuşturulabilirse bu takdirde şahitlik kabul edilir⁵⁰. Davacı, bir malın iki seneden beri kendi mülkü olduğunu iddia ediyorsa, şahitler, o malın üç seneden beri davacının mülkü olduğuna şahitlik yaparlarsa şahitlikleri kabul edilmez. Aynı bunun gibi, davacının bir milyon lira iddia etmesine karşılık şahitler iki milyon liraya şahitlik ederlerse şahitlikleri geçerli değildir. Ancak davacı, "benim ondan alacağım aslında iki milyon liraydı fakat bir milyonunu almıştım. Şahitler orasını bilmezler" şeklinde, dava ile şahitliğin arasını uyuşturursa, şahitlerin ifadeleri kabul olunur⁵¹.

V. ŞAHİTLERİN İFADELERİNDE TUTARSIZLIK

Yapılan şahitliğin kabul edilebilmesi için şahitlerin ifadelerinde tutarsızlık olmaması, iki şahitin ifadelerinin birbirini tutması gerekir. Dolayısıyla, şahitler meşhûdünbihde ihtilaf ederlerse şahitlikleri kabul edilmez. Çünkü böyle durumlarda davaya uygun olan şahitlik kabul, diğeri

⁴⁷ Mecelle m. 107/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 473; Reşid PAŞA, s. 55.

⁴⁸ HEFFENING, W. : Şâhid, İA., C. XI, MEB, İstanbul 1993, s. 282; BİLMEN, C. VIII, s. 138; Ali HAYDAR, C. IV, s. 473; Reşid PAŞA, s. 55; Mecelle m. 107/II.

⁴⁹ HEFFENING, s. 282-283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 475; Reşid PAŞA, s. 56.

⁵⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 138.

⁵¹ Mecelle m. 1708/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 476-477; BİLMEN, C. VIII, s. 138.

reddedildiği için, şahitlerin sayısı azalmış ve dolayısıyla gerekli oran sağlanmamış olur⁵².

Şahitlerin ifadelerindeki ihtilâf, ya meşhudünbihte ya da meşhudünbih ile ilgili bir şey de olabilir.

A. Meşhûdünbihte Tutarsızlık

Şahitlerin, şahitlik yaptıkları konuda ihtilâf etmeleri halinde şahitlikleri geçerli olmaz: "*şahidler meşhûdünbihde ihtilaf etseler şehadetleri makbul olmaz*" (Mecelle m. 1712). Örneğin, şahitlerden biri bir milyon liralık altın, diğeri bir milyon liralık gümüş mecediye diye şahitlikte bulursa, şahitlikleri meşhûdünbihte ihtilaf ettikleri için kabul edilmez⁵³.

Meşhudünbihteki ihtilâf, meşhûdünbih'in cinsinde, miktarında ve sebebinde olabilir.

1. Meşhûdünbihin Cinsinde

Meşhûdünbihin cinsindeki ihtilaf, akdin türünde veya malın cinsinde olmak üzere iki türlü olabilir. Bunlardan akdin türündeki ihtilâf, şahitlerden birinin satım akdine, diğerinise bağışa (hibe) şahitlik etmeleri durumunda kendini gösterir. Söz konusu iki akit de, şekil ve mânâ itibarıyla birbirinden farklı özelliklere sahip olduğu için, akdin türündeki bu ihtilaf, şahitliği geçersiz kılmaktadır⁵⁴. Malın cinsindeki ihtilaf ise, şahitlerden birinin ağırlık ölçüsüyle diğerinise hacim ölçüsüyle işlem gören bir mala şahitlik etmeleri durumunda⁵⁵ veya birinin altına, diğerinise gümüşe şahitlik etmesi halinde kendini gösterir. Bu tür ihtilaf da şahitliğe engeldir⁵⁶.

2. Meşhûdünbihin Miktarında

Mecelle m. 1715 "*dava-yı akidde şahidler bedelin miktarında ihtilaf etseler şehadetleri kabul olunmaz*" hükmünü getirerek, bey', icâre, rehin gibi akitten kaynaklanan davalarda şahitlerin, bedelin miktarında ihtilaf etmesi durumunda şahitliklerinin geçerli olmayacağını belirtmiştir. Örneğin,

⁵² KASANİ, C. VI, s. 278; Reşid PAŞA, s. 60-61; Ali HAYDAR, C. IV, s. 483; BİLMEN, C. VIII, s. 145.

⁵³ Mecelle m. 1712/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 486-487.

⁵⁴ BİLMEN, C. VIII, s. 146.

⁵⁵ KASANİ, C. VI, s. 278.

⁵⁶ Ali HAYDAR, C. IV, s. 486-487; BİLMEN, C. VIII, s. 146.

şahitlerden biri bir malın beşyüzbin liraya, diğeri üçyüzbin liraya satıldığına şahitlik yapsalar, şahitlikleri geçerli olmaz⁵⁷. Burada, bedellerin farklılığı akitlerin de farklılığını gerektirir ve bu durumda şahitlerin her biri ayrı bir akde şahitlikte bulunmuş olur ki böylece akitlerden hiç biri iki şahitle tesbit edilmiş olmaz⁵⁸.

3. Meşhûdünbihin Sebebinde

Meşhûdünbihin sebebindeki ihtilaf, mal ve borçta olmak üzere iki türlü olabilir.

Maldaki ihtilaf, şahitlerin mülkiyet davasında mülkiyetin sebebinde ihtilâf etmeleri durumudur. Bir kimsenin başkasının elinde olan ev için, "benimdir" diye dava açması ve şahitlerden birinin evin satınalma yoluyla, diğेरinin de bağış yoluyla o kişinin mülkü olduğuna şahitlik etmeleri durumunda, yapılan şahitlikler, şahitler sebepte ihtilafa düştüğü için geçersizdir. Yine, şahitlerden birinin "bu mal davacınıdır, onu filandan satın aldı", diğेरinin de "bu mal davacınıdır, babasından miras kaldı" demesi de bu duruma örnektir⁵⁹.

Borcun sebebindeki ihtilâf da, şahitliğin kabul edilmemesini gerektirir. Örneğin, davacının, "şu kimseden ödünçten (karzdan) dolayı bir milyon lira alacağım var" demesine karşılık, şahitlerden biri davacının davalıda bir milyon lira emaneti (vediası) olduğuna şahitlikte bulunsa, şahitliği kabul edilmez⁶⁰.

Şahitlerin, gasbedilmiş bir malın rengine yahut erkek veya dişi olmasında ihtilaf etmeleri durumunda şahitliklerinin kabul edilmeyeceğini Mecelle m. 1714 "*şahitler mal-ı mağsubun rengine yahut erkek veya dişi olmasında ihtilaf etseler şehadetleri kabul olunmaz*" diyerek belirtmiştir. Örneğin, gasbedilmiş bir hayvan hakkında şahitlerden biri kır at diğeri yağız at veya biri at diğeri kısrak diye şahitlikte bulunsa, şahitlikleri kabul edilmez. Çünkü bu durumda ne için şahitlik yaptıkları belli olmadığı için hâkim hükmünü veremez. Şahitler, hayvanın erkek mi dişi mi olduğunu açıklamak zorundadır çünkü cinsiyet konusundaki ihtilaf, bizzat

⁵⁷ Mecelle m. 1715/II; BİLMEN, C. VIII, s. 148; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411.

⁵⁸ KASANI, C. VI, s. 279; Reşid PAŞA, s. 67-68.

⁵⁹ HEFFENING, s. 283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 487.

⁶⁰ Ali HAYDAR, C. IV, s. 487.

meşhûdünbihteki ihtilaf gibidir⁶¹. Şahitler, gasbedilmiş bir hayvanın erkek veya dişi olduğunu açıklayıp da rengini açıklamazlar şahitliklerine bir zarar gelmez. Çünkü rengin belirtilmesi gerekli değildir⁶².

B. Şahitlerin Meşhûdünbih ile İlgili Bir Şeyde Tutarsızlığı

Şahitlerin meşhûdünbih ile ilgili sayılan bir şeyde ihtilaf etmeleri, meşhûdünbihin farklı kabul edilmesine sebep oluyorsa şahitliklerinin kabul edilmez. Aksi durumda ise şahitliklerine bir zarar gelmez: "*Şahitlerin meşhûdünbih'e müteallik olan şeyde ihtilafları meşhûdünbih'te ihtilaftı mucib olursa şهادتleri kabul olunmaz ve mucib olmazsa kabul olunur*" (Mecelle m. 1713). Meşhûdünbihte ihtilaf, zaman ve yer, olay ve ikrar konusunda ihtilaf olmak üzere iki şekilde olabilir.

1. Zaman ve Yer Konusundaki İhtilaf

Şahitlerin zaman ve yer konusundaki ihtilafları, meşhûdünbihin özelliğine göre değerlendirilir.

a. Fiilî Tasarruflarda

Mecelle'nin 1713 ncü maddesine göre "*...gasb ve ifa-yı deyn gibi sırf fiilden ibaret olan hususlarda şahidlerin biri bir zaman-ı muayyende veya mekan-ı muayyende fiile ve diğeri zaman-ı aharda ya mekan-ı aharda fiile şهادت eyleseler bu ihtilafları meşhûdünbihde ihtilaftı mucib olmakla şهادتleri kabul olunmaz*". Demek ki, bir şeyin gasbedilmesi yahut borcun ödenmesi gibi, bir fiilden ibaret olan tasarruflarda şahitlikte bulunanların, yapılan işin yer ve zamanı konusunda birbirleriyle ihtilaf etmeleri durumunda şahitlikleri kabul edilmez⁶³. Örneğin, şahitlerden biri, borcun belli bir yer ve zamanda ödendiğini, diğeri ise başka bir yer ve zamanda ödendiğini söylerse, bunlar iki ayrı borç ödeme fiiline şahit olmuş olacaklarından, şahitlikleri kabul edilmez. Nikâh gibi geçerlilik kazanması bir fiili duruma bağlı olan tasarruflara yapılan şahitlikte de durum aynıdır⁶⁴.

⁶¹ Mecelle m. 1714/II; BİLMEN, C. VIII, s. 147-148; Ali HAYDAR, C. IV, s. 495-496.

⁶² Reşid PAŞA, s. 67.

⁶³ HEFFENING, s. 283; BİLMEN, C. VIII, s. 147.

⁶⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 494-495.

b. Sözlü Tasarruflarda

Mecelle'nin 1713/II nci maddesi "*amma kavlı kabilinden olan bey' ve şira ve icare ve kefalet ve havale ve hibe ve rehin ve deyn ve karz ve ibra ve vasiyyet hususlarında şahitlerin zaman ve mekanda ihtilafları meşhûdünbihde ihtilafı mucib olmamakla şهادetlerinin kabulüne mani olmaz*" hükmünü getirmektedir. Buna göre, alım-satım, kira, kefalet, havale, bağış, borç ödünç, ibra ve vasiyet gibi sırf sözle olan tasarruflara, ki, bunlara hukuki işlem adı verilir, şahitlikte bulunan kişilerin, yer ve zaman konusunda farklı ifadelerde bulunmaları şahitliklerine bir zarar vermez. Örneğin, biri diğèrinin elinde olan bir mal için "sen bu malı bana bir milyon liraya satmıştın, onu bana teslim et" diye dava açsa, şahitlerden biri, malı falan evde satmıştı, diğèri falan dükkanda satmıştı, şeklinde ifade verseler bunun şahitliklerine bir zararı olmaz. Çünkü satım akdi sözlü bir tasarruftur ve tarafların bunu bir kere evde bir kere de dükkanda yapmış olmaları mümkündür⁶⁵.

2. Şahitlerin Olay ve İkrara Şahit Olmaları

Şahitlerden birinin olaya (inşa), diğèrinin de o konuda yapılmış ikrar ve itirafa şahit olmaları durumunda, ihtilaf, tasarrufun fiili ve sözlü tasarruf olmasına göre farklı çözümlenir.

a. Fiili Tasarruflarda

İkrar, sadece söylenmiş bir sözden ibaret olduğu halde, olay (inşa) çoğu zaman bir fiilden ibarettir. Ancak, sözle fiilin birleştėđi tasarruflarda olay, bir fiilden ibarettir. Böyle davalarda, şahitlerden biri olaya diğèri o konudaki ikrara şahitlik ederlerse, bu durumda hem fiil hem de söz iki şahitle ispat edilmiş olmayacağı için şahitlik geçerli değildir⁶⁶.

b. Sözlü Tasarruflarda

Sözlü tasarruflarda, dava konusu olay (inşâ) bir sözden ibarettir. İkrar da aynı şekilde bir sözdür. Dolayısıyla şahitlerden birinin olaya, diğèrinin de o konuya yapılmış bir ikrara şahitlik etmeleri, ikisinin de aynı ifadeleri taşıyan bir söze şahitlik etmeleri demek olur ki yapılan şahitlik kabul edilir.

⁶⁵ Mecelle m. 1713; Ali HAYDAR, C. IV, s. 493-494.

⁶⁶ Ali HAYDAR, C. IV, s. 494, 495.

Şahitlerden birinin satım, ödünç veya boşanmaya, diğerinin de davalının bu hususu ikrar ve itiraf ettiğine şahitlik etmesi buna örnek olarak verilebilir⁶⁷.

VI. ŞAHİTLER HAKKINDA GÜVENİLİRLİK SORUŞTURMASI YAPILMASI

Davalının, şahitler hakkında yaptığı suçlamaya «cerh», şahitlerin dürüstlüğüne tesbit için mahkemece yürütülen muamelelere ise «ta'dil» veya «tezkiye» adı verilir⁶⁸. Her iki hususu da ayrı başlıklar altında incelemekte yarar vardır.

A. Güvenilirlik Soruşturması (Tezkiye)

Şahitlerin, dürüst, güvenilir ve şahsiyetli kişiler olup olmadıklarının tesbitine, "şahitlerin tezkiye edilmeleri" denir. Bu işlemi, "güvenilirlik soruşturması" olarak isimlendirmek de mümkündür⁶⁹.

Şahitler ifadelerini verdikten sonra hâkim davalıya, "ne dersin, şahitlerin verdikleri ifadeler doğru mudur, değil midir?" diye sorar. Davalı bu soruya, "şahitlerin verdikleri ifadeler doğrudur veya bu şahitler, şehâdetlerinde dürüsttürler" diye cevap verirse dava konusunu ikrar ve itiraf etmiş olur. Bu durumda hâkim hükmünü, yapılan şahitliğe değil, davalının ikrarına dayandırır⁷⁰. Eğer davalı, "bunlar yalancı şahittir" veya "bunlar dürüst adamlardır; fakat, bu hususta hata ediyorlar" yahut "olayı unutmuşlar" derse veya yalnız "bunlar dürüst adamlardır" demekle beraber dava konusunu reddedecek olursa hâkim hükmetmeyip, şahitlerin güvenilir olup olmadıkları konusunda hem gizli hem de açık olmak üzere bir soruşturma açar. Şahitler hakkında bu soruşturmayı yapmadan, hâkimin vereceği hüküm geçerli değildir⁷¹.

Şahitlerin gizli ve açık olarak tezkiye edilmeleri, bağlı bulunduğu yerlerden yapılır. Öğrenci ise kaldığı medresenin müderrisi ile güvenilir mensuplarından, asker ise taburunun subay ve memurlarından, memur ise

⁶⁷ Ali HAYDAR, C. IV, s. 494.

⁶⁸ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; BAYINDIR, s. 181; Reşid PAŞA, s. 68; HEFFENING, s. 283.

⁶⁹ Bkz. BAYINDIR, s. 181.

⁷⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 153; Mecelle m. 1716; Reşid PAŞA, s. 68-69.

⁷¹ Mecelle m. 1716; BİLMEN, C. VIII, s. 153.

âmiri ve görevlilerden, tüccar ise onu tanıyan güvenilir tüccarlardan, esnaftan ise kethüdası (esnaf başı) ile lonca ustalarından (esnaf temsilcisi), bunların dışında biri ise mahalle veya köyünün güven ve itimada lâyük halkından soruşturulup tezkiye olunurlar⁷².

Osmanlı uygulamasında konu ile ilgili pek çok örnek vardır. İstanbul Şer'îye Sicillerindeki şu karar oldukça ilginçtir⁷³:

"Oldur ki, Galata'da Sarı Lütü Mahallesi oturan Mürüvvet oğlu Hasan adlı şahıs şer'î mecliste Abdullah oğlu İbrahim Bey adlı sipahinin, boşadığı karısı İbrahim Kızı Aynî'ye ödünç akdinden dolayı 8000 akçe ve at bedelinden dolayı da 750 akçe borcu olduğunu ikrar ettiğini şahitle ispat etmiş ve söz konusu meblağ da İbrahim Bey'den alınarak Aynî Hatun'a teslim edilmiştir. Daha sonra Hasan'ın durumu mahallesinde soruşturulmak üzere Dergah-ı Âli çavuşlarından Üveys oğlu Ahmet Çavuş mübaşir tayin edilmiş; mübaşir efendi muhızr Hacı Ahmet ile durumu mahalle halkından sorduklarında; İmam Murat oğlu Ali, Mehmet oğlu Ali Sofi, Abdullah oğlu Hüsam Reis, Abdullah oğlu Kâsım ve çok şahıs şer'î meclise gelerek, adı geçen Hasan'ın huzurunda, bu şahsın yalancı şahitliği âdet haline getirdiğini ve bu yüzden iki mahalleden kovulduğunu haber vermişlerdir. Yine mezkur Hasan'ın huzurunda kâtip Ahmed oğlu Bayram ile İlyas oğlu Ali adlı müslümanlar, söz konusu durum için "yalan şahitlik etmek üzere sekiz filori aldım ve şahitlik ettim" diye ikrar ve itirafta bulunduğuna şahitlik etmişler ve şahitlik beyanları kabul edilebilir olarak tespit edilince, davalının yalancı şahit olduğu kesin bir şekilde tahakkuk etmiştir. Durum adı geçen İbrahim Bey'in talebi ile sicile kaydedilmiştir. Şahitler, İmam Muharrem oğlu Abdülkadir Halife, İmam Carullah oğlu Mustafa, Hüseyin oğlu Mustafa Çelebi, Mehmet Dede, Muhızr Ali oğlu Kara Hasan, Abdülkerim oğlu Mustafa".

Şahit, o yerde misafir olarak kalan bir yabancı ise, hâkim şahite, burada kendisini kimlerin tanıdığını sorar. Söylediği kişiler, güvenilir ve dürüst kişilerse, şahit, bunlara sorularak tezkiye edilir. Eğer tezkiyeleri kabul edilebilecek özellikte değillerse yahut orada şahiti tanıyan kimse yoksa, şahit

⁷² Mecelle m. 1717; BİLMEN, C. VIII, s. 153.

⁷³ İstanbul Şer'îye Sicillerinden Rumeli Sadareti Mahkemesine ait 20 genel nolu scrinin içindeki 6 nolu defterin 15. sayfasındaki bu hüküm için bkz. ŞER'İYE SİCİLLERİ, Seçme Hükümler, C. II, İstanbul 1989, s. 219-220.

hâkimin yargı bölgesi dışından gelmişse o yerin hâkimi aracılığıyla tezkiye ettirilir⁷⁴.

Tezkiye işlemleri, hem gizli hem de açık olmak üzere iki türlü yapılır.

1. Gizli tezkiye

Gizli tezkiye işlemleri **mestûre** ismi verilen⁷⁵ ve davacının ve davalının isimleri, dava konusu, şahitler ile baba ve dedelerinin isimleri, şöhret ve sanatlarıyla eşkali ve her birinin oturduğu adresin yazıldığı bir belge ile yürütülür⁷⁶.

Hâkim bu belgeyi bir zarf içerisine koyar ve üzerini mühürleyerek müzekkî olarak seçilen kimselere gönderir. Müzekkîler de mestûreyi açıp okurlar. Eğer içerisinde isimleri yazılı şahitler dürüst kimselerse isimleri altına, "âdil ve makbûlü's-şehâdedir" diye yazarak imza ettikten sonra, ne mestûreyi götüreni, ne de bir başka kimseyi, yazdıklarından haberdar etmeden zarfı kapatır, üzerini mühürler ve hâkime iade eder⁷⁷.

Müzekkîler, mestûrede şahitler hakkında "âdil değildir" diye açıkça veya "hallerini bilmeyiz, halleri bizce meçhuldür, yahut Allah bilir" gibi üstü kapalı bir şekilde şahitliklerini zedeleyecek bir söz kullanmışlarsa yahut hiçbir şey yazmadan mestûreyi mühürleyip hâkime iade etmişlerse, hâkim o şahitlerin ifadelerini kabul etmez. Bu durumda davacıya, şahitlerin şerefiyle oynamamak için "senin şahitlerin cerh olundu, şahitlikleri zedelendi" denilmeyip, sadece "başka şahitlerin varsa getir" denilir⁷⁸.

Davacı, cerhedilen şahitlerini, başka güvenilir kimselerin tezkiye edeceklerini iddia eder veya şahitlerimin durumlarını falan kimselerden sor, diye istekte bulunursa hâkim bu isteği kabul eder. O şahıslar dürüst ve güvenilir kimseler olup şahitleri tezkiye ederlerse, hâkim önceki

⁷⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 512; BİLMEN, C. VIII, s. 154.

⁷⁵ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; HEFFENING, s. 283; Mecelle m. 1718; Reşid PAŞA, s. 75; Ali HAYDAR, C. IV, s. 513.

⁷⁶ Eğer tanınmış kişilerse, yalnız isim ve şöhretlerinin yazılması yeterli olur. Yani şahitler, başkalarından ayrılacak şekilde tarif edilmelidir. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 513-514; Mecelle m. 1718/II.

⁷⁷ Mecelle m. 1718/II; BİLMEN, C. VIII, s. 154; HEFFENING, s. 283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 514.

⁷⁸ HEFFENING, s. 283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 514; BİLMEN, C. VIII, s. 154; Mecelle m. 1719.

müzekkîlere, şahitleri niçin uygun görmediklerini sorar. Eğer bunların gösterecekleri sebepler, şahitliğin kabul edilmemesini gerektirecek bir şeyse hâkim, önceden yapılan cerhi kabul ederek ikinci tezkiyeyi reddeder. Fakat, birincilerin gösterecekleri sebep yeterli olmazsa ikinci tezkiyeyi kabul eder. Böylece gizli tezkiye işlemi tamamlanmış olur⁷⁹.

2. Açık Tezkiye

Eğer mestûrede şahitler hakkında, "âdil ve makbûlüş-şehâdedirler" diye yazılmışsa bundan sonra açık tezkiyeye geçilir⁸⁰. Açık tezkiye şu şekilde yapılır:

Hâkim müzekkîleri huzuruna çağırır. Davacı, davalı ve şahitler de hazır bulunur. Hâkim, müzekkîlere "sizin tezkiye ettiğiniz şahitler bunlar mıdır?" veya "bunlar âdil ve makbûlüş-şehâde midir?" diye sorar veya şahitler, davacı ve davalı ile birlikte ve tezkiye memuru eşliğinde, müzekkîlerin yanlarına gönderilerek, yerinde de açık tezkiyeleri yapılabilir⁸¹.

Açık tezkiye sonunda şahitlerin âdil oldukları tesbit edildikten sonra, hâkim onların ifadelerine dayanarak hükmünü vermek zorundadır. Çünkü artık şahitlik, sübjektif olmaktan çıkmış; objektif, bilimsel bir delil haline gelmiştir⁸².

3. Tezkiyede Bulunacak Kişilerde Aranacak Nisap

a. Gizli Tezkiyede

Gizli tezkiyenin, şahitlik kabilinden olmaması sebebiyle bir kişinin bilgisiyle yapılması yeterli ise de, ihtiyaten en az iki kişi tarafından yapılması tavsiye edilmektedir: "*Sırrın tezkiyede bir müzekki kâfi ise de ihtiyata riayeten lâekal iki olmalıdır*" (Mecelle m.1721⁸³). Gizli tezkiyede

⁷⁹ BİLMEN, C. VIII, s. 155.

⁸⁰ Mecelle m. 1719/II; BİLMEN, C. VIII, s. 155; HEFFENING, s. 283.

⁸¹ Ali HAYDAR, C. IV, s. 516-517; BİLMEN, C. VIII, s. 155; Reşid PAŞA, s. 79.

⁸² BAYINDIR, s. 185.

⁸³ Bu maddedeki görüş, Hanefî ekolünden Ebû Hanife ve Ebû Yusuf ile Maliki ve Hanbeli ekolüne aittir. İmam Muhammed ve İmam Şafii'ye'e göre ise, tezkiyede bulunanların en az iki kişi olması gereklidir. Bkz. BİLMEN, C. VIII, s. 155; Reşid PAŞA, s. 79; Ali HAYDAR, C. IV, s. 517; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; MAVSİLİ, s. 137.

bulunacak kişiler, şahitin usul ve fûrûndan yani anne, baba, evlat ve torunlardan biri olabileceği gibi eşlerden biri de olabilir⁸⁴.

b. Açık Tezkiyede

Mecelle m. 1722'ye göre "*tezkiye-i aleniyye şehadet kabilinden olup şehadetin şurut ve nisabı bunda dahi muteberdir. Şu kadar var ki müzekkilerin şehadet lafzını zikretmeleri lazım değildir*". Görüldüğü üzere, açık tezkiye şahitlik kabilinden olup, bunda şahitliğin şartları ve nisabı aranır⁸⁵. Şu halde, açık tezkiyeyi yapacak kişinin, fiil ehliyetine sahip, gözleri görür, hür, âdil ve iftira cezası görmemiş olma gibi özelliklere sahip olması gerekir⁸⁶.

Açık tezkiyede bir bilirkişilik kabul edildiği için, tezkiyede bulunan kişilerin şehâdet sözünü söylemeleri gerekmez. Ayrıca, gizli ve açık tezkiyede bulunan kişilerin aynı olmaları da şart değildir⁸⁷. Doktrindeki görüş birliğine göre, davacı ve davalının belli bir kimsenin yapacağı tezkiyeye razı olmaları durumunda, yalnızca onun yaptığı tezkiye yeterli olur⁸⁸.

4. Tezkiyede Bulunacak Kişilerde Aranılan Özellikler

Tezkiyede bulunacak kişilerde bir takım özellikler aranır. Bunlar, tezkiyede bulunacak kişinin, dürüst, güvenilir, şahitin reddini gerektirecek hususlara vâkıf, kendini dünya hırsına kaptırmamış olması ve fakir olmaması⁸⁹; şahitle, onu tezkiye edecek kişiler arasında düşmanlık bulunmaması ve doktrindeki bir görüşe göre diğer şahit olmamasıdır⁹⁰.

Halk arasına karışıp onların durumlarını bilen kadınlar da müzekkî olabilir⁹¹. Dolayısıyla, bir kadın, kendi kocasını veya bir başkasını gizli

⁸⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 517; BİLMEN, C. VIII, s. 155.

⁸⁵ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; HEFFENING, s. 283.

⁸⁶ Reşid PAŞA, s. 80.

⁸⁷ BİLMEN, C. VIII, s. 155; BAYINDIR, s. 185; Ali HAYDAR, C. IV, s. 518.

⁸⁸ Ali HAYDAR, C. IV, s. 512.

⁸⁹ Çünkü fakirin mal ile aldatılması tehlikesi vardır. Bu özelliklere sâhip bir müslüman tarafından gayri müslim olan bir şahit bile tezkiye edilebilir.

⁹⁰ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; BİLMEN, C. VIII, s. 153; Ali HAYDAR, C. IV, s. 511.

⁹¹ Ali HAYDAR, C. IV, s. 512.

olarak tezkiye edebilir. Zira tezkiye, dînî konulardan sayıldığı için bu hususta erkekle kadın arasında ayırım yoktur. Eğer şahit kadın ise, onun tezkiyesini kadınların yapması daha uygundur. Halkın durumunu bilmeyecekleri için halk arasına karışmayan kadınların tezkiiyeleri geçerli değildir⁹².

5. Tezkiye ile İlgili Bazı Hükümler

Her şeyden önce, müzekkiler tezkiye edilmezler. Çünkü, bu taktirde onları tezkiye edenleri de tezkiye etmek gerekir. Böylece bir kısır döngü meydana gelir ve işler güçleşir⁹³. Bu arada belirtmek gerekir ki, gayri müslim şahitler de tezkiye edilir⁹⁴.

Tezkiye işlemleri tamamlandıktan sonra, hâkimin şahitlerden şüphesi olursa ifadelerine göre hüküm vermeyi biraz daha geciktirip şahitlerin durumunu tekrar araştırabilir. Örneğin, davacı, davasını şahitlerle ispat ettiği ve şahitler usûlüne uygun olarak gizli ve açık soruşturmaya tabi tutulup tezkiye edildiği halde, hâkim meşru bir sebepten dolayı, şahitlerin yalan söylediklerinden şüphelenirse, durumlarını araştırmak için güvendiği bir görevlisini, şahitlerin içli dışlı buldukları ve sözlerine güvenilir kimselere göndererek iyice soruşturabilir. Neticede, güvenilemeyecek durumda oldukları sabit olursa, şahitliklerini kabul etmez⁹⁵.

Hukuk davalarında şahitlerin ifadelerini verdikten sonra ölmeleri veya kaybolmaları durumunda, hâkim, onları tezkiye ederek şahitlikleriyle hükmedebilir: "*Muamelâtda şahitler ba'de edâ-iş-şehade fevt ve yahut gaib olsalar hâkim anları tezkiye ederek şehadetleri ile hükmedebilir*" (Mecelle m. 1726). Her ne kadar, açık tezkiye yapılırken şahitlerin de hazır bulunması gerekirse de bu, kuralın istisnası olarak kabul edilmiştir. Ancak, şahitlik yaptıktan itibaren hükmün infazına kadar, kör, dilsiz veya fasık olanların şahitlikleriyle de hükmedilemez⁹⁶.

Mecelle m. 1725'e göre, müzekkilerden bir kısmı şahidi cerh edip şahitliğini uygun görmese, bir kısmı da tezkiye etse, hâkim cerh tarafını tercih ederek onların şahitliği ile hükmedemez. Tezkiye edenlerin ikiden

⁹² Ali HAYDAR, C. IV, s. 512.

⁹³ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; BİLMEN, C. VIII, s. 154.

⁹⁴ BAYINDIR, s. 187.

⁹⁵ Ali HAYDAR, C. IV, s. 770.

⁹⁶ BİLMEN, C. VIII, s. 156; Ali HAYDAR, C. IV, s. 524.

fazla, cerh edenlerin iki kişi olması durumunda hâkim cerh tarafını tercih etmek durumunda iken; bir kişinin cerh ettiği fakat iki kişinin tezkiye ettiği şahitlikte tezkiye tarafını tercih ederek onunla hükmetmek durumundadır. Çünkü iki rakamı şahitlikte nisaptır ve iki kişinin şahitliği gibi tezkiyesi de tam bir delil kabul edilir⁹⁷.

Mecelle m. 1723'e göre, bir hâkim indinde, bir husus için adaleti sabit olan şahitler, gene o hâkimin huzurunda diğer bir hususa şahitlik ederlerse, eğer aradan altı ay geçmemişse hâkim onları tekrar tezkiye etmez.

1283/1866 yılına kadar, hazırlanan mahkeme ilamlarında, şahitlerin tezkiyesi kısaca zikredilirken bu tarihte çıkarılan bir fermanla⁹⁸, gerek gizli ve gerek açık olarak şahitleri tezkiye edenlerin ve babalarının isimleri ile adresleri ve meşgul oldukları işler de, sicillerde yazılmaya başlanmıştır⁹⁹.

B. Davalının Şahitler Hakkında Yaptığı Suçlamalar (Cerh)

Bilindiği gibi, davalının şahitler hakkında yaptığı suçlamaya «cerh» denir. Cerh, şahitin dürüstlüğüne zedeleyen ve yoldan çıktığını (fiskını) gösteren bir durumdur¹⁰⁰. Davalı, tezkiyeden önce veya sonra, şahitlerin kendilerine bir menfaat temin etmek veya bir zararlarını gidermek için şahitlik yaptıklarını iddia ederse, hâkim davalıdan, iddiasını ispat etmesini ister. Eğer davalı iddiasını ispat ederse, hâkim şahitlerin şahadetini kabul etmez. İspat edemezse, hâkim de şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması açıp onları tezkiye ettirmişse, şahitliklerine dayanarak hüküm verir¹⁰¹.

Cerh, cerh-i mücerred ve cerh-i mürekkep olmak üzere iki kısımdır. Cerh-i mücerred, şahiti fâsık yapan, fakat aleyhinde herhangi bir dava açılmasını gerektirmeyen suçlamadır. Örneğin, davalının şahit hakkında, "fâsıktır", "faiz yer" veya "davacı şahitleri ücretle tutmuştur" şeklindeki suçlamaları bu türdendir. Çünkü, bu ihtamlara dayanılarak mahkemede dava açılmaz¹⁰². Davalı, cerh-i mücerred hâkime gizli olarak haber verip şahit-

⁹⁷ BİLMEN, C. VIII, s. 156.

⁹⁸ Ferman için bkz. ŞER'İYE SİCİLLERİ, s. 220-222.

⁹⁹ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411.

¹⁰⁰ Ali HAYDAR, C. IV, s. 521.

¹⁰¹ Mecelle m. 1724.

¹⁰² BİLMEN, C. VIII, s. 157; BAYINDIR, s. 190.

lerle ispat ederse, hâkim bu ispatı kabul eder; şahitlerin şahitliklerini ise reddeder. Davalının, hâkime gizli olarak, şahitin fâiz yediğini söyleyip bunu ispat etmesinde durum böyledir. Eğer davalı yaptığı cerhi, açık bir şekilde ispata kalkışrsa, henüz şahitler tezkiye edilmemişlerse kabul edilir. Şahitler tezkiye edildikten sonra olursa kabul edilemez¹⁰³.

Cerh-i mürekkep ise, mahkemede karar altına alınabilecek şekilde kamu hukuku veya özel hukukun ihlâl edilmiş olmasını gerektiren bir suçlamadır¹⁰⁴. Davalının, "bu şahitler, benim şu kadar paramı çaldılar veya aleyhime şahitlik etmemek üzere benden şu kadar rüşvet aldılar" gibi bir iddiada bulunması bu duruma bir örnektir.

Dava özel hukukla ilgili ise, davalı şahitler hakkında yaptığı suçlamayı ispat edemezse, şahitlere yemin ettirilir. Örneğin, davalı, aleyhinde şahitlik yapmamaları için, şahitlere kendisinin rüşvet verdiğini iddia ettiği halde, bunu ispat edemezse, şahitlere, parayı almadıklarına dair yemin ettirilir. Yemin ederlerse davalının yaptığı suçlama geçersiz olur ve şahitler kabul edilir¹⁰⁵. Hâkimin, şahitleri tezkiye edip hüküm vermesinden sonra, yapılan her türlü suçlama geçersizdir.

¹⁰³ BAYINDIR, s. 191; BİLMEN, C. VIII, s. 157.

¹⁰⁴ BİLMEN, C. VIII, s. 157.

¹⁰⁵ BİLMEN, C. VIII, s. 157.

YASAMA SORUMSUZLUĞUNUN MUTLAKLIĞI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Yrd. Doç. Dr. Hikmet TÜLEN**

I. Giriş

1982 Anayasasının 83. maddesinde “Yasama dokunulmazlığı” kenar başlığı altında, doktrinde “yasama sorumsuzluğu” ve “yasama dokunulmazlığı” adları verilen iki farklı kurum bir arada düzenlenmiştir.

Yasama dokunulmazlığı, teknik anlamda, yasama bađıŐıklıklarından sadece birisidir ve yasama sorumsuzluğundan tamamen farklı bir kurumdur. Bu nedenle, Anayasanın 83. maddesinin başlığının maddenin içeriğini belirtmek bakımından isabetli olmadığı açıktır. Her iki kurumu da kapsayan bir üst kavram olarak “parlamentar muafiyetler” yada “yasama bađıŐıklıkları” Şeklinde bir başlık kullanılması ya da her iki kurumun ayrı ayrı maddelerde düzenlenmesi daha isabetli olurdu¹.

Diğer demokratik Őlkelerde olduğu gibi, Türk Hukukunda da yasama meclisi Őyelerine birtakım bađıŐıklıklar veya diğer bir ŐöyleyiŐle bazı ayrıcalıklar tanınmıştır. Bu bađıŐıklıkların neler olduğu 1982 Anayasasının 83. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre yasama meclisi Őyelerinin iki tür bađıŐıklıkları vardır. Bunlardan birincisi, milletvekillerinin meclis ŐalıŐmaları sırasında sarf ettikleri Őözlerden, açıkladıkları düşüncelerden ve kullandıkları oylardan dolayı sorumsuz olmalarıdır ki, bu bađıŐıklıđa doktrinde “yasama sorumsuzluğu”, “mutlak muaflık” ve “Őöz hürriyeti” gibi isimler verilmektedir².

1982 Anayasasında yasama sorumsuzluğuna ilişkin olan hüküm Şu Şekildedir: “Türkiye Büyük Millet Meclisi Őyeleri, meclis ŐalıŐmalarındaki

* A.Ő. Erzincan Hukuk FakŐltesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Őđretim Őyesi

1 ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 1998, s.249; FEYZİŐĐLU, Metin: “Yasama Dokunulmazlığı”, AŐHFD, C.42, 1991-1992, S.1-4, s.21.

2 Bkz., ÖZBUDUN, age., s.249-251; TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul 1997, s.365-366.

oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Mecliste başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar” (Any. m.83/1).

Görüldüğü gibi, Anayasanın TBMM üyelerine tanıdığı bu güvence, milletvekillerinin, meclis çalışmaları sırasında, cezai veya hukuki bir yaptırıma uğramak şeklinde herhangi bir endişe taşımadan serbestçe düşüncelerini açıklayabilmelerine ve istedikleri yönde oy kullanabilmelerine olanak sağlamakta, kısaca, milletvekillerinin ifade hürriyetini güvence altına almaktadır. Nitekim, Anglo-Sakson terminolojisinde yasama sorumsuzluğuna söz hürriyeti “freedom of speech” adı verilmektedir³.

Parlamenter muafiyetler bağlamında 1982 Anayasasında milletvekillerine tanınan ikinci güvence ise “yasama dokunulmazlığı”, “nisbi muaflık” ve “tutuklanmama hürriyeti” (freedom from arrest) gibi isimlerle anılan⁴ ve kısaca, bir suç işlediği ileri sürülen milletvekilinin üyesi bulunduğu Meclisin kararı olmadıkça tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı ilkesini içeren bir bağımsızlıktır.

1982 Anayasasında yasama dokunulmazlığına ilişkin olarak da şu hüküm yer almıştır: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez” (Any. m.83/2-3)

Gerek yasama sorumsuzluğunun gerekse yasama dokunulmazlığının genel olarak amacı, yasama meclisi üyelerine şahsi ayrıcalıklar tanımak ve onları dokunulmaz kişiler kılmak değildir. Aksine, kamu yararını gerçekleştirebilmek için, halkın temsilcilerinin, gerek yürütme ve idare makamlarından gelebilecek asılsız veya keyfi suçlama ve kovuşturmalara gerekse de yasama meclisi içindeki çoğunluktan gelebilecek haksız baskı ve engellemelere maruz kalmadan, üstlenmiş oldukları temsilcilik görevini

3 ÖZBUDUN, age., s.251.

4 Bu isimlendirmeler için bkz., ÖZBUDUN, age., s.251.

serbestlik ve güvenlik içinde yapabilmelerine ortam hazırlamaktır⁵. Kısaca, yasama bağımsızlıkları, milletvekillerine tanınmış şahsi birer hak değil; kamu yararını gerçekleştirmek düşüncesiyle parlamento üyelerine sağlanmış hizmete bağlı zorunlu güvencelerdir⁶.

Bu yazımızda yasama bağımsızlıkları konusunu bütün yönleriyle incelemek gibi bir hedefimiz yoktur. Bu yazıda, sadece, yasama sorumsuzluğuna mutlak muaflik denilmesinin isabetli olup olmadığı tartışma konusu yapılacaktır. Buna karşılık, yasama sorumsuzluğu ile ilgili diğer tartışmalara ve yasama dokunulmazlığı konusuna değinilmeyecektir⁷. Bununla birlikte, konunun daha iyi ifade edilebilmesi için, öncelikle yasama sorumsuzluğunun dokunulmazlıktan ayrılan yönlerinin özet olarak vurgulanmasına çalışılacaktır.

II. Yasama Sorumsuzluğunun Yasama Dokunulmazlığıyla Karşılaştırılması

Gerçekte, her iki yasama bağımsızlığının, parlamenter fonksiyonunun serbestçe ifasına hizmet etmek şeklinde ortak bir amacı bulunmakla birlikte, yasama sorumsuzluğu ile yasama dokunulmazlığı arasında birçok noktada farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıklar şu şekilde belirtilebilir:

-Her şeyden önce, yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin soyut olarak suç teşkil eden eylemlerinden dolayı cezalandırılmamaları anlamına gelmektedir. Kısaca, yasama sorumsuzluğu milletvekillerine cezasızlık

5 Yasama bağımsızlıklarının ortaya çıkış nedenleri ve günümüzde hangi hedefleri gerçekleştirmeye yönelik oldukları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları I, Ankara 1965, s.253 vd; KIRATLI, Metin., Parlamter Muafiyetler, Ankara 1961, s.7 vd, 25 vd; TEZİÇ, age., s.373 vd.

6 DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1997, s.266. Dokunulmazlık, milletvekillerine tanınan şahsi bir hak olmayıp kamu yararı için tanınmış bir güvence olduğu için, yasama meclisi üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasını istemeleri dokunulmazlıklarının kalkması için tek başına yeterli değildir. Bkz., TBMM İçtüzüğü, m.134/4. Aynı gerekçelerle, temsilcinin kendi isteği ile yasama sorumsuzluğundan vazgeçmesinin de bir önemi yoktur.

7 Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz., KIRATLI, age., s.17 vd.; ÖZEK, Çetin: "Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlanabilir mi?", İÜHFİM, C.XXXI, 1965, S.1-4, s.79 vd.; ARSEL, age., s.250-264; ÖZBUDUN, age., s.249-253; TEZİÇ, age., s.365-381; KUZU, Burhan: 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990, s.49-51; FEYZİOĞLU, agm., s.21-45.

temin etmektedir. Buna karşılık, yasama dokunulmazlığında böyle bir cezazırlık durumu söz konusu değildir. Sadece, milletvekilinin yargılanması ve/veya mahkum olması halinde de cezasının çektirilmesi belli bir süre için (yasama döneminin sonuna kadar) ertelenmektedir.

- Yasama sorumsuzluğu milletvekillerinin parlamenter fonksiyonlarıyla ilgilidir. 1982 Anayasasında bu husus, "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden... sorumlu tutulamazlar" denilerek belirtilmiştir. Böylece, bir eylemin yasama sorumsuzluğundan yararlanabilmesi için bunun oy vermek, düşünce açıklamak veya söz sarf etmek şeklinde bir eylem olması gerektiği kadar sayılan bu eylemlerin de Meclis çalışmaları sırasında işlenmiş olması şarttır⁸. Buna karşılık, yasama dokunulmazlığı, böyle bir sınırlama olmaksızın yasama meclisi üyelerinin meclis çalışmaları dışındaki işlem ve eylemlerinden kaynaklanan her türlü suç isnadına karşı koruma sağlayan bir bağışlıktır.

-Milletvekillerinin yasama dokunulmazlıkları TBMM'nin kararıyla kaldırılabilir. Buna karşılık, yasama sorumsuzluğunun ne Meclis tarafından ne de başka bir organ tarafından kaldırılması söz konusu değildir. Bu özelliği yönünden yasama sorumsuzluğunun dokunulmazlığa nazaran daha güçlü bir bağışlık olduğu açıktır.

-Yasama dokunulmazlığı, milletvekillerini sadece meclis üyesi oldukları süre zarfında koruyan bir bağışlıktır. Bu nedenle, milletvekilliği sona eren kişinin dokunulmazlığı da sona ermiş olur. Buna karşılık, yasama sorumsuzluğu sürekli niteliktedir. Şöyle ki, yasama meclisi üyesi, meclis çalışmaları sırasında sarf ettiği sözler, açıkladığı düşünceler ve kullandığı oylardan dolayı hem milletvekilliği esnasında hem de bu sıfatı sona erdikten sonra hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. Bu niteliğiyle yasama sorumsuzluğu milletvekillerine ömür boyu koruma sağlayan bir bağışlıktır.

-Yasama dokunulmazlığının belli istisnaları vardır. 1982 Anayasasının 83/2. maddesine göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde milletvekillerinin dokunulmazlıktan yararlanabilmeleri mümkün değildir. Yine, seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesinde gösterilen durumlar sebebiyle, yani, temel hak ve hürriyetlerin Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak vb şeklindeki yasaklanmış amaçlarla kullanılması halinde yasama dokunulmazlığı söz konusu olmayacaktır.

8 ÖZBUDUN, age., s.250.

Buna karşılık, Anayasada yasama sorumsuzluğu ile ilgili olarak bu nitelikte bir sınırlandırmanın olmadığı; hatta, bazı ülke anayasalarındaki düzenlemelerin aksine hakaret, küfür ve isnatları da kapsayacak genişlikte bir söz hürriyetinin tanınmış olduğu görülmektedir⁹.

III. Yasama Sorumsuzluğu “Mutlak” mıdır?

Her ne kadar yasama sorumsuzluğuna mutlak muaflik denilmekteyse de, kanaatimizce, bu ifadedeki “mutlak” nitelemesi pek isabetli görünmemektedir. Çünkü, mutlak kelimesinin sözlük anlamı kayıtsız şartsız anlamına gelmektedir ve bu nedenle de mutlak muaflik tabiri, yasama meclisi üyelerinin Meclis çalışmaları sırasındaki oy ve sözlerinden ve Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden dolayı ne cezai ne de hukuki yaptırımlara uğratılamayacakları hatta Meclis tarafından da bu milletvekillerine herhangi bir disiplin cezası verilemeyeceği şeklinde anlaşılmaya elverişlidir.

Oysa, gerçekte durum daha farklıdır ve yasama meclisi üyelerinin kullandıkları oylardan ve açıkladıkları düşüncelerden dolayı yasama sorumsuzluğundan yararlanabilmelerinin bazı şartları ve sınırları olduğu gibi, bu eylemler sebebiyle hiçbir yaptırım uygulanamayacağını söyleyebilmek de mümkün değildir.

Her şeyden önce, yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin meclis çalışmaları sırasındaki oy vermek ve düşünce açıklamak şeklindeki eylemlerini koruma altına alan bir bağışıklıktır. Dolayısıyla meclis çalışmaları ile ilgili olmayan düşünce açıklamalarının yasama sorumsuzluğu kapsamına girmesi söz konusu olmadığı gibi, meclis çalışmaları sırasında dahi olsa oy vermenin ve düşünce açıklamanın dışında kalan eylemlerin yasama sorumsuzluğundan yararlanması da mümkün değildir. Örneğin meclis çalışmaları sırasında bir milletvekilinin başka bir milletvekilini veya bir üçüncü şahsı dövmesi, yaralaması halinde de yasama sorumsuzluğundan bahsedilemeyecektir.

Ayrıca, yasama sorumsuzluğu konusunu düzenleyen 1982 Anayasasının 83/1. maddesinde bizzat anayasa tarafından öngörülmüş bir başka sınır daha bulunmaktadır. Şöyle ki, yasama meclisi üyelerinin meclis çalışmaları sırasında sarf ettikleri sözlerin ve açıkladıkları düşüncelerin Meclis dışında

9 Bazı ülke anayasalarında, örneğin Federal Almanya Anayasasında hakaret ve sövme niteliğindeki eylemler yasama sorumsuzluğunun kapsamı dışında tutulmuştur. Bkz., ARSEL, age., s.254.

tekrar edilmesi ve açığa vurulması kural olarak serbesttir. Buna karşılık, milletvekillerinin meclis çalışmaları sırasında ortaya koydukları sorumsuzluk kapsamındaki eylemlerinin Meclis dışında tekrar edilmesi, Meclis Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclis Genel Kurulunca yasaklanabilir. Böylelikle, milletvekillerinin meclis kürsüsünde, komisyonlarda ya da siyasi partilerin meclis grup toplantıları sırasında açıkladıkları düşüncelerin dışında tekrar edilmesi yasaklanmışsa, bu takdirde milletvekilleri tarafından bunun aksine davranılması halinde yasama sorumsuzluğundan yararlanılması söz konusu olamaz.

Milletvekillerinin eylemlerinin yasama sorumsuzluğundan yararlanabilmesi için yukarıda sayılan şartları taşıması gerekmektedir. Aksi halde yasama sorumsuzluğundan söz edilemeyecektir. Ayrıca, şunu da belirtelim ki, sorumsuzluk kapsamındaki eylemleri sebebiyle milletvekillerinin cezai bakımdan sorumlu tutulmaları mümkün değilse de, bunun dışında kalan birtakım yaptırımların uygulanabildiği görülmektedir.

Bu bağlamda ilk akla gelen husus, milletvekillerine Meclis tarafından birtakım yaptırımların uygulanabilmesidir: Meclis çalışmaları sırasında sarf edilen sözler ve açıklanan düşünceler sebebiyle Meclis dışındaki herhangi bir organ milletvekillerinin cezai sorumluluğuna karar veremezse de, Meclis'in, bu sözleri sarf eden milletvekili hakkında, Meclisten geçici olarak çıkarma vb. şeklinde disiplin yaptırımları uygulayabilmesi mümkündür¹⁰.

Keza, yasama sorumsuzluğu kapsamına giren eylemleri sebebiyle milletvekilleri hakkında, bu sözlerden zarar görenler tarafından tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesi de, doktrinde ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte mümkündür. Doktrindeki "...genel eğilim ve bu arada Türk mahkeme kararları, başkalarının kişilik haklarına saldırı niteliğindeki söz ve düşüncelerden dolayı mağdur tarafından tazminat davası açılabileceği yönündedir"¹¹.

10 Geçici olarak çıkarma cezasını gerektiren eylemler TBMM İçtüzüğü'nün 161/3. maddesinde, "Görüşmeler sırasında Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisine... hakarete bulunmak, sövmek veya onları tehdit etmek..." şeklinde gösterilmiştir. Bu hususta içtüzüğü'nün 67. maddesine bir başka hüküm daha konulmuştur. Buna göre, temiz bir dil kullanmamakta ısrar eden milletvekili, Başkanın gerekli görmesi halinde salondan çıkartılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., ARSEL, age., s.253.

11 ÖZBUDUN, age., s.250. Bu konudaki tartışmalar hakkında daha fazla bilgi için bkz., DÖNMEZER/ ERMAN, age., s.266 dipnot:10; FEYZİOĞLU, agm., s.25 dipnot:8;

Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin son yıllarda, bir partinin kapatılması davasında ortaya koyduğu içtihadına göre, yasama sorumsuzluğu kapsamına giren düşünce açıklamaları sebebiyle milletvekillerinin şahıslarına yönelik cezai bir yaptırımın uygulanması söz konusu edilemezse de, bu söz ve eylemlerin, o milletvekilinin bağlı olduğu partinin kapatılması kararı için bir gerekçe teşkil edebilmesi mümkündür¹². Böylelikle, yasama sorumsuzluğu kapsamına giren eylemleri sebebiyle yasama meclisi üyelerinin dolaylı bir yaptırıma uğrayabildikleri de görülmektedir.

Yasama sorumsuzluğunun mutlak olamayacağına dair doktriner nitelikte ve tartışmalı bir başka argüman da şöyledir: Bazı yazarlar, yasama sorumsuzluğunun ancak, anayasa ile tayin edilen temel ilkelerin savunulması ve korunması bağlamında söz konusu edilebileceğini; buna karşılık anayasal değerdeki ilkelerin ve kurulu nizamın inkarını hedefleyen içerikteki söz ve düşünce açıklamalarının yasama sorumsuzluğundan yararlanamayacağını ileri sürmektedirler¹³.

Az önce de ifade ettiğimiz gibi bu tartışmalı bir görüştür ve bir kısım yazarlar, Anayasada öngörülmediği halde yasama sorumsuzluğuna yorum yoluyla bu tür bir sınır getirilmesini isabetli bulmamaktadırlar¹⁴. Kanaatimizce, bu noktada yasama sorumsuzluğuna bir sınır çizilmesi gerekiyorsa bu sınırın, ifade hürriyetinin sınırlandırılması konusunda Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce geliştirilen ve göreceli olarak yaygın bir şekilde kullanılmakta olan "açık ve mevcut tehlike" (clear and present danger) kıstasına göre belirlenmesi daha uygun olacaktır¹⁵. Böylece, milletvekilinin yaptığı konuşma veya açıkladığı düşüncelerin yıkıcı eyleme kışkırtma, zor ve şiddet kullanmaya teşvik niteliğinde olması ve bu düşünce

TEZİÇ, age., s.371 YALÇIN, Türkan: "Yasama Sorumsuzluğu" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 1992, Sayı: 2, s. 224-226, 235-237.

12 Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğunca benimsenen bu görüşün ayrıntılı açıklaması için Anayasa Mahkemesinin 16.1.1998 tarihli ve 1997/1 Esas (Siyasi Parti Kapatma) ve 1998/1 Karar sayılı kararına bakılabilir. Resmi Gazete, 22 Şubat 1998, Sayı:23266, s.249-250 ve 261-263. Çoğunluğun bu görüşüne katılmayan azınlık görüşünün karşı oy gerekçeleri için bkz. Adı geçen kaynak, s.301-305.

13 Bkz., ARSEL, age., s.255 ve orada zikredilen kaynaklar.

14 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZEK, agm., s.86 vd.

15 Açık ve mevcut (yakın) tehlike kavramı için bkz., TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 1994, s.59-62; KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yenilenmiş Altıncı Baskı, Ankara 1981, s.227; SOYSAL, Mümtaz: Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1987, s.218.

açıklaması ile onun yaratabileceği şiddet eylemi arasında doğrudan doğruya ve gerçek bir bağlantının olması durumunda yasama sorumsuzluğunun sınırlanabileceği kabul edilmiş olacaktır ki, bizce bu, daha açık ve kullanışlı bir kriter olarak görünmektedir.

IV. Sonuç

Bu yazıda, yasama sorumsuzluğunun “mutlak” oluşunun anlamı üzerinde durmaya çalıştık.

Kanaatimizce, yasama sorumsuzluğuna mutlak muafiyet denilmesi yanıltıcı niteliktedir ve bu nedenle de isabetli değildir. Yasama sorumsuzluğunun “mutlak” sıfatıyla nitelenmesi, yasama meclisi üyelerinin sorumsuzluk kapsamındaki eylemleri sebebiyle cezai bakımdan sorumsuz olmalarını ifade etmesinin yanında, milletvekillerinin bu eylemleri sebebiyle hukuki bir yaptırıma da uğramayacakları, hatta Meclis tarafından da bu milletvekillerine herhangi bir disiplin cezası verilemeyeceği şeklinde anlaşılmaya elverişlidir.

Oysa, yukarıda açıklamaya çalıştığımız şekilde, yasama sorumsuzluğundan yararlanabilecek eylemlerin bir takım şartları taşınması gerektiği ve yasama sorumsuzluğunun bazı sınırları olduğu gibi, yasama meclisi üyeleri, meclis çalışmaları sırasında sarf ettikleri sözler ve ortaya koydukları düşünceler nedeniyle, en azından disiplin cezaları alabilmekte ve -yasama sorumsuzluğunun teorik temellerine uygunluğu tartışmalı olarak- tazminata da mahkum edilebilmektedirler.

Bu durumda, ya, yasama sorumsuzluğu kapsamına giren işlem ve eylemleri sebebiyle yasama meclisi üyelerine yasama organı dışında hiçbir merciin hiçbir yaptırım uygulayamayacağı görüşünün benimsenmesi ve buna bağlı olarak bir kısım yargı kararlarının yanlış olduğunun kabul edilmesi gerekecektir; ya da, uygulamada bir yanlışlık yoksa bu defa 1982 Anayasasının 83/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan yasama bağımsızlığına “mutlak muafiyet” denilemeyeceğinin kabul edilmesi ve “yasama sorumsuzluğu” kurumunun içeriğinin ve sınırlarının Anayasa’da daha açık bir şekilde gösterilmesi gerekecektir.

İDARİ YARGIDA KESİN HÜKÜM

*Dr. Ramazan Çağlayan**

I. KESİN HÜKMÜN TANIMI ÇEŞİTLERİ VE ETKİSİ

A. Kesin Hükmün Tanımı ve Çeşitleri

1. Kesin Hükmün Tanımı

Bir yargı kararı, yasalarda belirlenen usullere uygun olarak verildikten, itiraz ve yasa yollarından geçerek veya bunlara ilişkin başvuru süreleri sona ererek kesinleştikten sonra değişmez bir nitelik kazanır. Kararı veren yargıç dahil hiç bir merci onu değiştiremez. İşte yargı kararlarının bu değişmezlik kuvvet ve niteliğine, "*kesin hüküm*" (muhkem kaziye) denilmektedir¹. Kesin hüküm de şekli ve maddi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2. Kesin Hükmün Çeşitleri

a. Şekli Anlamda Kesin Hüküm

Bir kararın şekli anlamda kesinliği, o karara karşı artık normal (olağan) kanun yollarına -temyiz, karar düzeltme- başvurulamayacağını deyimler². Şekli anlamda kesin hükmün amacı, bir davanın sona ermesine hizmet etmesidir.

Hükümler ya yasa gereği verildiği anda kesindir, temyiz edilemezler. Ya da temyiz edilebilir ancak yasa yoluna başvurma süresinin geçmesi, süresi içinde başvurulmuş fakat üst yargı organınca onanması, onama kararına karşı karar düzeltme yolunun kapalı olması, karar düzeltme yolunun açık olması halinde sürenin geçirilmesi yahut talebin reddedilmesi, temyiz

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 TELLİ, S.Tekin., "İdari Yargıda Kesin Hüküm", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile ilgili İncelemeler III. Ankara 1980, s.103.

2 KURU Baki/ASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, 7.Bası, Ankara 1995, s.487; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.876.

incelemesi sonunda bozulan yerel mahkeme kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulduğunda hükmün onanmış olması hallerinde şekli anlamda kesinleşmiş olur³.

Bir hükmün şekli anlamda kesinlik kazanabilmesi için mutlaka esasa ilişkin bir karar olması gerekmez. Usul ve şekle ilişkin kararlar da şekli anlamda kesinlik kazanma niteliğine sahiptir⁴.

Şekli anlamda kesinliğin sonuçları; bu karara karşı normal yasa yollarına gidilemez. Şekli anlamda kesinlik, maddi anlamda kesinliğin önşartıdır. Yani hüküm şekli anlamda kesinleşmeden, maddi anlamda kesinleşemez. Bir hükmün icraya konulabilmesi için, şekli anlamda kesinleşmesi şart değildir. Ancak yasalar bazen bunu şart koşabilir⁵.

Şekli anlamda kesinlik kural olarak sona eremez. Bir halde bu mümkündür. Temyiz ya da karar düzeltme sürelerinin irade dışında, kabul edilebilir bir mazeret nedeniyle kaçırılması durumunda, eski hale iade isteminin kabulü şekli anlamda kesinliği kaldırır. Yani karar kesinleşmemiş gibi temyiz yada karar düzeltme incelemesi yapılır⁶.

b. Maddi Anlamda Kesin Hüküm

Maddi anlamda kesinlik, şekli anlamda kesinlik kazanmış kararlara tanınan kanuni kesinlik (gerçeklik) vasfıdır⁷. Bu tanım şu üç unsuru kapsamaktadır. Maddi anlamda kesinlik, ancak şekli anlamda kesinlik kazanan yargısal kararlara tanınan bir vasıftır. Bu vasıf yasa tarafından tanınmaktadır. Bu vasıf yargısal kararların hakikat olarak kabul edilmesini zorunlu kılar.

3 BÜYÜKEREN Sadi, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması", THED, Mayıs 1996, sy.5, s.9.

4 ATAY Cevdet, İdari Yargıda Temyiz Davası, Bursa 1981, s.47 (Yayınlanmamış Doktora Tezi)

5 KURU/ASLAN/YILMAZ, age., s.488; KURU, age., s..877 ; Y16.HD, 15.5.1991, 12819/1093, YKD. 1992, sy.5, s.741 :"*Maddi anlamda kesin hükmün varlığını kabul edebilmek için, hükmün şekli anlamda kesinleşmesi gerekir. Şekli anlamda kesinlik,maddi anlamda kesinliğin ön ve temel şartını oluşturur. Bu şart oluşmadıkça, maddi anlamda kesin hükmün varlığından söz edilemez.*"

6 KURU/ASLAN/YILMAZ, age., 489; ATAY, age., s.47.

7 ibid.

Maddi anlamda kesin hükmün amaçlarını şu şekilde özetleyebiliriz; mahkeme kararlarına güvenilmesini ve uyulmasını sağlamak, taraflar arasındaki uyuşmazlığı bütün bir gelecek için son bulmasına hizmet etmek, çelişik kararlar verilmesine engel olmak ve toplum için zorunlu olan hukuki istikrarı sağlamak⁸.

Mahkemelerin nihai kararları (esasa, usule ilişkin) maddi anlamda kesinlik kazanabilirler⁹. Maddi anlamda kesinlik, kural olarak, kararın hüküm fıkrası için geçerlidir. Ancak hüküm fıkrasının yeterince açık olmaması ve hüküm fıkrasının sık sık sıkıya gerekçeye bağlı olması hallerinde, gerekçe de kesin hüküm oluşturabilir¹⁰.

Maddi anlamda kesin hüküm, hükmü veren mahkeme de dahil bütün mahkemeleri bağlar. Yani konusu, sebebi ve tarafları aynı olan konuda verilen bu kararlar bağdirdir, yeniden inceleme yapamazlar¹¹. Böyle bir dava açılırsa, kesin hüküm itirazı ile karşılaşır. Yine kesin hüküm, kesin delil teşkil eder.

B. KESİN HÜKMÜN ETKİSİ

Kesin hüküm olan bir yargı kararının, etki alanının ne olduğunun, ulaşılan çözümün(yargı kararının) üçüncü şahıslara ve benzeri uyuşmazlıklara uygulanabilir olup olmadığına da tespit edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında kesin hükmün mutlak ve nisbi etkisi gündeme gelmektedir

1. Kesin Hükmün Nisbi Kuvveti

Kesin hüküm; bir şahsın, yalnız taraflar arasında ileri sürebileceği bir durumu tesbit ediyorsa, üçüncü şahısları bağlamıyorsa, başka bir deyişle uyuşmazlığı çözen yargı kararı, aynı nitelikteki bütün uyuşmazlıklara uygulanamıyorsa, yalnız taraflar için kanuni hakikat sayılıyorsa, bu hale kesin hükmün nisbi etkisi denilmektedir¹².

8 KURU/ASLAN/YILMAZ, age., s.489; ÇEMBERCİ, Musa., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965, s.13-14; Kesin hükümden sadece maddi anlamda kesinliği anlayan ve kararın verildiği anda kesinleştiğini, icrası için şekli anlamda kesinleşmesinin gerekmediğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. ATAY, age., s.48.

9 KURU/ASLAN/YILMAZ, age., s.494.

10 ibid.

11 id., s.496.

12 TELLİ, agm., s.105.

2. Kesin Hükümün Mutlak Kuvveti

Kesin hüküm; şahsın, herkese karşı ileri sürebileceği bir durumunu tesbit ediyorsa, etki ve kapsamı genel olup herkese karşı ileri sürebiliyorsa, yargı yerinin kararı, aynı nitelikteki uyuşmazlıklara doğrudan doğruya uygulanabiliyorsa, başka bir deyişle verilen karar herkes için kanuni hakikat sayılıyorsa, bu halde kesin hükümün mutlak etkisinden söz edilir¹³.

Kesin hükümün bu iki etkisinin, idari yargıda verilen kararlar bakımından önemli sonuçları vardır. Aşağıda idari yargı kararlarının niteliklerini ayrıca inceleyeceğiz. Ancak kesin hüküm açısından burada kısaca üzerinde duracağız.

II. İDARİ YARGIDA KESİN HÜKÜM

A. İPTAL DAVALARINDA KESİN HÜKÜM

Genel bir tanımlama ile iptal davası, "İdare tarafından ittihaz olunan icrai bir karardan şahsi, meşru, aktüel bir menfaati muhtel olan bir şahsın idari bir mahkemeye müracaat ederek bu kararın mevzuata, hukuka -selahiyet (yetki), saik, mevzu, şekil veya maksat yönlerinden biriyle- aykırılığından ötürü bozulması"¹⁴ şeklinde tanımlanabilir. Bu yönde açılan bir dava genel olarak ya davanın reddi ya da idari işlemin iptali şeklinde sonuçlanır. Buradan hareketle, idari yargıda kesin hükümü, red ve iptal kararlarında ayrı ayrı incelemek gerekir.

1. Red Kararlarında Kesin Hüküm

a. İlk İnceleme Prosedüründe Kesin Hüküm

İdari Yargılama Usulü Kanununun 14. maddesi, idari yargıda dava açıldığında işin esasına girmeden ilk olarak nelerin inceleneceğini, 15. maddede ise bu ilk inceleme sonunda ne yönde karar verileceğini düzenlemiştir. Öğretide, bu ilk inceleme konularının, işin esasına girmeden tespit edilemeyeceği, dolayısıyla bu incelemelerin, bir tür "*önyargılama*"

13 ibid.

14 SARICA Ragıp, İdari Kaza-İdari Davalar, c.I, İstanbul 1949, s. 10.

olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Yargılama işlevine ilişkin bu kararları şimdi sırasıyla görelim.

i. Görev ve Yetki

Görev ve yetki, usul hukuku bakımından farklı durumları ifade etmektedir. Görev, bir yargı yerinin dava konusu yönünden yetkili olmasını, yetki ise yer yönünden yetkili olmasını ifade etmektedir¹⁶. Bir ülkede birden çok yargı düzeninin bulunması, ya da bir yargı düzeni içinde birden çok yargı kuruluşunun bulunması, görev ve yetki dağılımı sorununu gündeme getirir. Konu yönünden yetki problemi, birden fazla yargı düzeni arasında olabileceği gibi, aynı yargı düzeni içindeki alt ve üst derece mahkemeleri arasında da olabilir. Yer yönünden yetki problemi ise, aynı yargı düzeni içinde birden fazla mahkeme arasında oluşur. İlk incelemede bu sorun ilk olarak ele alınır. Bu konuyu da birkaç başlık altında inceleyebiliriz.

Görevli ve yetkili yargı düzeninde yanılıya düşülmesi: Ülkemizde, idari, adli ve askeri yargı düzenleri kabul edilmiş ve bunların görev alanları kanunlarda belirlenmiştir. Bu yargı düzenleri kendi görev alanı dışındaki davalara bakamazlar. İdari yargı düzeninde açılan dava, adli ya da askeri yargı düzenine giren bir dava ise görevli ve yetkili yargı düzeninde yanılıya düşülmüş olur, idari yargı yeri davayı görev yönünden reddeder (İYUK. md.15/1-a)¹⁷. Yani görevsizlik kararı verir. Bu karar üzerine idari yargı

15 ERKUT Celâl/SOYBAY Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, İstanbul 1999, 4.Bası, s.206.

16 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/DİNÇER Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1996, s.260; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 12.Bası, Ankara 1998, s.386; HONDU Selçuk, "Danıştay, İdare Mahkemeleri, Vergi Mahkemeleri arasında ortaya çıkan görev uyumsuzlukları", DD.56-57, 1985, s.14-15.

17 D12D. E.74/1181, K.74/1346, T.8.5.1974, AİD., c.8, sy.2, s.210: "...(T)elif hakkı ücretinin miktarına ilişkin uyumsuzluğun görüm ve çözümünün...asliye mahkemesine ait olması nedeniyle Danıştay'da açılan davanın görev noktasından reddine..."; D12.D, E.73/827, K.74/710, T.19.3.1973, AİD., c.7, sy.3, s.229: "...(U)yuşmazlık, ahvali şahsiye sicilinin düzeltilmesi niteliğinde olup çözümlenmesi Medeni kanunun...38. maddesi uyarınca adli yargı yerinin görevine girdiğinden, Danıştay'da inceleme olanağı bulunmayan davanın görev noktasından reddine..."; D10.D, E.86/469, K.88/1048, T.9.6.1988: "...İhale safhasında değil, yapılmış ihalelerden sonra kurulan özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan dava konusu uyumsuzluğun görüm ve çözümü, adli yargının görev alanına girmektedir. İdari yargının görev alanına girmeyen dava konusu uyumsuzluğun esası hakkında...verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir..."

yerince yapılacak başka bir işlem yoktur. Bu karardan sonra davacı, davasını ilgili yargı yerinde açmak durumundadır. Dolayısıyla burada kesin hüküm oluşmaz. İkinci yargı yeri de kendisini görevsiz bulursa iki yargı düzeni arasında görev uyuşmazlığı çıkar ki; buna olumsuz görev uyuşmazlığı¹⁸ denir. İki yargı düzeni arasındaki bu uyuşmazlığı, Uyuşmazlık Mahkemesi çözüme kavuşturur.

İdari yargı düzeni içinde görevli ve yetkili mahkemede yanlıya düşülmesi: İdari yargı düzenimizde, Yüksek mahkeme olarak Danıştay, ilk derece mahkemeleri olarak da idare ve vergi mahkemeleri düzenlenmiştir. Görev ve yetki sorunu Danıştay ve ilk derece mahkemeleri arasında çıkabileceği gibi, ilk derece mahkemelerinin kendi arasında da çıkabilir.

Dava idari yargı düzeninin görev alanı içine girmekle beraber, görevli ve yetkili olmayan mahkemede açılmış ise, dava görev ve yetki yönünden reddedilerek, dosya yetkili idare mahkemesine gönderilir (md.15/1-a, 43). Davaya bakan ilk derece mahkemesi, başka bir İdare veya Vergi Mahkemesini görevli ya da yetkili bulursa, görevli ya da yetkili yargı yerini kendi kanaatine göre belirler ve dosyayı o mahkemeye gönderir (md.43/1)¹⁹. Gönderilen yargı yeri de kendini görevsiz ya da yetkisiz bulursa 43. maddede belirlenen usule göre²⁰ Danıştay veya Bölge İdare Mahkemesi²¹ yetkileri dahilinde yetkili veya görevli yargı yerini belirler.

18 Olumsuz görev uyuşmazlığı "adli, askeri ve idari yargı yerlerinden en az ikisinin, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada, karşılıklı birbirlerini görevli saymalarından dolayı, kendilerini görevsiz görmeleri" şeklinde tanımlanabilir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.127; DURAN Lütfi, "Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarına göre selbi vazife ihtilafı", İHFM, c.XVI, sy.3-4, s.688.

19 Trabzon İd. Mah. E.90/322, K.90/318, T.10.5.1990, KARAVELİOĞLU Celâl, İdari Yargılama Usulü Kanunu II, 1993, s.576: "...*(D)avanın yetki yönünden reddine, dava dosyasının yetkili Kayseri İdare Mahkemesine gönderilmesine...*"; Eskişehir İd. Mah. E.97/1003, K.98/375, T.21.9.1998: "...*Tavşanlı'dan Isparta'ya naklen atama işlemine karşı açılan davanın çözüm yeri Antalya İdare Mahkemesi olduğundan, davanın yetki yönünden reddine, dava dosyasının Antalya İdare Mahkemesine gönderilmesine...*"; Eskişehir İd. Mah. E.98/478, K.98/469; T.17.6.1998: "...*Milli Eğitim Bakanlığının atama işlemine karşı açılan davanın çözüm yeri Ankara İdare Mahkemesi olduğundan, davanın yetki yönünden reddine, dava dosyasının Ankara İdare Mahkemesine gönderilmesine...*".

20 İYUK. Md.43/1-b: "Görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisini görevsiz veya yetkisiz gördüğü takdirde, sözkonusu mahkeme ile ilk görevsizlik veya yetkisizlik kararını veren mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin

Danıştay Kanununun 24. maddesinde Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı konular belirlenmiştir. Bunlar dışındaki konularda görevsizdir. Şayet 24. maddedekiler dışındaki bir konuda Danıştay'a doğrudan bir dava açılmış ise, Danıştay görevsizlik kararı verir, dosyayı tespit ettiği görevli idare veya vergi mahkemesine gönderir. Danıştay'ın verdiği bu karar kesindir, yani Danıştay'ca görevli bulunan mahkeme görevsizlik kararı veremez (md.43/3)²². Diğer yandan, ilk derece mahkemesinde açılan davada, mahkeme, konunun Danıştay'ın görev alanına girdiği düşüncesinde ise, görevsizlik kararı vererek, dosyayı Danıştay'a gönderir. Danıştay kendini görevli bulursa, davayı sonuçlandırır. Görevli bulmaz ise, tespit ettiği görevli mahkemeye gönderir²³. Danıştay'ın bu kararı kesindir (md.43/1-a, 43/3). Danıştay, dava dosyasını gönderen mahkemeyi görevli olarak tespit edebileceği gibi, bir başka mahkemeyi de tespit edebilir. Bu takdirde dava dosyasını görevli bulunduğu mahkemeye gönderir²⁴. Bu durumlarda kesin hükümle ilgili bir sorun çıkmaz.

yargı çevresi içinde ise, uyuşmazlık bölge idare mahkemesince, aksi halde Danıştay'ca çözümlenir.”

21 Diyarbakır Bölge İd. Mah. E.83/96, K.83/136, T.21.3.1983: Maliye Bakanlığının sakatlık indiriminden yararlanamayacağı yolundaki işlemine karşı, Diyarbakır İdare Mahkemesinde açılan dava, görev yönünden reddedilerek dosya Diyarbakır Vergi Mahkemesine gönderilmiştir. Vergi Mahkemesi de, İdare Mahkemesinin görevine girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verip dosyayı Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesine göndermiştir. Bölge İdare Mahkemesi olayı vergi uyuşmazlığı olarak nitelendirip, Vergi Mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir.

22 D10.D, E.90/4612, K.90/2901, T.5.12.1990: “...Dosyanın incelenmesinden Devlet memurluğundan çıkarma işleminin iptaline ilişkin davanın görüm ve çözümü...idare mahkemesinin görev alanı içinde bulunduğu, Danıştay Başkanlığına açılan davanın görev yönünden reddine, 2577 sayılı yasanın 15 inci maddesinin 1/a fıkrası uyarınca dava dosyasının...İdare Mahkemesine gönderilmesine...”.

23 D6.D, E.92/3740, K.92/3957, T.3.11.1992: “...(A)çıklanan yasa hükümleri uyarınca imar mevzuatına ilişkin olduğu anlaşılan davanın çözümü İzmir İdare Mahkemesinin görev ve yetki alanı içinde olduğundan, İdare Mahkemesince Danıştay'a gönderilen bu dava dosyasının 2577 sayılı yasanın 43 .maddesinin 1/a fıkrası uyarınca İzmir İdare Mahkemesine gönderilmesine...”.

24 İYUK 43. maddenin 4. fıkrasında, bu madde hükümlerine göre. Görevli ya da yetkili kılınan mahkemeye yeniden dava açıldığında davacıdan harç alınmayacağını hükme bağlamıştır. Bu düzenleme iki şekilde yorumlanabilir. Birincisi, Danıştay veya Bölge İdare Mahkemesi, ister daha önce görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren iki mahkemeden birini görevli veya yetkili bulsun, isterse bunların dışında üçüncü bir

ii. İdari Mercî Tecavüzü

İdari yargı yerlerinde dava açılmadan önce, idari bir kuruluşa başvurulması, yasada öngörülmüş ise, bu başvuru yerine getirilmeden, dava açılmasına idari mercî tecavüzü denir²⁵. İdari mercî tecavüzü, idari işlemlerde olabilir. Bazen yasalarda, idari işleme karşı dava açılmadan önce, idareye itirazda bulunulması düzenlenmektedir²⁶. Dava açabilmek için, bu idari başvuru yolları tüketilmesi gerekir. İdari başvuru yolları tüketilmeden dava açıldığı anlaşılırsa, yargı yeri, dosyayı, ilgili idareye gönderir (md.15/1-b,e). Uygulamada da yargı yerleri, idari başvuru yapılmadan, doğrudan dava açılmasını, idari mercî tecavüzü sayıp, dosyayı ilgili idareye göndermektedirler²⁷. Bu halde yargı yerine başvuru tarihi, idari mercîe başvuru tarihi olarak kabul edilir (md.15/2).

mahkemeyi görevli ve yetkili bulsun, ilgilinin yeniden dava açması gerekecektir. İkinci yoruma göre, sadece üçüncü bir mahkemenin görevli ve yetkili kılınması halinde, yeniden dava açılması gerekir.YENİCE Kazım/ESİN Yüksel, Açıklamalı İçtihatlı Notlu- İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s.707.

25 GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, age., s.383; YENİCE/ESİN, age., s.442.

26 Örneğin, 1136 sayılı Avukatlık Kanununu , Baronun stajyer listesine yazılma işlemleri, baro levhasına yazılma isteminin reddi, avukatlığa kabul işlemlerinin reddi, baro levhasından silinme , disiplin işlemlerine karşı Türkiye Barolar Birliğine itiraz edilebileceği düzenlenmiştir (md.8-20). 1580 Belediye Kanununda, belediye meclisinin kesin kararlarına karşı, il idare kurullarına itiraz edilebileceği düzenlenmiştir (md.73); 5590 sayılı kanuna göre, odaların ve borsaların, kayıt işlemlerine karşı, oda veya borsa meclislerine itiraz edilebileceği düzenlenmiştir (md.17); 2547 sayılı YÖK'nda yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarına karşı üniversite yönetim kuruluna itiraz edilebileceği düzenlenmiştir (md.54).

27 D 8.D, E.70/2260, K.70/2270, T.25.12.1970, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, s.7, no.23: "...Avukatlık stajının durdurulmasına ilişkin uyuşmazlıkta, 1136 sayılı yasanın 20 inci maddesine göre...Barolar Birliğine başvurulması gerekirken, doğrudan Danıştay'a dava açıldığı anlaşıldığından...dava dosyasının Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına tevdiine..."; D12.D, E.65/51, K.66/2765, GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, age., s.346: "...(Yönetim kuruluna itiraz etmeden doğrudan dava açılmıştır) dosyanın Basın İlan Kurumu Genel müdürlüğü Yönetim Kuruluna tevdiine..."; D12.D, E.71/2503, K.73/1499, T.15.5.1973, DD.12-13, s.532: "...İlanlarının...resmi ilan sayılıp sayılmayacağı hususunda uyuşmazlık doğuran ihtilaflı birinci derecede inceleme yeri Basın İlan Kurumu Yönetim Kurulu olduğu cihetle dosyanın anılan kurula tevdiine...".

Öğretide, GÖZÜBÜYÜK tarafından, idareye başvuru süresinin “hak düşürücü süre” olduğu ifade edilmektedir²⁸. İdari başvuru süresinin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi hukuka uygun gözükmemektedir. Kişi idari başvuru süresi geçtikten sonra, dava açarsa, bu görüşe göre mahkeme davayı reddedecektir²⁹. Oysa idari başvurunun, dava hakkına etkisi olmaması gerekir. Bu başvuru, olayın idare içinde tekrar gözden geçirilmesine yönelik bir durum olarak kabul edilmelidir. Bunun yanında, yasada idari başvuru için bir zorunluluk yoksa, yani “başvurulabilir”, “itiraz edilebilir”, “müracaat edilebilir” gibi ifadeler kullanılıyorsa kişiye bir tercih hakkının verildiği, kabul edilmelidir³⁰. Danıştay'ın bu yönde tespit ettiğimiz bir kararı bulunmaktadır³¹.

İdari eylemlere karşı dava açabilmek için, İYUK md.13'e göre, idari eylemin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak bir işlem yapılmasının sağlanması

28 Bkz. GÖZÜBÜYÜK, age., s.180; GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, age., s.345; Danıştay da 1971 tarihli bir kararında, bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu belirtmiştir. DDDK, E.69/612, K.70/2270, T.18.9.1971: “...Kanun koyucu...yönetim kurulunun ödemeye ilişkin kararı aleyhine...dava açılabilmesini, bu kararlara karşı 30 gün içinde Maliye Bakanlığına itiraz etmek ön şartına bağlamıştır. Bu bakımdan kanunla belli bir itiraz süresi dava açma yönünden hak düşürücü bir müddettir...”.

29 GÖZÜBÜYÜK, age., s.181; GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, age., s.345; Danıştay'ın idari başvuru süresi geçirildikten sonra dava açılması halinde davanın süre aşımı yönünden reddedileceği yönünde kararları bulunmaktadır. DİBK, E.69/11, K.70/30, T.21.11.1970, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları II, 1967/1972, s.107; D8.D, E.86/732, K.88/213, T.22.3.1988, DD.72-73, s.447.

30 YILDIRM Turan, “İdari usul yasası kapsamında idareye başvuru”, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998 Ankara, s.252-253.267.

31 D6.D, E.94/2182, K.94/4194, T.14.11.1994, DD.90, s.702: “...(Y)ukarıda yer alan yasa kurallarına göre, belediye meclisinin 1580 sayılı yasanın 71. ve 72 .maddelerinde belirtilen kararları dışında almış olduğu diğer kararları kesin olduğu, ancak bu kararlara karşı belediye başkanının veya ilgililerin 10 gün içerisinde valiliğe veya İçişleri Bakanlığına itiraz edebilecekleri...belirtilmiş olup, bu maddenin içeriğinden valiliğe veya Bakanlığa başvuru için bir zorunluluk bulunmadığı, belediye meclisi kararlarının kesin olduğu ve ilgililerin bu kesin karara karşı doğrudan yargı yoluna başvurabilecekleri gibi, dilerlerse itiraz yolunu kullanabilecekleri açıktır...doğrudan yargı yoluna başvurulmuş olması karşısında dava konusu işlemin esasının incelenmesi suretiyle hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerekirken, mahkemece merci tecavüzü olduğu nedeniyle dosyanın...Valiliğine gönderilmesine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir...”.

gerekir. Dava ancak açık veya zımni red kararı üzerine açılabilir. Bu yapılmadan doğrudan doğruya dava açılmış ise, dava idari merci tecavüzü nedeniyle reddedilir³². İdarenin bahçedeki ceviz ağacını kesmesinden dolayı uğranılan zararın tazmini için açılan davada, İYUK madde 13'e göre 1 veya 5 yıl içinde idareye başvurulması gerekir. Bu yapılmadan doğrudan dava açılmıştır. Görevli merci olan TEDAŞ Genel Müdürlüğüne tevdiine şeklinde karar verilmiştir³³.

Yargı yeri, idari merci tecavüzü nedeniyle dosyayı ilgili idareye gönderdikten sonra, idarenin açık veya zımni red kararı üzerine davacının yetkili ve görevli mahkemeye yeni bir dava dilekçesi ile başvurabileceğinden³⁴ kesin hüküm oluşmaz.

iii. Ehliyet

İdari yargı yerlerinde dava açabilmek için, davaya taraf olma ve dava açabilme ehliyeti yanında, idari yargıya özgü menfaat ihlali ve hak ihlali şartlarının da gerçekleşmiş olması gerekir.

İdari yargıda özellikle iptal davasında menfaat ihlali kavramı önem arz etmektedir. İptal davasında aranan bu menfaat ilişkisinin, meşru, kişisel ve aktüel olması gerekmektedir³⁵. Menfaat, "*bir idari işlemin yargı yeri önüne götürülebilmesi için onunla davacı arasında varolduğu ve ilişkilenebilir ve yeterli sayıldığı kabul edilen salt bir ilişkidir*"³⁶. Bu kavramın geniş veya dar yorumlanması, iptal davasının kapsamının da dar veya geniş olması anlamına gelecektir. Danıştay menfaat şartının, her idari işlem aleyhine, sırf vatandaş olma sıfatıyla dava açma hakkını verecek şekilde geniş yorumlanamayacağını belirtmekle beraber³⁷, 1991 tarihli bir kararında, "*...iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının tespiti,*

32 DDDK, E.69/612, K.71/475, T.30.4.1971, AİD., c.4, sy.3, 1971, s.187.

33 Eskişehir İd. Mah. E.98/128, K.98/409, T.1.6.1998.

34 GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, age., s.383.

35 Bkz. GÖZÜBÜYÜK, age., s.189; ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3.Bası, İstanbul 1966, C.III, s.1780; SARICA, age., s.31.

36 ÖZAY İl Han, Yargısal Korunma, İstanbul 1999, s.78.

37 DDDK, E.72/586, K.74/80, T.25.1.1974, DD.16-17, s.162: "*...Her ne kadar iptal davalarında dava ehliyetinin bir unsuru olarak menfaat ilişkisi...daha geniş tutulmakta ise de, bu temayülün, tüm vatandaşlara, her idari işlem aleyhine, salt vatandaş olma sıfatıyla dava açma hakkı sağlayacak şekilde genişletilmesine de olanak bulunmamaktadır...*".

*hukukun üstünlüğünün ve dolayısıyla idarenin hukuka bağlılığının sağlanması amaçlandığına göre, bu davalarda menfaat ilişkisinin dar yorumlanmaması gerekmektedir...*³⁸ denilerek geniş yorum esasının benimsenmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Davacının, taraf olma ehliyeti ve menfaat ihlali yoksa, kesin hüküm oluşur dava yeniden açılmaz. Dava açma ehliyeti yoksa, vasi ya da veli tarafından dava yeniden açılabilir. İdari yargıda tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına karşı iptal davası açılabileceği öğretisi ve uygulamada kabul edilmektedir³⁹.

iv. Kesin ve Yürütülmesi Gerekli Bir İşlemin Varlığı

İptal davası ancak yönetsel işlemlere karşı açılabilir. Dava konusu işlem idari işlem olacak ve aynı zamanda kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olması gerekir. İşlem bu nitelikte değilse dava reddedilecektir (md.15/1-d).

Önceleri “doğrudan doğruya icra ve infaz kaabiliyeti bulunan idari karar”, “kati mahiyette olan idari tasarruf”, “kesin ve re’sen icrası kabil mahiyette idari karar” şeklinde ifade edilen kavram, “*kesin ve yürütülmesi gereken işlem*” olarak formüle edilmiştir⁴⁰.

Yürütülmesi gerekli işleme, icrai ya da etkili işlem de denilmektedir⁴¹. ERKUT, icrailiği “kamu gücünün, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurması” şeklinde tanımlamaktadır⁴². GÖZÜBÜYÜK ise icrailiği, “işlemin ilgilinin hukuksal durumunda değişiklik yapması” olarak tanımlamaktadır⁴³. Buna göre idarenin etkisiz işlemleri, görüş belirten kararları, danışma kararları, iç yönetim kararları, hazırlık çalışmaları, iptal

38 D6.D, E.89/2264, K.91/1101, T.13.5.1991, DD.84-85, s.422.

39 Bkz. GÖZÜBÜYÜK, age., s.402.

40 ERKUT Celâl, “İdari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir işlem kavramı”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- Birinci Kitap: İdari Yargı, Ankara 1990, s.109.

41 GÖZÜBÜYÜK, age., s.171.

42 ERKUT Celâl, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 119.

43 GÖZÜBÜYÜK, age., s.117.

davasına konu teşkil etmez⁴⁴. İdari işlemin icrailiği, işlemin oluşması ile birlikte kendini gösterir. İşlem henüz yürürlüğe girmemiş olsa da, icrailik vasfı vardır. Yürürlüğe girmeden dava konusu yapılamaması, icrai olmamasından değil, menfaat ihlali koşulunun gerçekleşmemesinden dolayıdır⁴⁵.

Kesin ve yürütülebilir işlem kavramı, işlemin icrailiği ile ilgili olduğu kadar, işlemin iptal davasına konu oluşturma bakımından gerekli niteliğe sahip olup olmadığı açısından da önem kazanmaktadır. Burada “kesinlik” kavramı anahtar konumdur. Kesin işlem, “idari karar alma sürecinin tamamlanarak nihai işlemin ortaya çıkması” demektir⁴⁶. Danıştay 3. Dairesi de buna yakın bir tanımlama yapmıştır. “...Bir idari işlemin, kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi; hukuk düzeninde varlık kazana bilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine...bağlıdır...”⁴⁷.

Nihai işlemin ortaya çıkabilmesi için, bazen bir dizi prosedürel işlemler yapılmaktadır. Bunlar çoğunlukla hukuk alanında bir değişiklik yapmaya yönelik olmadıklarından, hukuksal durumlara da bir etkide bulunmamaktadırlar. Bu nedenle de nihai işlem oluşmadıkça, hukuk düzenine girmedikleri kabul edilmektedir⁴⁸. Sonuçta oluşan nihai, yani kesin işlem dava edilebilir. Önceki prosedürel işlemler dava konusu edilemez. Dava, işlemin prosedürel olduğu gerekçesiyle reddedilmişse, kesin hüküm oluşur.

Ancak öyle prosedürel işlemler vardır ki, nihai işlemde bağımsız ve ayrı olarak hukuksal değer taşırlar, yapıldıkları anda bir takım hukuki sonuçlar doğurabilme gücüne sahiptirler. Bir zincirin halkasını oluşturan bu işlemler, zincirden koparılabilme yeteneklerine göre “kesinlik” değer ve niteliklerine sahip olurlar. İşte bu tür işlemler de kesinlik niteliğine sahip

44 D3.D. E.93/3099, K.94/961, T.29.3.1994: “...(V)ergi borçlarının ödenmesi gerektiğini bildiren yazının tek başına hakkın kaybına neden olan icrai ve kesin nitelikte yürütülmesi gerekli bir idari işlem niteliğinde olmayıp... bir ön işlem olduğu...”.

45 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s.193.

46 ERKUT, İdari Davaya, s.112.

47 D3.D, E.86/1733, K.86/1500, T.4.6.1986, DD.64-65. s.104.

48 ERKUT, İdari Davaya, s.112.

olduklarından, “ayrılabilir işlem kuramı” gereğince iptal davasına konu olabilirler⁴⁹.

İdari yargı yeri, dava konusu işlemin, bu şekilde kesin ve yürütülebilir nitelikte olup olmadığını ilk incelemede re’sen araştıracaktır. Bu nitelikte bulmaz ise davayı reddedecektir⁵⁰. Bu red kararı, kesin hüküm niteliği kazanacaktır.

v. Süre Aşımı

İdari yargıya başvurma belli bir süreye tabi kılınmıştır. Bu süre geçirilirse, dava açma imkanı ortadan kalkar. Bu sürelerin neler olduğu ve ne zaman işlemeye başlayacağı, İYUK md.7 de düzenlenmiştir. Davaların, yasalarda belirlenen süreler içinde açılmış olması gerekir. Süre geçirilmiş ise, yargı yeri davayı süre yönünden reddeder⁵¹. Dava süre açısından reddedilir ve bu karar da kesinleşirse, aynı konuda bir daha dava açılmaz. Başka bir ifade ile, süre yönünden red kararı kesin hüküm oluşturur. Ancak İYUK’nun 10/2. maddesinin son cümlesi buna bir istisna getirmektedir. Buna göre ilgililerin, haklarında bir işlem ya da eylemin yapılması hususunda idareye başvurmaları halinde, idare 60 gün içinde bir cevap vermemişse, istemin reddi anlamına gelen bu işleme karşı, süresinde dava açabileceklerdir. Açılan bu davanın, süresinde açılmadığı için reddedilmesi durumunda, idare istem konusunda bir cevap verirse, yeni bir dava açma süresi başlar⁵². Dava açma süresinin, hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir⁵³.

49 ibid.

50 Kayseri İd. Mah. E.84/12, K.84/32, T.26.1.1984, KARAVELİOĞLU, age., s.579: “...(K)ararı, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliği taşıyamaması sebebiyle idari dava konusu yapılması mümkün değildir...”.

51 Kayseri İd. Mah. E.84/85, K.84/68, T.16.2.1984, KARAVELİOĞLU, age., s.578; Danıştay, vergi mahkemesinde açılması gereken davanın, idare mahkemesinde açılması ve görev yönünden reddedilmesi durumunda, idare mahkemesinde açılan davanın, süresinde açılmış sayılabilmesi için, vergi mahkemelerinde dava açma süresi olan 30 günlük süre içinde, idare mahkemesine dava açılmış olması gerektiğini ifade etmektedir. D7.D. E.96/2397, K.97/3355, T.8.10.1997, DD.95, s.478.

52 D5.D, E.88/2022, K.90/1863, T.22.10.1990, DD.82-83, s.446: ‘...İdarenin başvuruya cevap vermemesi üzerine açılan bir davanın süreden reddedilmesine karşın, idarece sonradan verilen cevap üzerine ilgililere yeniden dava açma hakkı tanınmış bulunduğu ve bu davanın konusunu da aynı işlem oluşturacağına göre idarenin cevap vermemesi üzerine açılan ancak yasal süresi geçirilmiş bulunan davanın görülmesi

vi. Husumet

Genel olarak her davada, davanın niteliği gereği bir hasım gösterilmesi gerekir. Buna uygun olarak, İYUK md.14, idari davalarda hasımın gösterilmesi gerektiğini, bunun ilk incelemede dikkate alınacağını belirtmiştir. Ancak, 15. madde, husumetin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi halinde, yargı yerinin, doğru hasmı tespit ederek, davayı ona yönlteceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla kesin hükümle ilgili bir sorun ortaya çıkmaz.

vii. Dava Dilekçesindeki Usuli Eksiklikler

Dava dilekçesinin, İYUK md.3 ve 5 deki şartlara uygun olması gerekir. İlk inceleme aşamasında bu eksiklikler tespit edilirse, 30 gün içinde yeniden düzenlenmek üzere ve varsa eksiklikleri tamamlanmak üzere "dilekçe red kararı" verilir (md.15/1-d). "...Bu kararın bildirim tarihinden itibaren 30 gün içinde belirtilen noksanlar tamamlanarak yeniden dava açılmakta serbest olmak üzere, dava dilekçesinin reddine..."⁵⁴ yolundaki karar durumu açıklamaktadır. Yine tek nüsha olarak verilen dava dilekçesi hakkında "...Dava dilekçesinin tek nüsha verilmesi, İYUK 3. maddeye uygun değil. İYUK madde 15/1-d maddesi gereğince 30 gün içinde yeni dilekçe verilmek üzere dilekçenin reddine..." şeklinde karar verilmiştir⁵⁵. Davacı 30 gün içinde eksiklikleri tamamlayarak dava açarsa, bu dilekçeden harç alınmaz, davaya devam edilir. Kesin hüküm söz konusu olmaz.

sırasında idarenin olumsuz cevabını bildirmesi halinde, davanın süreaşımı yönünden reddedilmeyerek uyumsuzluğun esasın incelenmesinin yasakoyucunun 10. maddede ifadesini bulan amacına daha uygun düşeceğinde herhangi bir duraksamaya yer bulunmamaktadır...

53 ONAR, age., s.1961; GÖZÜBÜYÜK, age., s.438; Öğretide, idari yargıda dava açma süresinin, hak düşürücü sereden ayrı "*sui generis*" bir müessesese olduğu görüşleri de bulunmaktadır. DURAN Lütfi, "İdari kazada dava açma müddeti-İdari müruru müddet", İHFM, c.XI, sy.1-2, 1944, s.249; ÇIRAKMAN Erol, "İdari davalarda süre", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s.196.

54 Tabzon İd. Mah. E.90/1202, K.90/696, T.22.11.1990, KARAVELİOĞLU, age., s.582.

55 Eskişehir İd. Mah. E.98/568, K.98/892, T.10.7.1998.

Bu süre içinde verilen ikinci dilekçede de aynı yanlışlıklar yapılırsa, bu sefer dava reddedilir (md.15/5)⁵⁶. Eksikliklerden dolayı dava reddedildikten sonra süresinde açılan davada, aynı eksiklikler tekrarlanırsa dava reddedilir (İYUK. Md.15/5). Bu kararın kesin hüküm etkisi konusunda iki görüş vardır. Birinci görüşe göre, dava açma süresi geçmemek kaydıyla, davacının istediği kadar dava açma hakkı vardır. Ancak üçüncü ve daha sonraki davalar için harç alınacaktır. Kısaca dava açma süresi geçmedikçe kesin hüküm oluşmaz. Dava açma süresi geçince de zaten dava süreden reddedilecektir⁵⁷. İkinci görüşe göre ise, yasanın ilgili maddesi gereği, maddi ve şekli anlamda kesin hüküm oluşur. Üçüncü dava, dava açma süresinde açılrsa bile, dava kesin hüküm nedeniyle reddedilecek, incelenmeyecektir⁵⁸. Kişi haklarının korunması açısından birinci görüş daha uygun bir yol olmakla birlikte, maddenin açık hükmü karşısında bu çözümün kabulü pek mümkün gözükmemektedir.

Bu 30 gün geçirildikten sonra dilekçe verilirse, Danıştay "...süre aşımı sebebiyle inceleme olanağı bulunmayan davanın reddi..."⁵⁹ yönünde karar vermektedir. Davacı otuz gün içinde dilekçe vermez ise, dava açılmamış sayılır⁶⁰. Bu hallerde de kesin hüküm oluşur.

b. Esastan İncelemede Kesin Hüküm

İptal davasında ikinci inceleme, esastan incelemedir. Yani yekki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden bir sakatlık olup olmadığının incelenmesidir. Açılan iptal davası, iptal nedenleri yönünden incelenerek reddedilmişse, kesin hüküm oluşur. Aynı sebebe dayanılarak yeni bir dava açılmaz, açılrsa bile kesin hüküm nedeniyle reddedilir⁶¹. Davacı dilekçesinde sadece bir unsurun (örneğin yetki unsuru) hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüş, mahkemede sadece bu unsur yönünden davayı reddetmişse, davacının başka bir unsur ya da unsurlara dayanarak aynı işlem

56 Bu kuralın gerekçesinin, her seferinde yeni yanlışlıklar yaparak, yargının sürekli meşgul edilmesinden ve idarenin sürekli yargısal denetim tehdidi altında tutulmasından kurtarılması olabileceği ifade edilmektedir. YENİCE/ESİN, age., s.514.

57 TELLİ, agm., s. 117.

58 id., s.118.

59 D5.D, E.87/392, K.87/327, T.4.3.1987, GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, age., s.381.

60 Medeni yargılama ile karşılaştırınız. KURU/ASLAN/YILMAZ, age., s.548.

61 D5.D, 62/1696 sayılı karar, Hocaoğlu ve diğerleri, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hülasaları, Birinci Kitap, 1963, s.76.

hakkında yeni bir dava açması hukuken mümkündür⁶². Bu halde kesin hüküm oluşmaz, dava kesin hüküm nedeniyle reddedilmez.

Gerek kabul şartları, gerekse esastan red kararlarının meydana getirdiği kesin hüküm, nisbi kuvvettedir. Kararların etkisi sadece taraflara yöneliktir. Üçüncü kişiler aynı işlem aynı sebep yönünden yeni bir dava açabilirler⁶³. Çünkü bu redde dair kararlarda, reddin sebebi davacının ileri sürdüğü delillerin ve gerekçelerin yeterli olmamasıdır⁶⁴.

2.İptal Kararında Kesin Hüküm

İptal kararı, geriye yürütür şekilde idari işlemin hukuk düzenindeki varlığına son verir. İşlem hukuk aleminde kalktığına göre, bu kalkış sadece taraflar için değil herkes için sonuç doğurur⁶⁵. Hukuk aleminde kalkan bir işlemin, bazıları için kalkmıştır, bazıları için ise kalkmamıştır denilmesi mümkün değildir. Bu yüzden iptal kararı genel etkilidir. Davada taraf olmayanlar da bu karardan yararlanırlar. Ayrıca dava açmalarına gerek yoktur⁶⁶. Danıştay eski bir kararında “...bir kararın iptali yalnız davacıyı değil, bütün alakadarları işlem edecek bir netice hasil eder...”⁶⁷ diyerek bu ilkeyi açıkça ortaya koymuştur.

Genel düzenleyici işlemlerin (Tüzük.yönetmelik vs.) iptali yönündeki kesin hükmün etkisinin mutlak oluşunda hiç tereddüt yoktur⁶⁸. İptal davasının objektif niteliği gereği de, bu yönde bir iptal kararı herkes için geçerlidir. İlgili diğer kişilerin iptal davası açmasına gerek yoktur. İptal edilen bir işlemin ikinci kez iptal edilmesi söz konusu olamaz. İkinci bir dava açılırsa, mahkeme bunu re'sen dikkate alır ve durumu tespit eder⁶⁹.

62 GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, Yönetmelik Yargı, 10.B. Ankara 1996, s.213 .

63 GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.214; TELLİ, agm., s.120; SARICA, age., s.109; ONAR, age., s.1789; D10.D. E.83/664, K.84/882, T.30.4.1984, DD.56-57, s.379.

64 TELLİ, agm., s.120; GÖZÜBÜYÜK, Aynı nedene dayanılarak açılan yeni davada içtihat değişikliği gibi olağanüstü bir durum olmadıkça, büyük olasılıkla davanın reddedileceğini belirtmektedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, age., s.214.

65 ULER Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s.44.

66 GÖZÜBÜYÜK, age., s.273;; ÇELEN Orhan, “Türk idare hukukunda iptal davasının sonuçları”, AYİMD, sy.10, s.5

67 DDDUH, E.38/26, K.168, T.9.6.1939, AKURAL/ZİYLAN, s.118, no.176.

68 TELLİ, agm., s.121; GÖZÜBÜYÜK, age., s.217.

69 D12.D, E.73/338, T.19.12.1973, DD.14-15, s.553.

Örneğin iptali istenen yönetmelik hükmü önceden iptal edilmiş ise, “*iptal hükmü herkese sari olduğundan*” yeniden karar alınmasına gerek yoktur⁷⁰. İptal kararı ile idari işlemin hukuka aykırı olduğu tespit edilir. Bu durumda işlemin bazıları için hukuka aykırı, bazıları için hukuka uygun olduğunun kabulüne imkan yoktur.

İptal kararının etkisinin genelliği ilkesi birel işlemler için de geçerlidir. Etkinin genelliği bakımından önemli olan, iptal kararının objektif olması ve herkesi etkilemesidir. Bir kişi kendisinin atanması gerektiğine inandığı her göreve başkasının atanması işlemine karşı dava açmış olsa, atanana kişi davada taraf değildir, üçüncü kişi durumundadır. Fakat, işlemin yöneldiği kişidir ve iptal kararından etkilenir⁷¹. İptal edilen işlem birel bir işlem olsa da, bu işlemle ilgili herkes iptal kararından etkilenir.

İptal kararı, iptal edilen işlemle ilgili kişiler bakımından olduğu gibi, iptal edilen işlemle ilgili diğer işlemler bakımından da bir takım etkiler doğurur. İşlemler, çeşitli biçimlerde birbirleriyle etkileşim içinde olabilirler. Örneğin bir işlemin yapılması veya geçersiz sayılması başka bir işleme bağlı olabilir. Bu ilişki sebep sonuç bağlantısı şeklinde olabilir⁷². Bir işlemdeki sakatlık, ona dayanılarak yapılan işlemlere de sirayet eder. Dayanağı sakat olan işlemler de sakat doğmuş olacaktırlar⁷³. Danıştay bunu “*iptal kararı, iptali istenen tasarrufu ve ona bağlı işlemleri yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırır...*” şeklinde formüle etmiştir⁷⁴.

Birel işlemin iptali, genellikle tarafları ilgilendirir. Ancak birel işlemin iptali bazen kesin hükmün mutlak etkisini gösterebilir. ÖZAY'ın verdiği bir örnekle açıklayacak olursak⁷⁵; Fakültelere kayıt durumunu düzenleyen yönetmelikte, aday olabilmek için lise diploması koşulu aranmaktadır. Adaylık istemi ticaret okulu mezunu olduğu gerekçesiyle reddedilir. Açılan dava üzerine idare mahkemesi, lise diploması koşulunun, eşdeğerliği yetkililerce kabul edilmiş tüm orta öğretim kurumlarını kapsadığı gerekçesiyle, red işlemini iptal eder. Bu iptal kararı, davacının kaydının

70 DDDK, E.60/57, K.65/582, T.25.6.1965, DKD.95/96, s.140.

71 ULER, age., s.46.

72 ibid.

73 id., s.58.

74 D8.D, E.81/551, K.82/1196, T.21.10.1982, DD.50-51, s.354.

75 ÖZAY İl Han, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, s.14.

yapılması gibi öznel bir etki yaratmakla beraber, liseye denk olan okullardan mezun olan tüm öğrencilerin, yeni bir iptal davasına gerek olmadan, aday olabilmelerini sağlayacak bir etki de yaratır. Bunun anlamı, tek bir olaya ve tek bir kişiye ilişkin iptal kararı, benzeri tüm durumlara uygulanabilecek niteliğe bürünmektedir. Bu durum kesin hükmün mutlak etkisine bir örnek teşkil eder.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da dava dilekçesinde yer alan bir istem hakkında karar verilmemesi durumunda, bunun kesin hüküm teşkil edip etmeyeceğidir. Dava dilekçesinde ileri sürülen bir iddia veya istem, kararda tamamen atlanmış, unutulmuş olursa, bu istem için yeni bir dava açılabilir midir? Özellikle iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması halinde, tazminat istemi hakkında herhangi bir karar verilmemesi bu açıdan önem kazanmaktadır.

Kural olarak kesin hüküm etkisi, kararın hüküm fıkrasına tanına bir etkidir. Gerekçenin böyle bir etkisi yoktur. Ancak hüküm gerekçeye sıkı sıkıya bağlı ise, kesinlik gerekçeye de yansır⁷⁶. Hüküm fıkrası, davada uyumsuzluğu nihai olarak çözen kısımdır⁷⁷. Karar altına alınmamış konuda kesin hükmün oluşmayacağı, zira davada olumlu veya olumsuz şekilde karara bağlanmamış konularda yargıcın açık iradesinin bulunmadığı belirtilmektedir⁷⁸.

İdari yargıda, özellikle iptal davası ile tam yargı davasının birlikte açılması halinde, tazminat istemi için kararda bir hüküm bulunmuyorsa, bu tazminat için yeni bir dava açılmayacağı görüşü vardır⁷⁹. Danıştay'ın görüşünün de bu yönde olduğu söylenebilir. 1972 ve 1977 tarihlerinde verilen kararlarda, iptal ve tam yargı davalarını birlikte açılması ve tazminat istemi hakkında herhangi bir karar verilmemesi durumunda, davacının süresinde karar düzeltme yoluna başvurması gerektiğine, tazminat talebinin yeni bir dava ile yenilenmesin hukuken imkan olmadığına karar verilmiştir⁸⁰.

76 ANSAY S. Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Bası, Ankara 1960, s.370.

77 DOMANİÇ, Hayri, Hukukta Kaziye-i Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964, s.30.

78 CEMBERCİ, Musa, Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965, s.50.

79 GÖZÜBÜYÜK, age., s.236. Yazar bu durumun yeni bir dava hakkı değil, ancak kararın düzeltilmesi için bir neden olacağını belirtmektedir.

80 D10.D. 70/1573, K.72/1307, T.15.5.1972, TELLİ, agm., s.124; DDDK, K.75/188, K.77/167, T.15.4.1977, DD.28-29, s.254.

Düşüncemize göre, istem olduğu halde karar altına alınmamış kısım için kesin hüküm oluşmaz. Zira bu kısım için hakimın kesin iradesi bulunmamaktadır. Yine kural olarak, kesin hüküm kuvveti hüküm fıkrasına tanınan bir vasıftır. Hüküm fıkrasında bu yönde bir karar bulunmadığından, kesin hüküm oluşmaz. İlgili bu kısım için yeni bir dava açabilir.

B. TAM YARGI DAVALARINDA KESİN HÜKÜM

İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-b maddesinde tam yargı davaları, "idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan" davalar olarak tanımlanmaktadır. Öğretide ve uygulamada buna, idari sözleşmelerden doğan davalar da eklenmektedir⁸¹.

Tam yargı davasında yargıç, davacının istemi ile bağılı olarak davacıya yapılan haksızlığın giderilmesine karar verir. Davalı tarafı bir şey yapmaya yada yapmamaya yahut belli miktar parayı tazminat olarak ödemeye mahkum eder⁸².

Tam yargı davasında verilen kararlar, sübjektif bir hakkın ihlalinden doğduğu için sadece taraflar için hüküm ifade eder. Üçüncü kişileri bağlamaz⁸³. Verilen karar taraflar için kesin hüküm teşkil eder. Dolayısıyla bu kesin hükmün etkisi nisbi niteliktedir.

81 GÖZÜBÜYÜK, age., s.230.

82 id., s.290

83 id., s.291.

İDARİ YAPTIRIMLARA GENEL BİR BAKIŞ ve İDARİ YAPTIRIM-CEZA YAPTIRIMI AYRIMI

*Dr. Yücel OĞURLU**

I. GİRİŞ

Bireylerin toplum halinde yaşaması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Toplum olarak yaşamak ise belirli bir düzeni ve bu düzenin kurallarına uyulmasını gerekli kılar. Toplumda düzeni sağlamada etkili olduğu düşünülen hukuksal olmayan diğer kurallar, çoğu zaman hemen sonuç doğuracak etkili yaptırımlar içermez. Bu kurallar, yalnızca belirli kişiler açısından yönlendirici olduklarından tüm bireyleri bağlayıcı ve hemen etki doğuracak hukuk kurallarının varlığı, toplum yaşamının devamı için son derece önemlidir. Aynı zamanda toplumu oluşturan bireylerin tümünün dürüst ve sosyal görevlerini yerine getirmeye hevesli insanlar olduğunu söylemek de oldukça zordur. İnsanların topluluk halinde yaşamalarının bir gereği olan toplumsal görevlerini yerine getirmeleri, ancak zorlayıcı kurallarla sağlanabilmektedir. Bu zorlayıcı kuralların başında yaptırımlar gelmektedir.

İdarece uygulanan yaptırımların önemli bir bölümü İdare Hukukundadır. Bu yaptırımların yaygın olmasının nedeni, belediyelerin uyguladığı yaptırımlar, trafik cezaları ve imar konuları gibi toplumu yakından ilgilendiren alanlarda başvurulmalarıdır. Ticari Ceza Hukuku ve Çevre Ceza Hukuku gibi yeni gelişen alanlarda da idari nitelikte yaptırımlara başvurulması, idari yaptırımlara ülkedeki hemen herkesi ilgilendiren bir yaygınlıkta başvurulmasına neden olmaktadır¹. Günümüzde idari yaptırımlar, gün geçtikçe artan bir önem kazanmaktadır. Basının promosyon uygulamalarını kontrol altına almak için çok yüksek miktarlara varan yaptırımların çözümler arasında düşünülmesi²; belirli sürelerle televizyon

* AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

1 ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, İÜ Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul 1985, s.108.

2 TERCAN, Durmuş, "İdari Cezalar Reformu", Yeni Türkiye, 1996, s.751.

yayının durdurulması³ ve belirli yerlerde sigara içilmesinin yasaklanması⁴ gibi yaptırımlar son zamanlarda, idari yaptırımların daha sık gündeme gelmelerine neden olmaktadır. Günümüzde İdare Hukuku dışına taşan ve ayrı bir disiplin olarak gelişen Vergi Hukukunda da, Vergi Ceza Hukuku başlığı altında yaptırımlar incelenegelmektedir. Bu çalışmada yalnızca İdare Hukukunda başvuru idari yaptırımlarda yargısal korunmayı engelleyen düzenlemeler ele alınmıştır.

Günümüzde idari yaptırımlar, başta İdare Hukuku olmak üzere, Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku, Mali Hukuk, Mukayeseli Hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Hukukundan beslenmektedir⁵. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin idari yaptırımlar hakkındaki tavsiye kararında da belirtildiği üzere, devlet idaresinin büyümesi ve belirli eylemlerin suç olmaktan çıkarılması yönündeki eğilim (décriminalisation), idari otoritelere belirli yaptırımlar konusunda tasarrufta bulunabilme yetkisinin tanınması sonucunu doğurmuştur⁶. Hemen aynı görüşler Viyana 14 üncü Uluslararası Ceza Kongresi Kararlarının giriş bölümünde de ifade edilmiştir. Ayrıca, yasama organları ve hukuk biliminin idari yaptırımlarda istenmeyen artışın engellenmesi ile bu alanın sınırlarının ve ilkelerinin belirlenmesi yönünde çalışmalar yapması gerektiğine dikkat çekilmiştir⁷. Ancak bu gelişmelere paralel olarak, İdarenin artan görevleri hukuka uygun davranmasını da güçleştirmekte ve kişilerin haklarının ihlal edilmesi sonuçlarını doğurmaktadır⁸. Hizmetin genişlemesi ve karmaşılaşmasının dışında,

3 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun, RG. 20.4.1994-21911.

4 4027 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun, RG. 26.11.1996- 22829.

5 MODERNE, Frank, "Le Pouvoir de Sanction Administrative ", RFD adm., 13(1) Janv.-Févr. 1997, s.1.

6 Conseil de L'Europe, "Relative Aux Sanctions Administratives", Recommandation No R (91) 1, Recommendations Du Comite Ministres Dans Les Domaines des Droits Civil, Commercial, Public et International (Volume1983-1994), Volume II, Strasbourg 1995, Giriş Bölümü, s.179.

7 Bu kongrede alınan kararların çevirisi için bkz. Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 10.1989 Viyana), (Çev. Nur CENTEL), Argumentum, Y.1, S.1, s.6-7.

8 ÖZKAN,Gürsel, Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, Ankara 1995, s.33.

İdarenin her zaman hukuka uygun davranma istek ve eğiliminde olduğu da iddia edilemez. İdarenin ajanları bazen yanılarak bazen de kişisel amaçlarla hukukun dışında hareket edebilirler. Bu nedenle, bireylerin İdarenin faaliyetleri karşısında korunması gereği ortaya çıkmıştır.

II. “İDARİ CEZA HUKUKU” ve İDARİ YAPTIRIMLAR

A. İDARİ CEZA HUKUKU TARTIŞMASI

İdari ihlalin ortaya çıkması durumunda idari düzenin işleyişi bozulur⁹. Bozulan bu düzenin kurulması amacıyla, idari düzeni bozucu davranışlara, İdarece yaptırım uygulanabilmektedir. Bu yaptırımlar “idari cezalar” ya da idari yaptırımlar olarak adlandırılır¹⁰. İdarenin kendine özgü bir Ceza Hukukunun olduğu ve bu nedenle, “İdari Ceza Hukuku”ndan söz etmek gerektiğini ileri süren düşünceye göre İdare, faaliyetleri ve fonksiyonuyla ilgili emir ve yasaklara uygun hareket edilmesini sağlamak üzere İdari Ceza Hukukuna¹¹, daha doğrusu bu yeni hukukun zorlayıcı araçları olan idari yaptırımlara başvurmaktadır. Ancak, ceza yaptırımını çağrışımına neden olan bu kavram yerine “idari yaptırım” kavramı bu çalışmada tercih edilmiştir. ÖZAY' ın kavramlara ilişkin görüşlerine katılarak mümkün olduğunca, teknik anlamda ceza, suç, suç ihdası, maddi ve manevi unsur gibi Ceza Hukukuna özgü kavramlar kullanılmamıştır¹².

9 GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, SBF D, C. 18, Y. Haziran 1963, No 2, s.117.

10 SORGUÇ, Bahir, Disiplin ve İdari Soruşturma, 3 üncü Baskı, Ankara 1986, s.27; NAZAROĞLU, Yavuz, “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, NAZAROĞLU, Yavuz, “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, DD., S.14-15, 1974, s.102; GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.117.

11 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.117.

12 Bu tür bir kaçınma aslında güngeçtikçe gelişen bu yeni alanın kavram ve kurumlarının yerleşmesi açısından önemlidir. ÖZAY, kendine yeterli ve özerk alanda bu tür gereksinimi şu şekilde ifade etmektedir: “...(İ)dari yaptırım uygulamasını davet eden ve hatta gerekli kılan davranışların suç niteliğinde, daha doğrusu suç düzeyinde olmamalarıdır. Benzetmelere hiç başvurmamak, hele Ceza Hukuku gibi tarihi insanlığın başlangıcı ile karışmış denecek derecede eski bir alanda türeyen kurumları, İdare Hukuku gibi, görünceli olarak en yeni hukuk dalına uyarılma çabası içinde pek tabii ki

Ceza Hukukundan ayrı bir İdari Ceza Hukukunun olup olmadığı bu güne değin tartışılmıştır¹³. Böyle ayrı bir hukuk dalının olup olmaması bir yana, Ceza Hukuku yaptırımlarına belirli özellikleri ile benzeyen, belirli özellikleri ile de kendine özgü olan, bunun yanında karar ve uygulanmalarında İdarenin etkin olduğu farklı bir yaptırımlar grubunun varlığı açıktır.

“İdari Ceza Hukuku” ya da diğer adlandırmayla “Cezai İdare Hukuku”¹⁴, “idari faaliyetlerin icabında müeyyide zoruyla yürütülmesini sağlayan, idare tarafından izhar edilen iradelere riayetsizlik hâlinde ceza olarak müeyyide tatbikini konu alan hukuk dalıdır”¹⁵. Diğer bir tanımlamaya göre; “İdari Ceza Hukuku, idareye ait yetkilerin nasıl kullanılacağını, sosyal düzeni bozucu davranışların neler olduğunu ve bunları önleyici ne gibi ceza ve tedbirlerin uygulanabileceğini gösteren bir bilim dalıdır”¹⁶. Görüldüğü gibi her iki tanımda da Ceza Hukuku kavramlarından yararlanılmıştır.

Bir başka tanımda ise, “Toplumsal düzeni korumak ve bu amaçla düzeni bozucu davranışları önlemek için devletler(in) idareler(ine) (verdikleri) yetkilerin nasıl kullanılacağını, sosyal düzeni bozucu davranışların neler olduğunu ve bunlara ne gibi yaptırımların uygulanabileceğini göster(en)” bir hukuk dalı olarak tanımlanmıştır¹⁷.

olanaksızdır. Ne var ki özellikle yaptırımlar konusundaki “kendi kendine yeterlik” ve bir nevi ‘özerklik’ ini kanıtlamış sandığımız bir alanda, bu benzetmeleri de en aza indirmek zorunludur”. ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.69.

13 Bu tartışmalar için bkz. ZANOBİNİ, Guido, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes'elesi”, (Çeviren: GÜNAL, Yılmaz), AÜ. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Eylül-Aralık 1963, No: 3-4, s.301-310.

14 Yazar aynı eserinin 12 sayfasının (1 bis) dipnotunda bu kavramın “abartılmaması gereken, oldukça iddialı” bir kavram olduğunu söylemektedir. ÖZAY, *İdari Yaptırımlar*, s.144; TAN, Turgut/ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 1998, s.494.

15 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.118; Yazar, “İdari Ceza Hukukunda bahis konusu olan suç, idari suçtur” ifadesini kullanmaktadır.

16 İÇEL, Kayıhan/ DONAY, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım I, 2 nci Baskı, İstanbul 1995, s.31.

17 İÇEL, Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHF, C. L, S.1-4, 1984, s.118.

ZANOBİNİ' ye göre, bağımsız bir İdari Ceza Hukuku mevcut değildir. Ancak idari yaptırımlar, İdare Hukukunun bir kısmını oluşturmaktadır¹⁸.

Alman hukuk literatüründe de¹⁹ tam olarak İdari Ceza Hukuku olarak tercüme edilebilecek bir kavram olan "Verwaltungsstrafrecht" tamlaması idari yaptırımları konu edinen bir hukuk dalı anlamında kullanılmaktadır. Aynı içerikli tamlama (droit administratif penal), Fransız İdare Hukukunda da kullanılmaktadır²⁰. Düzene Aykırılıklar Hukuku'nu da²¹ içeren bu kavram, kriminal içerik taşımayan ve dolayısıyla ceza tehdidi içermeyen, ancak bununla beraber idari ihlal eylemi şeklinde ortaya çıkan hukuk ihlalleri ve karşılığında uygulanabilen yaptırımları konu edinen hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır. Ancak kavramın idari yaptırım sisteminin tümünü kapsayıcı şekilde olmadığı anlaşılmaktadır²². Tanımdan Düzene Aykırılıklar Hukukunun temel yaptırımının para yaptırımı olduğu, diğer idari yaptırımların ise Düzene Aykırılıklar Hukukuna dahil edilemeyeceği anlaşılmaktadır²³. Düzene Aykırılıklar Hukuku, İdare Hukukundan çok, Ceza Hukukuna yakın ve oradan beslenen, kabahat olmaktan çıkarılan belirli eylemleri konu edinen ve Alman Hukuk sisteminde yeni bir dal olarak gelişme eğilimi gösteren bir alanı ifade etmektedir²⁴. Bu nedenle Düzene Aykırılıklar Hukuku, bu çalışmanın oldukça dar bir kısmıyla ilgilidir.

18 ZANOBİNİ, agm., s.317.

19 WOLFF, Hans J./ BACHOF, Otto, Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, 1978 München, s.373.

20 MODERNE, agm., s.1.

21 WOLFF/BACHOF, age., s.373 vd.; Ordnungswidrigkeitsrecht, tamlaması dilimize Düzene Aykırılıklar Hukuku olarak çevrilmekte ve İdari Ceza Hukukunun bir parçası olarak düşünülmektedir. İÇEL, agm., s.118 vd.; MAHMUTOĞLU, Selami Fatih, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Para Yaptırımı, İstanbul 1995, s.101.

22 KÖGLER, Gerhard, Juristisches Wörterbuch, Verlag Franz Vahlen, 7 nci gözden geçirilmiş Bası, München 1995, s.72 ve 922.

23 MAHMUTOĞLU, age. s.123.

24 MAHMUTOĞLU, age. s.101-103. Yazar, Düzene Aykırılıklar Hukuku ve İdari Ceza Hukuku kavramlarının örtüştüğü düşüncesiyle eserinin başlığında parantez içi ifadelerle "İdari Ceza Hukuku" tamlamasını da kullanmaktadır. Halbuki yazarın temel aldığı Alman Hukukunda bile, bu iki kavram birbirinden farklı tamlamalarla ifade edilmektedir. İdari Ceza Hukuku için Verwaltungsstrafrecht, Düzene Aykırılıklar

Viyana 14 üncü Uluslararası Ceza Kongresi kararlarında idari yaptırımlar ve bu alandaki ihlalleri ifade etmekte kullanılan kavram ve terimlerin suç ve cezalardan ayırdedici olacak şekilde kendine özgü olması gerektiğine yasama organlarının dikkati çekilmiştir²⁵. Diğer yandan, idari yaptırımları “idari ceza” olarak adlandırmayı doğru bulmadıktan sonra²⁶, bir “İdari Ceza Hukuku”ndan söz etmek yerinde olmayacaktır. Çünkü, ceza yaptırımlarıyla idari yaptırımlar arasında, gerek ortaya çıkışları, gerek usul ve uygulayıcıları ve gerekse sonuçları açısından önemli farklar vardır. Bu farklara aşağıda değinilecektir. Öncelikle, “idari ceza” ve “İdari Ceza Hukuku” kavramları, bu yaptırımların yürütme tarafından ihdas edildiği izlenimini uyandırmakta ve Ceza Hukukuna özgü olan bu kavramların tümüyle farklı bir alanda ve farklı amaçlarla kullanılmasının ve idari yaptırımların aşağıda incelenecek olan farklılıklarının göz ardı edilmesine neden olmaktadır. Bu kavramlar İdare Hukukunda kavram karmaşasına neden olabilecektir. Sayılan nedenlerle, İdari Ceza Hukuku yerine, “idari yaptırım hukuku” kavramı maksadı ifadede daha yerinde olacaktır.

Farklı adlarla isimlendirilmelerine karşın İdarenin kendine özgü bir yaptırımlar sistemi olduğu ortadadır. İdari Ceza Hukuku, Cezai İdare Hukuku ve Düzene Aykırılıklar Hukuku gibi farklı adlandırmalarla ifade edilmek istenen, İdarece saptanan belirli eylem ve davranışlar ile İdarece uygulanan yaptırımlar sistemidir.

Burada kavram konusunu yinelemek gerekirse, “idari suç”²⁷ yerine “idari düzene aykırı eylem ve davranış”²⁸ ya da daha kısa ve tercüme olmayan bir

Hukuku için Ordnungswidrigkeitsrecht kavramları kullanılmaktadır. Çünkü, birbiriyle ilişkili olsalar da farklı alanları kavramaktadırlar.

25 Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 10.1989 Viyana), (Çev. Nur CENTEL), Argumentum, Y.1, S.1, s.7.

26 İÇEL, agm., s.130.

27 KUNTER'e göre, “idari suç denilen de suçtur, idari ceza denilen de cezadır. Mesele hepsine hakim yetiştirmemektir doğmuştur. Şu veya bu makamın karar vermesi, onların niteliğine te'sir etmez. Hepsi suçtur ama, kimisini hakim şu usulle, kimisini İdare bu usulle cezalandırır.” KUNTER, Nurettin, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8 inci Baskı, İstanbul 1986, s.185, dnt. 142; GÖLCÜKLÜ her ne kadar “idari suç” sözcüğünü kullansa da, suçları kabahat ve cürüm olarak ele alan Türk öğretisinde bunlar dışındaki ihlaller için idari düzene aykırılık, idari kabahat, idari haksız fiil gibi ibareler kullanılmaktadır. GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.118; YARSUVAT, Duygun, “Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar “,

tamlamayla idari ihlal kavramları kullanılabilir. Çünkü, idari suç denildiğinde Ceza Kanunlarına idari düzeni korumak üzere konulan ve karşılığında ceza yaptırımlarına hükmedilen suç grubu akla gelmektedir. Örneğin, TCK. 526 “selahiyettar mercilerin emirlerine itaatsizlik”, 539-543. maddelerinde “ruhsatsız temaşa yerleri ve sair umuma mahsus yerleri açmak”, 552-554 maddelerinde “bina yıkılması ve tamiratlarda ihmal”, 558-559 uncu maddelerde “öteberi atma”, 571-575 inci maddelerinde düzenlenen sarhoşluk hakkındaki düzenlemelerle örneklenebilecek idari suçlar da idari düzeni korumayı amaçlamaktadır. Ancak bunların karşılığında idari yaptırım değil, ceza yaptırımına hükmedilmektedir. Bu nedenle bu çalışmada, idari suç yerine idari düzene aykırı eylem ve davranış tercih edilmiştir. “İdari ceza” yerine “idari yaptırım” kavramı kullanılacaktır. İdari Ceza Hukuku yerine ise, idari yaptırım hukuku kavramları daha yerinde olacaktır.

B. İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ, KAYNAĞI VE AMAÇLARI

1. İdari Yaptırım Kavramı

İdarenin yaptırım uygulama yetkisinin kolluk alanında ve kolluk yetkisinin kullanılması ile yakından ilgili olduğu düşüncesiyle, idareye genel bir yetki imkanı tanıyan kolluk konusuna değinilmelidir:

İdare, kamu ihtiyaçlarını karşılama, kamu düzeni ve güvenliğini sağlama, kamu sağlığını koruma gibi geniş bir faaliyet ve tasarruf alanına sahiptir. Bu fonksiyonlarını yerine getirirken bir yargı kararına gerek

İÜHF.M., C. 50, Yıl: 1984, S. 1-4, İstanbul 1984, s.171; İÇEL, idari suç yerine düzene aykırılıklar, idari para cezası yerine ise para yaptırımı terimini kullanmayı önermektedir. İÇEL, agm., s.130. Ancak “düzene aykırılıklar” ifadesi Alman düzenlemelerine özgü dar bir alanı ifade ettiğinden Batı dillerindeki “infracation” karşılığı olarak idari ihlal tamlaması daha yerinde olacaktır.

28 Alman İdare Hukukunda “ordnungswidrigkeit” olarak kullanılan bu tamlamayı idari ihlal olarak anlamak gerekir. Ceza Hukukuna özgü teknik bir kavram olan “suç” sözcüğü ve MAHMUTOĞLU ve İÇEL tarafından kullanılan “düzene aykırı eylem ve davranış” bu çalışmada kullanılmamış, onun yerine “idari ihlal” tamlaması yeğlenmiştir.

olmaksızın kararlarını “re'sen icra edebilme” gücünü elinde tutar²⁹. İcrai kararların zorla icrası ve İdarenin re'sen hareket etmesi istisnai bir yetkidir³⁰.

İdare, yaptırımlar alanında genellikle kolluk yetkisini kullanarak faaliyet göstermektedir. İdare, bu konuda üç tür yetki kullanmaktadır; İlk olarak, ceza yaptırımı söz konusu ise, adli makamları devreye sokacak karar ve işlemlere girişir. İkinci olarak, doğrudan karar verip uygulayabileceği bir idari yaptırım sözkonusuysa, bu yaptırımı uygular. Son olarak, elinde bu iki imkan yok ve acele bir durum sözkonusuysa, re' sen icra gücünü kullanır. Sayılan son iki başlıkta önlem ya da yaptırım şeklinde idari işlemlere başvurabileceği gibi, gerekli hallerde güç ve zor kullanma gibi idari eylemlere de girişebilmektedir³¹. İdarenin işlemleri, icrai nitelik taşıdıklarından, hukuksal sonuçlarını doğurmaları için ilgililerin rıza ve kabulleri şartı yoktur. İcrai bir işlemin yasada belirtilen bir yaptırımı varsa, bu yaptırım uygulanır³².

Bunun yanında ikinci yol, İdarenin, gerekli hallerde açıkça bir yasadın yetki almak kaydıyla, belirli koşullar altında zor kullanma yetkisine sahip olmasıdır. Son olarak İdare, aldığı kararlara uyulmasını sağlamak için idari yaptırımlara başvurabilir³³. Örneğin, belediye idari olmak ve kanun ve diğer düzenleyici işlemlere dayanmak şartıyla idari yaptırım uygulayabilecektir. Böylece zabıta yönetmeliklerine uymayarak aykırı davrananlara encümenlerin düzenlediği idari yaptırımı uygulayabilecektir³⁴.

Bu arada şunu belirtmek gerekir ki, genellikle belirli bir kişiyi hedefleyen önleyici polis önlemleri, İdarece uygulanmalarına karşın idari yaptırım değildirler³⁵. Adlarından da anlaşılacağı üzere amaçları, belirli faaliyetlerin önlenmesi ile sınırlıdır.

29 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.116-117; ÖZAY, *İl Han, Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s.308 ve 490.

30 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.125.

31 Zor kullanma ancak diğer hafif önlemlerin ve yaptırımların etkili olmadığı durumlar için sözkonusu olabilmektedir. ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.122,123 ve 124.

32 YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku I, 1 inci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s.122-123.

33 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.116-117.

34 ÖZAY, *Günışığında...*, s.479.

35 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.128.

Yukarıda sayılan imkanlardan “re’sen icra yetkisi”, önleyici tedbir alma yetkisi ve idari kararların icrası için zora başvurma, yaptırım olarak değerlendirilmemelidir. Bunlar, yaptırımların içeriğinde varolan, ortaya çıkan “riyetsizliği cezalandırma”, tehdit ya da ıslah amaçlarını değil, yalnızca “zorla riayet ettirme” yoluyla uygulamayı sağlama amacını güder³⁶. Bir başka ifadeyle, boyun eğdirerek idari faaliyetin yürütülmesi amaçlanmaktadır.

İdarenin görevleri arasında kamu güvenliği ve düzeni, kamu sağlığı ve ulusal servetin korunması anlamına da gelen idari düzeni korumak önemli bir yer tutar. Bu koruma, sahip olduğu yaptırım yetkisini kullanabilmesiyle sağlanabilir³⁷. Görev alanına giren hizmetlerini gereken şekilde, etkili ve zamanında yapabilmesi için bu yetkiye sahip olması zorunludur³⁸. Hatta, idari yaptırımların “adaletin çabucak yerini bulmasını sağla(dığı)” görüşü de ileri sürülmüştür³⁹.

Kısaca, “İdari emir ve yasağı bozan bir fiil”⁴⁰ ya da “İdarenin emir ve yasaklarını bozan ve idarece cezalandırılabilen eylem”⁴¹ olarak tanımlanan idari ihlalin ortaya çıkmasıyla idari düzen bozulmaktadır. İdari ihlal, “vatandaşın toplumun bir üyesi, idarenin bir tarafı olması dolayısıyla, yapması gereken bir vebeyi ifa etmemiş olmasıdır”⁴². Diğer yandan, idari

36 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.128; GÜNDAY, bu görüşün aksi düşünce dedir. Yazara göre, idari yaptırımlar idari cezalar ve re’sen icra şeklinde iki ayrı görünümde ortaya çıkmaktadır. GÜNDAY, *Metin, İdare Hukuku*, 2 nci Bası, Ankara 1997. Re’sen icranın bir yaptırım niteliği taşıdığı düşüncesine katılmıyorum. Çünkü bu yetki, kişileri korkutma, ıslah ya da caydırma gibi yaptırımlara özgü özellikleri taşımaz. Re’sen icranın İdarenin kararlarına işlerlik kazandırmayı ve uygulamayı kolaylaştırmayı amaçlayan bir yetki olarak nitelenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

37 NAZAROĞLU, agm., s.102.

38 NAZAROĞLU, agm., s.102.

39 DİRDİMAN, R. Cengiz, “Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C.6, S.3, 1997, s.117.

40 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.118 ve 121.

41 YÜCE, Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri*, C.1, İzmir 1982, s.26; Suç ile idari ihlaller arasındaki niteliksel ve niceliksel farklılıklar hakkında öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. MAHMUTOĞLU, age., s.56-93.

42 GOLDSCHIMIDT’ den nakleden ZANOİNİ, *Guidio, İdari Müeyyideler*(Çeviren: GÜNAL, Y.), Ankara 1964, s.13.

işlemlerin idari yaptırım ile güçlendirilmesi gereği açıktır. Uygulanacak idari yaptırım, caydırıcı bir etki doğururken aynı zamanda işlemin sonuçlarını kabul ettirici zorlayıcı bir özellik de gösterir⁴³. Aksi halde, yaptırım ile desteklenmeyen idari işlem çoğu kez uygulanmama ve ciddiye alınmama riskleriyle karşılaşabilir.

ÖZAY' a göre idari yaptırımlar "yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar"dır⁴⁴. Bu yaptırımlara İdarece öngörülmesi ve yine İdarece uygulanmaları nedeniyle idari yaptırımlar denilmektedir⁴⁵. Yabancı yazında da tanımlamanın hareket noktası olarak İdarece karar verilmek ve uygulanmanın seçildiği görülüyor. Bir hukuk normunda belirtilen idari ihlali işleyen kimse hakkındaki yaptırıma İdare tarafından karar verilmesi ve uygulanması imkanı tanınan ve sürücü ehliyetinin geri alınması, müsadere ve elkoyuyla örneklenen yaptırım grubu idari yaptırımlar olarak belirtilmiştir⁴⁶.

Uyuşmazlık Mahkemesi⁴⁷, "...kanunun öngördüğü bir ceza(nın) idarenin bir organı eliyle uygulanabil(mesini)" idari yaptırım olarak adlandırılmaları için yeterli bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi de, yakın tarihli bir kararında doktrinin idari yaptırımlar konusunda yaptığı tanımı hemen hemen aynı şekilde kabul etmektedir. Yüksek Mahkemenin bu tanımı şu şekildedir: "(İ)darenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara 'idari yaptırım' denilmektedir."⁴⁸ Alman doktrininde idari yaptırımlar, suç olmayan idari ihlallerin yaptırımı olarak kanun ya da kanun hükmündeki düzenlemelerle konulan yasakların ya da disiplini bozan davranışları içeren hükümlerin

43 YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku I., 1 inci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s.124.

44 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.35.

45 DERDİMAN, agm., s.116.

46 PAPANICOLAÏDİS, *Démètre, Introduction Générale A La Théorie De La Police Administrative, Athéns, 1960*, s.69.

47 Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 8.5.1998 gün, E.1998/10, K.1998/12, RG. 6.6.1998-23364.

48 AYM., 23.10.1996 gün, E.1996/48, K.1996/41, AMKD., C.1, S.33, s.181-182.

ihlalini cezalandıran ve ceza yaptırımını olmayan yaptırımlar olarak tanımlanmıştır⁴⁹.

Conseil d'Etat idari yaptırımlarda iki ölçüt kabul etmektedir. Bunlardan ilki, bir idari makamın yaptırım uygularken tek taraflı bir kararla kamu gücünü kullanmasıdır. İkinci olarak, idari yaptırımların tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere aykırı eylem ve davranışları hedef almasıdır⁵⁰.

İdari ihlallere öğretide bir tür kolluk önlemi oldukları düşüncesiyle “polis suçları” da denilmektedir⁵¹. Özellikle önleyici polis tedbirlerinin İdarece uygulanmalarına karşın idari yaptırım olmadıkları ortadadır. Çünkü, böyle bir önlem alınırken başvuru re'sen icra yetkisi ve idari kararların uygulanmasında zora başvurma kendi başına bir yaptırım değildir. Ancak, alınan önleme uymamanın sonucunda ayrıca bir yaptırım uygulanabilmektedir. Bu nedenlerle önleyici polis tedbirlerinin idari yaptırım niteliği taşımadığı belirtilmiştir⁵². Bu tür önlemlerin idari yaptırım olduğunu kabul eden yazarlar da vardır⁵³.

49 WOLFF/BACHOF, age., s.377.

50 *TERCAN, agm., s.752, dnt., 11 v 12'* den “Les Pouvoirs de L'administration Dans Le Domaine Des Sanctions”, Rapport annuel pour 1990 du Conseil d'Etat, La Documentation Française, Paris 1994, s.35-36' e atfen. Yazar, idari yaptırımların amaç yönünden, disiplin cezalarından ve kolluk yaptırımlarından ayrıldığını belirtmektedir. Kolluk yaptırımları hukuki rejim açısından farklıdır. Yasaların geriye yürümezliği kolluk yaptırımlarında uygulanmamaktadır. Kamu düzenini sağlamak için başvuru acil ve zorunluluk gerektiren genel sağlık, esenlik ve güvenliği amaçlayan önleyici nitelikte yaptırımlardır. Aslında, disiplin cezaları idari yaptırımların bir grubunu oluşturmaktadır. Kolluğun kullandığı yetkilerden bir kısmı idari yaptırım niteliğindedir. Bu iki konu aşağıda yeri geldikçe incelenecektir.

51 *GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, SBF D, C. 18, Eylül -Aralık 1963., s.193; DİRDİMAN, agm., s.118.*

52 *GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku..., s.129.*

53 *PYCKE, “Les Sanctions Administratives”, Inst. Intern. des Sci. adm., Avant-Projet, Juillet 1962, teksir, s.50 ve son. Nakleden GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.129; SOYASLAN, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1990.* s.108; Genel olarak idari yaptırımların anlatıldığı kısımda da belirtildiği gibi, re'sen icra bir idari yaptırım değildir. ÖZAY da re'sen icra ile idari yaptırımlar, kolluk konusunda sadece idari yaptırımları değil, kolluğun gerçekleştirme aracı olarak re'sen icradan söz etmektedir. ÖZAY, *Günüşiğında..., s.490; Yazar, İdari**

Başvurulan yaptırımlar ülkelerin önceliklerine göre tür ve miktar olarak da değişebilmektedir. Örneğin Fransa, ülkesinde dört milyon üzerinde yabancıyı barındıran ve kaçak işçi ve göçmen sorunlarını yaşayan bir ülke olarak gerekli düzenlemeleri yaparken idari yaptırımlara da başvurmaktadır⁵⁴. Halbuki bu konuda henüz ülkemiz o denli sıkıntıda olmadığından aynı düzenlemelere gerek duymamaktadır.

Yine bir ülkede, yalnızca gemilerle yapılan balık avcılığı konusunda idari para yaptırımları, balık avcılığı ruhsatının geri alınması, ruhsatın geçici olarak kaldırılması, avcılık izin süresinin uzatılmasını kaldırma, gemi, araç ve yakalanan balıklara elkoyma gibi⁵⁵, yaptırımlar uygulanırken balık avcılığı yerine kara avcılığına uygun bir diğer ülkede bu konu idari yaptırımlar kapsamına alınabilir. Ya da çevre konusunda bütünüyle duyarsız bir ülkede, bu tür konular hiçbir yaptırımla karşılaşmayabilir.

2. İdari Yaptırımların Kaynağı ve Amaçları

Genel olarak düşünüldüğünde yaptırımların devlet egemenliğinden kaynaklandığı görülür. Devletin bireyin yaşamına yaptırımlarla müdahalesinin haklı gerekçesi suçun varlığından doğmaktadır. Bir başka ifadeyle ceza, suç olduğu için vardır⁵⁶. Teorik çerçevede düşünüldüğünde egemenliğin diğer yaptırımlarda olduğu gibi, idari yaptırımlar açısından da kaynak olduğu sonucuna varılır. Daha dar ve somut düşünüldüğünde, idari yaptırımların hukuksal kaynağını yasallık ilkesinde bulduğu söylenebilir. Bu ilke, bir yandan Anayasayla birlikte idari yaptırımların sınırını çizmekte, diğer yandan meşruiyetlerini sağlamaktadır. O halde, sınırları bu şekilde çizilen idari yaptırımlar hangi amaca hizmet etmektedir?

Yaptırımlar adındaki eserinde de idari yaptırımlar arasında re'sen icrayı saymamaktadır. Gerçekten de re'sen icra yaptırım değil, idari faaliyetin görülmesinde bir araç olarak değerlendirilmelidir.

54MILLER, J. Mark, "Employer Sanctions in France: From Campaign Against Illegal Alien Employment to the Campaign Against Illegal Work", 1995, İNTERNET: <http://migration.ucdavis.edu/MN-Resources/millersanc/text/text.htm>

55 "New Administrative Sanctions and Licence Appeal System", 11.12.1995, B-HQ-95-31E, İNTERNET <http://www.ncr.dfo.ca/communic/BACKGROU/1996/76EB.SAN.HTM>, s.2. Bu makale bundan sonra, "New Administrative..." olarak geçecektir.

56ACHENBACH, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin 1974, s.6-7.

En genel ifadeyle yaptırımların amacı idari ihlalleri önlemek, toplumun huzurunu sağlamak ve diğer insanları suça katılmaktan caydurmaktır⁵⁷. Ancak yaptırımların genel olarak hangi amaçlara yöneldiği bir tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalar, yaptırımların amacı konusunda farklı düşüncelerin ortaya çıkmasına ve ceza hukukçularının uzun süreli tartışmalarına neden olmuştur⁵⁸.

Yaptırımların toplumun korunmasını sağlayacak “koruyuculuk” özellikleri yanında, “hukuk düzeninin yeniden kurulması” şeklinde “önleyici” nitelikleri de vardır⁵⁹. Yasalara aykırı davranışların yaptırımlarla cezalandırılmasındaki amaç bu davranışların önlenmesi, bir başka ifadeyle, suç eğilimi taşıyanları suçun işlenmesinden önce caydurmaktır. İdari yaptırımlar da idari düzenin ihlalden önce hukuk aracılığıyla gözdağı vererek idari düzeni koruyucu bir araç olmakta, idari düzenin ihlalden sonra ise bastırıcı, zorlayıcı niteliğiyle, toplumun korunması ve ihlalden sorumlu kişinin ıslahını da sağlamaktadır⁶⁰.

Örneğin, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Yasa' ya göre, Türkiye'ye giren yolcunun üzerinden beyanına aykırı olarak çıkan eşya muafiyet tanınan bir eşya ise, yurda girişine izin verilmektedir. Ancak, yolcu

57 CASO, *Adolf, Formative Documents of America's Democracy*, Boston 1995, p. 69.

58 Bu görüşlerden ilki, ödetici ceza görüşüdür. Buna göre, herkes yaptığı iş ve eylemin karşılığını bulmalı ve davranışının sonucuna katlanarak ödemelidir. Ancak bu görüş, cezaların haklılığını açıklamada başlı başına yeterli görülmemiştir. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 12 nci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997., s.9; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, C.1, Genel Hükümler, Ankara 1962, s.162; İkinci görüş ise, önleyici ceza görüşüdür. Bu görüşe göre toplum düzenini korumak amacıyla zorunlu olduğu ve amacın gerektirdiği kadar ceza uygulanması gerektiğidir. Toplum düzeninin bu yolla sağlanmasıyla suç önlenmektedir. Uygulanan yaptırımla suçlu ıslah edilmeli, suç işleme eğilimi olanlar korkutulmalı ya da ıslah edilmesi mümkün olmayanlar zararsız hale getirilmelidir. CASO, age., p. 69; DÖNMEZER-ERMAN, age.(1), s.83 vd.; EREM, age., s.164; Üçüncü görüş ise, birleştirici görüştür. Buna göre yaptırım, suçluların cezalandırılacağını göstererek suçlu adaylarını korkutarak caydirmek amacını taşımaktadır. EREM, age., s.165-166.

59 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.55.

60 PAPANICOLAİDİS, age., s.70.

idari para yaptırımına maruz kalır⁶¹. Anlaşılacağı üzere, bir eşyanın muaf olmasına karşın beyan edilmeme şeklinde usulsüz bir tarzda ülkeye sokulması engellenmeye çalışılmaktadır. İdari yaptırımların amaçlarının idari düzeni koruma ya da sağlamaya yönelik olduğu açıktır.

İşte, ceza yaptırımları, toplum düzenini koruma ve sağlamayı amaçlarken, idari yaptırımlar öncelikle, kişilere İdare karşısındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini hatırlatmayı ve böylece idari düzeni sağlamayı hedeflemektedirler⁶². Bu yaptırımlar, cezalandırmak ya da çektirmekten çok, idari ihlalin kamu yararında neden olduğu “eksilmenin giderilmesini” amaçlamaktadır⁶³.

Yasalarda yeralan gerçek anlamda suç olmayan belirli eylem ve davranışların, ceza mahkemelerinde yargılanması, suç failleri ile basit ihlallerin aynı yargı düzeninde ve aynı usule tabi olmaları ve sonuç olarak hak edilenden fazla bir manevi yaptırıma uğramaları⁶⁴ idari yaptırımlara ihtiyaç duyulmasının nedenlerindedir. İdari organlara yaptırım uygulama yetkisinin tanınma amacı, bazı hafif ihlallerin suç olmaktan çıkarılarak mahkemelerin yükünü azaltmak, diğer yandan yaptırımların en kısa zamanda uygulanmasıyla etkinliklerinin artırılmasıdır⁶⁵. Ülkemizde de İdareye bu tür bir yetkinin verilmesinde başlıca amaç, mahkemelerin “ufak ve fazla önemli olmayan” işlerle uğraşmalarına engel olmak⁶⁶ şeklinde ifade edilmiştir. Ceza mahkemelerinin küçük davalarla meşgul olmaması⁶⁷ ve ceza mahkemelerinin artan iş yükünün fonksiyonlarını yerine getiremez hale

61 ERMAN, *Sahir, Ticari Ceza Hukuku, I Genel Kısım, 3 üncü Baskı, İstanbul 1992*, s.212.

62 GÜNDAY, *age.*, s.162.

63 ÖZAY, *Günüşünde...*, s. 478, dnt.746.

64 DONAY, Süheyl, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXVII, 1972, S.1-4, s.424.*

65 Davranışları suç olmaktan çıkarma (decriminalizzazione) ya da ceza yerine idari yaptırım koymada (depenalizzazione) işlev ya da kurumlarında davranışın hukuka aykırı olma niteliği değişmemektedir. Burada yaptırımın nedeni olan olgu, suç ya da haksız fiil değil, davranışın hukuka aykırı oluşudur. ERMAN, *agm.*, s.171.

66 NAZAROĞLU, *agm.* s.98.

67 MUTLUER, Kamil, *Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İTİA Yayınları, Eskişehir 1979, s.44; DONAY, Süheyl, Para Cezaları, İstanbul 1972, s.157.*

sokması nedeniyle bir azaltılmaya gidilmesi gerektiği⁶⁸ gibi düşünceler de, idari yaptırımlara gerek duyulmasının nedenlerindedir. İdari yaptırımların kolay uygulanabilmeleri ve ceza yaptırımlarına göre daha az masraf gerektirmeleri bu denli yaygın olmalarındaki nedenlerdendir⁶⁹.

İdari yaptırımlar ile ceza yaptırımları arasında amaç yönünden farklılık göze çarpmaktadır: Cezalar kefaret, çektirme ve caydırma amaçlarına yönelikken, idari yaptırımlar kişiye görev ve yükümlülüklerini hatırlatmayı amaçlar⁷⁰, ikincil olarak “misilleme” amacına yönelirler⁷¹. Bu hatırlatmanın amacı, düzeni bozucu davranışların önlenmesidir⁷². İdari yaptırımlar, İdarede görev alanların işledikleri suçları engellemeyi hedeflemediği gibi, İdarenin tecavüzlerden korunması amacını da taşımamaktadır. Öncelikle amaçlanan, idari faaliyetlerin, yaptırım tehdidiyle güvence altına alınmasıdır. Bir başka ifadeyle, korunan değerın idari olmasından çok, düzenlemenin içerdiği emir ve yasaklamaların idari nitelik taşıması ve bunun yanında, idari faaliyetlere ve düzene ilişkin olması⁷³ idari yaptırımların belirleyici bir unsuru olarak dikkat çekmektedir.

68 TERCAN, “İdari Cezalar...”, s.751; Aynı görüş için bkz. KUNTER, age., s.751, dnt. 121 a; ŞEN, *Ersan, Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994*, s.201.

69 “Administrative Monetary Penalties: Their Potential Use in CEPA”, http://www.ec.gc.ca/cepaip14/e14_01.html, INTERNET, s.2., “Administrative Monetary” olarak kısaltılacaktır.

70 WOLFF/BACHOF, age., s.374; Bu nedenle idari yaptırımlar, düzeni bozmama yükümlülüğü olan bireye sözüedilen hatırlatmada bulunmayı sağlayan bir “ihtar” ve “ikaz” olarak nitelendirilmektedirler. İÇEL, agm., s.119.

71 14. Uluslararası Ceza..., s.6.

72 İÇEL, agm., s.119; Bunun bir amaç olmaktan çok, “failin tenkili amacının bir sonucu” olduğu iddia edilmektedir. DÖNMEZER/ ERMAN, C.1, 394-395; İdari yaptırımların sicile işlenmemesi, tekrere esas alınmaması ve ertelemeye engel olmamalarının nedeni olarak yalnızca tenkili amaçlamaları gösterilmiştir. DÖNMEZER/ ERMAN, age., s.394-395.

73 Burada şunu belirtmek gerekir ki, idari düzene ve faaliyete ilişkin olan, ancak sonuçta idari yaptırım olarak nitelendirilemeyecek diğer yaptırımların varlığına dikkat edilmelidir. Örneğin TCK’ndaki “devlet İdaresi aleyhine işlenen cürümler” idari düzene aykırılık eylemi değildir. Ancak kamu düzeni ve güvenliği, genel huzur, asayiş, dirlik sağlık ve esenlik gibi İdarenin yetki ve görev alanında bulunan bir alanda olduklarından

Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında⁷⁴, idari yaptırımları “kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülük(lerinin)” yerine getirilmesini sağlama amacına yönelik yaptırımlar olarak tanımlarken amaçlarını da ortaya koymuştur.

Sözü edilen genel amaç dışında Anayasa ve özel yasalar açısından bir irdeleme yapılacak olursa özel amaçların güdüldüğü de görülür. Örneğin, Anayasanın 135 inci maddesinin 1 inci fıkrası, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının meslek mensuplarının birbirleri ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlük ve güveni hakim kılmak, meslek disiplini ve ahlakını korumak ve meslek düzenine aykırı davranışları engellemek amaçlarıyla disiplin cezalarına başvurabileceklerini kabul etmiştir. Bu düzenlemeye dayanılarak çıkarılan yasalarla barolar ve meslek odaları idari yaptırımlara başvurulmaktadır.

Özel düzenlemeler olarak disiplin cezaları düşünülürse, teorik çerçevede, üstün hiyerarşi güç ve yetkisine dayanarak astına emir vermesi ve yönlendirmesi yanında, alınan kararlardan sorumluluğu da içermesi dolayısıyla “uygun davranışa zorlayabilme(sinden)” kaynaklanmaktadır⁷⁵.

Çıkarılan özel yasaların çoğunluğu, belirli bir alanda idari düzeni idari yaptırımlara başvurarak korumaya çalışmaktadır. Örneğin işçilerin sosyal güvenliğinin sağlanabilmesi bugünkü sisteme göre, sosyal sigorta primlerinin ödenmesine bağlıdır. Primlerin düzenli ödenmesi verimli ve düzenli sosyal güvenlik açısından gereklidir. Bunu sağlamak için sosyal sigortalar kurumunun idari para yaptırımlarına başvurabileceği 506 sayılı SSK' nun 140 inci maddesiyle kabul edilmiştir. Yargıtay'ın bu konuda kararları⁷⁶ bulunmaktadır. İdari yaptırımlara çevrenin korunması ile halkın

bu eylemlerin geniş anlamda idari ihlal oldukları ileri sürülmüştür. GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.118-119.

74 Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 8.5.1998 gün, E.1998/10, K.1998/12, RG. 6.6.1998-23364; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 12.7.1988 gün, E.1988/11, K.1988/ 19, RG. 26.10.1988- 19971.

75 ÖZAY, Günışığında..., s. 153.

76 Y.21.H.D., 14.3.1996 gün, E.1996/1256, K.1996/1381, YKD., C.21, S.2, 1997, s.265.

dirlik ve esenliğinin sağlanması⁷⁷ için de başvurulmaktadır. Bu tür örneklere basında da sık sık rastlanabilir⁷⁸.

Bunun yanında diğer özel konular da olabilmekte ve idari yaptırımlara başvurulmasındaki öncelikler ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Örneğin, deniz ve balıkçılığın ekonomisinde önemli bir yer tuttuğu Kanada, yalnızca bu alan için özel idari yaptırımlar ve itiraz usulleri öngörmüştür⁷⁹.

Bu yaptırımlar, içerdikleri tehdit ve zorlamayla diğerlerinin özgürlüklerini sağlamayı amaçlar ve bir yandan da etkin bir İdarenin gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet ederler⁸⁰. Görüldüğü gibi, ister özel ister genel olsun sonuçta özgürlüklerin korunması ve kamu düzeninin sağlanması amaçları öne çıkmaktadır.

3. İdari Yaptırımların Özellikleri

İdari yaptırımlar, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi⁸¹ "...konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibariyle ceza yaptırımı uygulamasından" farklıdır.

İdari yaptırımların özellikleri olarak dikkat çeken konular şunlardır;

- İdari yaptırımlar belirli bir kişiyi hedef almaktadır⁸².
- Cezalandırıcılık ve önleyicilik özelliği taşırlar⁸³.
- Yargıç kararına gerek duyulmadan, İdarece re'sen uygulanabilirler⁸⁴.

77 Dirlik ve Esenlik konusunda bkz. ÖZAY, Günışığında..., 482-487.

78 Önce yazılı olarak uyarılan arıtma tesislerini çalıştırmadığı ve atık sularını açıkta akıtarak çevreye zarar veren ve yapılan denetimde arıtma tesisini çalıştırmadığı ve atık sularını açığa bıraktığı saptanan, atıkların boşaltıldığı bölgedeki ağaçların da kurumaya yüz tuttuğu gerekçesiyle ve son derece ağır bir koku salarak çevre sakinlerini rahatsız eden Tekel Fabrikası hakkında Çevre İl Müdürlüğünce para yaptırımına karar verilerek 570 milyon lira tutarıdaki yaptırım Valilik tarafından da onaylanmıştır: "TEKEL'e Çevreyi Kirletme Cezası", Cumhuriyet Gazetesi, 26.9.1998, s.18.

79 "New Administrative..." INTERNET, s.1.

80 PAPANÍCOLAÍDÍ, age., s.69.

81 Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 8.5.1998 gün, E.1998/10, K.1998/12, RG. 6.6.1998-23364.

82 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.136.

83 WOLFF/BACHOF, age., s.377.

84 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.136.

Sayılan bu üç ana özellik yanında, yine idari yaptırımların özelliklerini belirginleştiren diğer farkları da belirlenebilir;

-İdare, yaptırım uygularken hem davacı hem de yargıç durumundadır.

-İdari yaptırım uygulanmasında usul diğer yaptırımların uygulanma usulünden farklıdır⁸⁵.

Sayılan bu özelliklere dikkat edilirse asıl belirleyici farklılığın yargı kararına gerek olmaksızın İdarece uygulanmaları ve usul konusunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü, ceza yaptırımları da çoğu kez belirli bir kişiyi hedef almakta, önleyicilik ya da cezalandırma amacını gütmektedir.

III. İDARİ YAPTIRIMLARIN CEZA YAPTIRIMLARINDAN FARKLILIĞI

A. YAPTIRIM TÜRLERİ AÇISINDAN FARKLAR

Konu yönünden idari ihlal eylemi ile gerçek anlamda suç arasında hukuka aykırılık noktasında bir fark yoktur. Tecavüz konusu suçlarda malvarlığı, hayat hakkı ya da özgürlüklerdir. Aslında burada sosyal düzenin temelleri ihlal edilmekte ve anti sosyal bir tehlike ortaya çıkmaktadır. İdari yaptırım sonucunu doğuran eylem ya da davranışta da, sosyal gereklerin dikkate alınmaması sonucunda ortaya çıkan sosyal şiddet ve sonuçta hukuken korunan varlıkların dolaylı da olsa ihlal edilerek hak ve menfaatlerin çığnenmesi sözkonusudur. Buradaki zarar spesifik bir sosyal zarardır⁸⁶. Hiç kuşkusuz suçların idari ihlallere göre daha ağır yaptırımları gerektirmeleri hukuken korunan bu varlıkların doğrudan ya da dolaylı zarar görmeleriyle ilgilidir. Aslında sonuçta her iki yaptırım grubu da sosyal düzeni korumayı dolaylı ve birbirlerinden farklı önceliklerle de olsa amaçlamaktadır.

Ceza yaptırımları ile idari yaptırımlar arasında yaptırım türü ve ağırlığı açısından farklılık vardır⁸⁷. İdari yaptırımlar, idari ihlallerin karşılığı olarak fonksiyonel ve kurumsal olarak suçlardan ve ceza yaptırımlarından ayrılan yaptırımlardır⁸⁸. Her şeyden önce bir idari işlemdirler⁸⁹ ve yapısal açıdan

85 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.136-138.

86 WOLFF/BACHOF, age., s.374.

87 14. Uluslararası Ceza..., s.6.

88 WOLFF/BACHOF, age., s.373.

ceza yaptırımlarından farklıdır⁹⁰. İdari yaptırımların ceza yaptırımı olmadığı düşüncesi baskındır⁹¹.

Ceza yaptırımları, sosyal düzeni bozan “vahim” nitelikteki ihlallerin karşılığını oluşturmaktadır. Halbuki idari yaptırımlar, genellikle önleyici nitelikte olup⁹² ceza yaptırımlarına göre daha küçük ihlalleri yaptırım altına almaktadırlar.

İdari yaptırımlar ise, teknik anlamda bir ceza olmamalarına rağmen içlerinde cezalandırıcılık niteliğini taşırlar⁹³. Aslında her iki yaptırım grubunun da hukuka aykırı ve kınanan davranışları önlemeye yöneldiği ortadadır. Yine her iki grup da kasten ya da ihmalen işlenebilir⁹⁴. Bununla birlikte, idari yaptırımlar, gerçek anlamdaki cezalara göre daha az serttir (minore rigidita)⁹⁵.

Bu yolla, kamu düzeninin sağlanması, korunması ya da geri getirilmesine çalışılırken cezalandırma usulüne başvurulmaktadır⁹⁶. Aradaki fark yaptırıma karar veren ve uygulayan makam ve genel anlamda yaptırımlardan önemli bir grubu oluşturan hürriyeti bağlayıcı cezalar konusunda daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır.

89Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 12.7.1988 gün, E.88/11, K.88/ 19, RG. 26.10.1988-19971; Aynı görüş için WOLFF/BACHOF, age., s.373.

90ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.51.

91 WOLFF/BACHOF, age., s.373; DONAY, age., s.157; MUTLUER, age., s.44.

92DONAY, “İdarenin Ceza...” , s.425.

93GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...” , s.120, dnt. (4a).

94Ancak burada dikkat çeken konu, Ceza Hukukunun özel ve etik bir değerlendirme yapması, buna karşılık İdare Hukukunda yaptırım uygulanacak kişinin kusurluluğunun dolayısıyla etikin esas alınmadığıdır. WOLFF/BACHOF, age., s.374; Diğer bir konu ise Ceza Hukukunda failin iradesi, kastı ya da kusuruna bakılmaktadır. Halbuki idari yaptırımlarda kast ya da kusur olmasa da yasaklanan eylemin işlenmesi idari yaptırım uygulanması için yeterlidir.

95ZANOBİNİ, Guido, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes'alesi”, (Çeviren: GÜNAL, Yılmaz), AÜ. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Eylül-Aralık 1963, No: 3-4, s.309.

96DURAN, Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.238.

İdareye tanınan yetki hürriyeti bağlayıcı cezalar gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı konularda değil, başta para yaptırımları⁹⁷ olmak üzere daha hafif nitelikte yaptırımlar alanındadır. İdare, hapis cezası gibi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya karar veremez⁹⁸. Çünkü bu tür bir yaptırım, ceza yaptırımıdır ve böyle bir cezaya ancak bir mahkeme kararıyla hükmedilebilir. İdarenin böyle bir ceza vermeye kalkışması, Anayasanın 19 uncu maddesine ters düşer. Çünkü idari bir yaptırımın konusu kişi hak ve özgürlüklerini tamamen ortadan kaldıran bir ceza olamaz⁹⁹. Viyana 14 üncü Uluslararası Ceza Kongresi kararlarında da “sınırlandırmalar” başlığı altında, idari yaptırımlara ister bir koruma tedbiri isterse asıl yaptırım olarak başvurulsun özgürlükleri kaldıramayacağı vurgulanmıştır¹⁰⁰. Bunun bir diğer nedeni de, bağımlı ve yeterli güvencesi olmayan İdarenin bu tür yaptırımlara yetkili kılınmaması¹⁰¹ ve böylece hiyerarşik silsile içinde muhtemel bir baskı ile yaptırımların amaçlarına ters düşecek bir kullanıma engel olunmak istenmesidir.

Burada disiplin mahkemelerinin durumu dikkat çekiyor: 477 sayılı yasanın 41 ve 46 ıncı maddelerine dayanılarak oda ve göz hapsi verilebilmektedir. Bu kurulların niteliği üzerinde durmak gerekir;

Yargılama faaliyetinin kişiye özel verilen hakimlik sıfatına sahip kişilerce yargısal usullerle hareket ederek yapılması gerekir¹⁰². Kendilerine yasayla verilen yargı yetkisini kullanan hakimler işlemleri hakim sıfatıyla yaparlar¹⁰³ ve Anayasal güvence altında bağımsızlık esasına göre hareket ederler¹⁰⁴. Buna karşılık subaylardan oluşabilen ve disiplin cezalarına karar verebilen disiplin mahkemelerinin kararlarının bu özellikleri taşımadıkları söylenebilir.

97 NAZAROĞLU, agm., s.102.

98 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.114; “Administrative Monetary Penalties: Their Potential Use in CEPA”, INTERNET, s.1.

99 KUNTER, agc., s.807.

100 14. Uluslararası Ceza..., s.7.

101 DONAY, “İdarenin Ceza...”, s.425.

102 GÖKALP/BAŞPINAR/ARAL, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2 nci Baskı, Ankara 1986, s.314; BONNARD, R., İdarenin Kazai Murakabesi, (Çev. A. Reşat TURNAGİL), İstanbul 193 9, s.106.

103 GÖKALP/BAŞPINAR/ARAL, agc., s.33.

104 GÜRAN, Sait, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul 1977, s.7.

Anayasa Mahkemesinin bir kararına muhalif beş ayrı karşı oyda¹⁰⁵, bunların disiplin kurulları niteliğinde oldukları, kuruluş ve görevleriyle mahkeme olmadıkları belirtilmektedir. Gerçekten de gerçek anlamda mahkeme niteliği taşımadıkları için kararları yargısal değil idari olmalıdır. Bu durumda verilen karar organik açıdan bakıldığında idari yaptırım olarak nitelendirilebilir.

Bunların idari kurullar olduğu kabul edilirse, hürriyeti bağlayıcı ceza verememeleri gerektiği sonucuna varılır. Bu tür cezalar yalnızca bağımsız mahkemelerce verilebilmelidir. Ancak, bunların disiplin kurulları niteliğinde birimler olduğu kabul edilse bile, gerçek anlamda mahkeme olmayan bu kurulun hürriyeti bağlayıcı ceza verebilmesine Anayasal bir engel bulunmamaktadır. Çünkü, Anayasanın 38 inci maddesinde, İdarenin kişi hürriyetlerini bağlayacak yaptırımlar uygulaması yasaklanırken, silahlı kuvvetlerin iç düzeni yasalarla düzenlenmek kaydıyla istisna olarak gösterilmektedir. Bu konuya aşağıda yeniden dönecektir.

B. YAPTIRIMA YETKİLİ ORGAN VE USUL AÇISINDAN FARKLAR

Bir tanıma göre, idari yaptırımlar, “Tatbiki idari otoritelere bırakılan...” yaptırımlar olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁶. İdari yaptırımların “ancak idare içerisindeki makam ve mercilerin, idari işlem niteliğindeki kararları(ndan)” olduğu da ifade edilmiştir¹⁰⁷. İdari ihlali izleme ve saptama, idari makamların yetkisindedir¹⁰⁸. Aynı şekilde, yaptırıma karar verme ve uygulama yetkisi de idari organlara tanınmaktadır¹⁰⁹.

İdari yaptırımlar ceza davasına ihtiyaç göstermez¹¹⁰. Başta disiplin hukukundaki yaptırımlar olmak üzere idari yaptırımlar, yargısal bir işleme

105 AYM., 4.6.1970 gün, E.1970/6, K.1970/29, AMKD., S.8, s.300, 301,303-307, 309-310.

106 ZANOĞİNİ, İdari Müeyyideler, s.27.

107 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.40.

108 WOLFF/BACHOF, age., s.374.

109 Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 12.7.1988 gün, E.1988/11, K.1988/ 19, RG. 26.10.1988- 19971; GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku...”, s.136; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.36; Aynı yönde bkz. DONAY, Süheyl, Para Cezaları, İstanbul 1972, s.157; MUTLUER, agm., s.44.

110 WOLFF/BACHOF, age., s.377.

dayanmamaları yüzünden ceza yaptırımlarından ayrılırlar¹¹¹. İdari yaptırım uygulama yetkisini özellikle yargıya bırakan bir Anayasa hükmünün var olmadığı belirtilmekte ve bu yetkinin İdareye bırakılması olağan görülmektedir¹¹². Bunlar ceza yaptırımlarının aksine, mahkeme kararına gerek olmaksızın İdarece doğrudan doğruya uygulanabilirler¹¹³. Ceza yaptırımları ise, suç ve kabahatlerin bir yaptırımı olarak ceza yargılaması sonucunda verilebilen kararlardır¹¹⁴.

İdari yaptırımın İdare tarafından belirlenmesi ve uygulanması ve yargı organına başvurulmasını gerektirmemesi idari nitelikte olduklarını göstermektedir¹¹⁵. Bu organ, valilik, belediye encümeni, trafik zabıtası, orman işletme şefi, Çevre İl Müdürlüğü, ticaret ve sanayi odası meclisi, baro, RTÜK, SPK, Rekabet Kurulu vb. olabilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında da¹¹⁶ belirtildiği gibi “(İ)dari nitelikteki bir yaptırımın idarece uygulanması sözkonusudur. Bundan ötürü,

111 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.37.

112 GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s.107.

113 ZANOBİNİ, agm., s.26-27; Bazı durumlarda verilen karar idari gibi görünse de, kararın niteliğinin uygulanan yaptırımın idari yaptırım olarak nitelendirilmesine engel olabileceği ve buna örnek olarak il ve ilçe İdare kurullarının yargısal usul ve kararlarla yerine getirdikleri görevler gösterilmektedir. Anayasa Mahkemesi de, il ve ilçe İdare kurullarının İl İdare Kanunu ve Köy Kanununun değişik 41 inci maddesine göre, muhtarlık görevinden alma gibi kararlarını yargısal usul ve kararlarla verildiğini belirtmekte İdare mahkemelerinin kurulmasına rağmen, bu konudaki görevlerinin sona ermediğini ifade etmektedir. AYM., E.1987/5, K.1987/21, RG. 23.12.1987- 19673; Anayasa Mahkemesinin bu kararı öncelikle, 2576 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinin 1 inci fıkrası açısından eleştirilmektedir. Maddeye göre, “İdare ve vergi mahkemelerinin görev alanına giren ve kanunlarla çeşitli kurul ve komisyonlara verilmiş olan görev ve yetkiler, bu mahkemelerin göreve başladığı tarihte sona ermektedir.” Bu açıdan il ve ilçe İdare kurullarının, yargısal görev ve yetkilerinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu görev Danıştay Kanunu'nun 32 nci maddesiyle 8 inci Daire'ye verilmiştir. YILDIRIM, Turan, Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarını Kaybetmeleri, HUDER, Yayın No: 1998/2, İstanbul 1998, s.34 ve 106 vd.

114 WOLFF/BACHOF, age., s.373.

115 YARSUVAT, agm., s.171.

116 AYM., 6.1.1970 gün, E.1969/46, K.1970/2, AMKD., S.8, s.173-174.

olayda genel anlamda ceza yasalarına aykırı davranmış olan bir kişinin ceza yasalarınca öngörülen bir cezaya çarptırılması sözkonusu olmadığı için yargı yetkisinin kullanılmasından artık söz edilemez... Burada, yaptırıma temel olan hukuka aykırı davranış, yalnızca kolluk işleri sınırı içinde, ve uygulanan yaptırım ise, idari nitelikte bulunduğundan, yasanın böyle bir yaptırımın idarece uygulanmasını öngörmüş olması yargı yetkisinin kullanılması olarak nitelendirilemez....Gör(ülen) iş, bir yargı yetkisinin kullanılması değil, başka deyimle idari bir yasağa aykırı davranan kişiye karşı idari bir yaptırımın uygulanmasıdır.”

İdari yaptırımlar ceza yaptırımlarından uygulanma usulü açısından da farklıdırlar. Kararlaştırılmaları gibi uygulanmaları da İdare Hukuku usullerine göre yapılmak zorundadır¹¹⁷. “Ceza mahkemesinin incelemesi ile idari soruşturma sırasında yapılan incelemelerin farklı şeyler” olduklarını dile getiren Danıştay kararı da işlemin usulündeki farklılığa dikkat çekmektedir¹¹⁸. ZANOİNİ, idari yaptırımları tanımlarken bu ayrımı şu şekilde ifade etmektedir; “Tatbiki, idari otoritelere bırakılan, kanunlardan neş'et eden müeyyideler, cezai değil idari müeyyidelerdir.”¹¹⁹

Yaptırımın karar veren tarafı ve uygulayıcısı olması açısından İdareye tanınan bu yetki, idari yaptırımların ceza yaptırımlarından ayrıldıkları noktalardandır. Bu durumda, idari yaptırımlarla diğer yaptırımlar arasındaki ayrımın asıl ölçüsünün organik olduğu sonucuna varılabilir¹²⁰. Yaptırıma karar verilmesi ve uygulanması usulü dışında, idari yaptırım uygulanmasında usul araçları da farklıdır;

Ceza Hukukundaki yargılamanın temel ilkelerinin idari yaptırımlar alanında kabul edilmesi gerektiği Viyana 14 üncü Uluslararası Ceza Kongresi Kararlarında dile getirilmiştir¹²¹.

Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 41 inci maddesine göre, karardan önce tarafların dinlenilmesine ve tartışmalarına fırsat

117 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.36.

118 D.12.D., 28.4.1977 gün, E.1971/859, K.1977/1202, AİD. C.1,1978, S.2, s.25.

119 ZANOİNİ, İdari Müeyyideler, s.27.

120 MUTLUER, age., s.44; DONAY, age., s.157.

121 14. Uluslararası Ceza..., s.6.

verilmeden ve kendilerini savunma ve ifade etme hakkı tanınmadan idari yaptırıma karar verilmişse bu karar geçersizdir¹²².

Şu anda bizde, ceza yargılaması usulündeki etkin savunma imkanı, idari yaptırıma maruz kalan kişiye tanınmamıştır¹²³. Sözlü savunma imkanı henüz asli değil istisnaidir¹²⁴.

Ceza yargılamasının aksine, bir ön yargılama aşaması bulunmadığından, ispat yükümlülüğü İdareden bireye geçmektedir. Bir başka ifadeyle, suçsuzluk karinesi kabul edilmemektedir. İdari yaptırımın iptali, maddi olayın yokluğu ya da yasaya aykırılığın ispatlanması şartıyla istenebilmektedir¹²⁵.

122 Yasanın idari yaptırım usulüne ilişkin diğer maddelerinde şu düzenlemeler yer almaktadır; Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 15 inci ve 17 inci maddelerine göre, idari makamlar idari yaptırım uygulama yetkilerini yalnızca yasanın çizdiği sınırlar içinde kullanabilirler. Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 23 üncü maddesine göre, idari makamlar ilgililere hukuka aykırı eylemlerini düzeltmelerini emreder ya da belirli bir süre verebilirler. Yasanın 31 inci maddesine göre, idare idari yaptırım kararını vermeden önce, kişilerin sahip olduğu hakları ve maddi olay, nedenler ve temelleri dikkate almalıdır. 27 inci maddesine göre, idari yaptırımın kaldırılabilmesi ya da sonuçlarının hafifletilebileceği durumlar sayılmıştır. Bunlardan bazıları, eyleminden doğan zararı kendi isteğiyle ortadan kaldırmak ya da azaltmak, eylemi başkasının zoruyla işlemek, eylemin araştırılıp ortaya çıkarılmasında idari makamlara yardımcı olmak gibi. "Administrative Punishment Law of the People's Republic of China, Eylül 1996, [http:// www.qis.net/chinalaw/prclaw46.htm](http://www.qis.net/chinalaw/prclaw46.htm), İNTERNET.

123 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.136-138.

124 Basından bu istisnai imkanın bir örneği olarak Rekabet Kurulu önünde sözlü savunma gösterilebilir. Rekabet Kurulu, Güneydoğu Anadolu Anadolu'da LPG ticareti yapan firmaların birbirine karşı yürüttükleri "yıkıcı rekabet" olayı hakkında ön araştırma açılmasını istemiş, yapılan ön araştırma sonrasında soruşturmaya karar verilmişti. Kurul raporlarının yaptıkları inceleme sonucunda "yıkıcı fiyat" uygulaması yoluyla rekabeti ihlal ettikleri gerekçesiyle haklarında soruşturma açılan firma temsilcilerine, Kurul'da sözlü savunma yapma imkanı tanınmıştı. "Rekabet Kurulu'nda İlk Sözlü Savunma", Sabah Gazetesi, 17.11.1998.

125 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.136-138; Düzenin bozulması ihtimalinin varlığı bile bazen idari bir yaptırım uygulanması için yeterli olmakta, halbuki ceza yaptırımlarında cezaya hükmedilebilmesi için basit ve makul bir şüphenin ötesinde, suçun ispatlanması beklenmektedir. Anlaşılabileceği üzere idari yaptırımlarda, ceza

Halbuki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin idari yaptırımlar hakkındaki 91(1)R. Tavsiye kararında, ispat yükünün ithamda bulunan İdareye ait olduğu belirtilmektedir¹²⁶. Sanığa yaptırım uygulanabilmesi için "...ihlalin her türlü şüpheden arınmış olarak ispat edilmesi(nin)" aranması gerektiği Uluslararası Viyana 14 üncü Ceza Kongresinde "Muhakemeye İlişkin Esaslar" başlığı altında önerilmiştir. Bireyin, ispat araçları hakkında bilgi sahibi olma ve delil getirme imkanı olmalıdır¹²⁷. Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 30 uncu maddesinde de İdarenin, idari ihlali açıkça ispatlamak ve gerçekleri araştırmak zorunda olduğu belirtilmiştir¹²⁸.

Ceza sonucunu doğuran eylem ve davranışlara verilecek yaptırımlar konusunda ceza yargılaması yapacak olan mahkemeler yetkilidir¹²⁹. Eylem ya da davranışın nitelendirilmesinde İdare geniş bir takdir yetkisine sahipken, daraltıcı yorumla bağlı olan ceza hakimi açısından böyle bir takdir yetkisi yoktur. Yaptırımın seçilmesinde de ceza hakimi açısından bağlı yetki geçerlidir¹³⁰.

İdari yaptırımlarda İdare, yargı mercilerinin bir kararı olmaksızın yaptırımı uygulayabilmektedir. Ayrıca bu kararı uygulaması için İdarenin eyleminden zarar görmesi koşulu da bulunmamaktadır¹³¹.

İdari yaptırımı, ceza yaptırımlarından ayıran asıl fark, idari yaptırımın İdarece re'sen uygulanmasıdır. Bu organik-şekli farkın dışında bir farkın bulunmadığı da iddia edilmiştir. Bu görüşe göre, her ikisinde de suç

usulünün daha ağır ispat şartlarından kurtularak pratik usulde karar verilebildiği ifade edilmektedir. "Administrative Monetary..." , s.2.

126 C.Eu, "...Sanctions Administratives", İlke 7, s.180.

127 14. Uluslararası Ceza..., s.7.

128 "China Administrative...", İNTERNET.

129 WOLFF/BACHOF, age., s.373; GÜNDAY, age., s.162.

130 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.136-138.

131 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.19-20; HIZLI, Yılmaz, Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1984, s.28; PVSK' nun 9 uncu maddesine göre, gecikmede tehlike bulunması halinde zabıta elkoyma kararı verebilecektir. Bu durumda hakim kararına gerek bulunmamaktadır. Ancak daha sonra en geç üç gün içerisinde hakim tarafından onaylanması gerekmektedir. Buna benzer hükümler, Sıkıyönetim Kanunu'nun 3 üncü maddesi ile Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11 inci maddesinde de yer almaktadır. YENİSEY, Feridun/ CİHAN, Erol, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1 inci Baskı, İstanbul 1996, s.198.

bulunmaktadır ve her iki yaptırım grubu cezalandırıcı niteliktedir. İdari yaptırım uygulanmasındaki faaliyet idari değil yargısal bir faaliyet olarak görülmektedir¹³²

Öncelikle belirtmek gerekir ki, cezalarla idari yaptırımların sağlamaya çalıştığı disiplinler birbirinden genellikle farklıdır. Toplum disiplinin ana hatlarını Ceza Hukuku çizerken, idari yaptırımlar çizilen bu ana hatlar arasındaki boşluğu doldurmaktadır. Diğer taraftan, yargı tasarrufu olduğu düşünülürse Anayasaya göre bu faaliyetin yargı organlarınca yerine getirilmesi gerekecektir. Aksi hal, Anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenlerle, aradaki ayırımın yalnızca organik-şekli bir ayırım olduğu ileri sürülmüştür¹³³. Gerçekten de, idari yaptırım çoğunlukla, Ceza Hukukunun düzenlemediği daha hafif ihlalleri yaptırım altına alırken aynı sahada farklı düzeyde toplum düzenini korumayı amaçlamaktadır. Örneğin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu trafik, yaya ve yolcu güvenliğini sağlama amacına yönelirken gerek ceza yaptırımlarına gerekse idari yaptırımlara yer vermiştir. Trafik zabıtasına idari para yaptırımı uygulama yetkisi tanınırken, daha ağır ihlaller için hafif ya da ağır para cezaları, hafif hapis cezası, belgelerin geri alınması ya da iptal edilmesi gibi yaptırımlar verilebilmektedir. Hapis cezası dışındaki yaptırımlar idari makamlarca da uygulanabilmekteyse de uygulayıcı makam, usul ve sonuçları açısından farklar ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında, aslında aynı saha farklı ağırlıktaki yaptırımlarla ve çoğu kez yaşamın içinde, aktif olarak müdahale edebilecek İdareye yetki tanınarak daha yakın ve ince bir denetime tabi tutulmuştur.

Burada bilinmesi gereken konu şudur ki, idari sahayı ilgilendiren bir yasadaki yasaklar ve öngörülen para yaptırımı, yasada hafif para cezası olarak adlandırılrsa bile maliye ya da valilikçe uygulanmakla, teknik anlamda bir kabahat olmamakta ya da suç olmaktan çıkmaktadır ve idari ihlal ve idari yaptırım olmaktadır. Burada başvuru olan yaptırım idari yaptırımdır¹³⁴.

Almanya'da da idari yaptırım bir ceza mahkemesi organınca değil, bir idari makam tarafından kararlaştırılır. Mahkeme, yaptırımın genel ve özel önleyici etkisini göz önünde tutarak uygun olup olmadığını denetler¹³⁵.

132 Yabancı yazarların bu konudaki görüşleri için bkz. GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.132.

133 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.133-135.

134 ZANOBİNİ, İdari Müeyyideler, s.33.

135 WOLFF/BACHOF, age., s.378.

Düzene Aykırılıklar Kanunu'na göre de kovuşturma yetkisi idarî makamlara tanınmıştır. Ancak ceza yargılaması esnasında eylemin düzene aykırı bir eylem olduğuna ilişkin bir belirti bulunması halinde yetki, savcılığa geçmektedir. Bu halde yaptırıma karar verme yetkisi İdarede değil mahkemededir.¹³⁶ İdari makamlar (ordnungsbehörde), yaptırımın kamu yararını gerektirip gerektirmediğine bakarak takdir haklarını kullanarak yaptırıma karar verebilirler¹³⁷. Yasal İdare organları ülke veya eyalet kanunlarına veya yürürlükteki bir yönetmelik veya tüzükte belirtilen disiplin ihlallerini içeren bir olayı saptarsa yaptırım kararı dolayısıyla en azından 5 DM.' para yaptırımına karar verebilirler¹³⁸.

Fransa'da yetki verilen idari makamlar bakanlıklar, valilik, belediye başkanlığı, askeri makamlar ve diğer kamu kuruluşlarıdır¹³⁹. Görüldüğü üzere, tanımdan ve uygulamalardan idari yaptırımların idari otoritelerce karar verilen ve uygulanan yaptırımlar olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda anlatılanların aksi bir uygulama Kanada'da görülüyor. Kanada'da özellikle balıkçılık alanında idari ihlaller konusunda görevli olan ve ceza mahkemelerinin yerini dolduracak iki yeni özel mahkeme kurulmuş, bu mahkemelere “idari yaptırım” (administrative sanction) olarak adlandırılan kararlar verme yetkisi tanınmıştır. Bu durum yeni bir uygulamadır. Bu tarzda yeni bir yaptırım düzeninin uygulanmasıyla idari yaptırımların tekdüzeleşerek standartlaşması ve daha tarafsız karar verilmesi amaçlarına ulaşılma istendiği ifade edilmiştir¹⁴⁰. Burada kararı veren organının İdare

136 KÖGLER, age., s.72; CREİFELD, Rechtwörter..., s.922.

137 CREİFELD, Creifelds Rechtwörterbuch, 14. Auflage, Becksche Verlagsbuchhand-Lune, München 1997, s.922. Buradaki idari makam kavramı, ordnungsbehörde tamlamasının karşılığı olarak düşünüldü. Almanya'da idari makamlar, kamu düzeni ve güvenliğini n korunması için özel yasalarla yetkilendirilen makamlardır. Örneğin, İmar düzenini denetlemek için ayrıca yetkili organ yasayla izinli kılınmakta ve yaptırım uygulayabilmektedir. KÖGLER, Juristisches..., s.278.

138 WOLFF/BACHOF, age., s.376.

139 SOYASLAN, age., s.54; 1958 yılında Fransız Anayasasında yapılan değişikliğe dayanarak İdare 58 nolu kararname çıkarmış ve ceza Kanunundaki kabahatlerin özel hükümler bölümünü kaldırarak yerine genel hükümler içeren yeni esasları koymuştur. Bizdeki tüzük kavramına yakın olan reglement de l'administration publique ile hükümet kabahat şeklinde suç koyabilir. Bu suçlar iki aya kadar hapis ve 2000 franka kadar para cezası içerebilmektedir. SOYASLAN, age., s.49.

140 “New Administrative...”, s.1.

olmaması bu yaptırımların idari yaptırımlar olarak nitelendirilmesine engeldir. Organik, işlevsel ayırım bunu gerektirir.

Yukarıda verilen Kanada örneğinin aksine, kararı veren organın adının mahkeme olmasına rağmen, mahkeme olma özelliklerini taşınamaması durumunda verilen kararın ne olacağı sorunu da önemlidir. Bu durumda, verilen kararın niteliğine bakılması gerekir. Konuyu örneklemek gerekirse, bizdeki disiplin mahkemeleri disiplin cezalarına karar vermekte ve bunlar genellikle disiplin amirleri ve diğer komutanlardan oluşmaktadır. Mahkeme niteliği taşısaydı verilen kararların idari olduğu söylenebilecekti. Anayasa Mahkemesinin bir kararında beş ayrı karşı oyda¹⁴¹, bunların disiplin kurulları niteliğinde oldukları, kuruluş ve görevleriyle mahkeme özelliğinde olamayacakları belirtilmektedir.

Aynı şekilde, kararlarının idari ya da yargısal olması tartışılan bir başka organ da Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'dur. Uyuşmazlık Mahkemesi, "...idari bir kurul olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu..." ifadesiyle kurulun bir idari birim olduğunu ortaya koymaktadır¹⁴². Bu durumda, hakim ve savcılar hakkında Kurulca verilen disiplin cezaları idari yaptırım niteliğinde olmaktadır.

Anlatılanlar özetlenirse; İdari yaptırımların ceza yaptırımı olarak kabul edilemeyeceği ortadadır. Bu halde, idari yaptırımlara yukarıda uygulanılan kıstaslar, bu yaptırımların tür ve uygulayıcı makam açısından ceza yaptırımlarından farklı ve kendine özgü İdare Hukuku enstrümanları olduğunu göstermektedir.

İdari yaptırımın yargısal bir karara dayanmadığı ve doğrudan İdare tarafından uygulandığı türünden saptamaları içeren tanımlarda organik ölçüt belirgindir. Ancak, idari işlemlerin ve İdare Hukukunun alanının

141 AYM., 4.6.1970 gün, E.1970/6, K.1970/29, AMKD., S.8, s.300, 301,303-307, 309-310. Karşıoy yazısında, "Bu durumdaki bir kuruluşu, Anayasa'da 'mahkeme' adı verilmesine bakarak, öteki mahkemelerle bir tutmaya yer yoktur. Kuruluş biçimleri ve tüm kararlarına karşı Yargıtay'a başvurma yolunun kapalı olması gözönünde tutulursa, bunları 'mahkeme' değil disiplin kurulu saymak daha doğru olur" denilmektedir. AYM., 4.6.1970 gün, E.1970/6, K.1970/29, AMKD., S.8, s.301.

142 Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 15.11.1993 gün, E.1993/46, K.1993/43, RG.15.12.1993- 21789.

belirlenmesinde organik ölçüte başvurulması her zaman yeterli olmayacaktır. Bunun yanında idare işlevi ölçütü de yardımcı olacaktır¹⁴³.

Organlar arasındaki görev ayırımının keskin olmayışının¹⁴⁴ sonucu olarak, idari işlemin belirlenmesinde organik kriterin yetersiz kaldığı söylenebilir. Bu durumda, işlemin hangi “işlev” nedeniyle yapıldığına ve yapılmasında başvuru yönüne bakılarak nitelendirilmesi gerekir¹⁴⁵. Konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak üzere çarpıcı bir örnek olarak Kanada’da başvuru ve idari yaptırım olarak adlandırılan bir dizi yaptırım örnek olarak gösterilebilir.

Kanada’da başta çevre, işsizlik sigortası, sivil havacılık, gümrükler olmak üzere idari ihlalleri işleyen kimselere para yaptırımları uygulanmaktadır¹⁴⁶. Bu tür yaptırımlara idari makamlarca karar verildiğinden idari yaptırım olduklarında kuşku bulunmamaktadır. Kanada’da gemilerle yapılan balık avcılığı konusunda para yaptırımları, balık avcılığı ruhsatının geri alınması, ruhsatın geçici olarak kaldırılması, izin süresinin uzatılmasını kaldırma, gemi, araç ve yakalanan balıklara elkoyma gibi yaptırımlar iki okyanus kıyısına yeni kurulan iki özel mahkeme

143 Kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareketle işlemlerin sınıflandırılmasında organik kritere başvurulduğu söylenebilir. Buna göre, işlem kendisini yapan organın adıyla anılır: Bir başka deyişle, işlemler yasama, yargı ve yürütme işlemi olarak adlandırılırlar. ÖZAY, Günışığında, s.317 ve ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.37; Organik ölçütü ifade etmek istenilen yürütme ve İdare organınca yapılan işlemlerin idari işlem olduğu; yasama, yargı ve özel kuruluşların kararlarının idari olamayacağı anlaşılmalıdır. Ancak bunun istisnaları da yok değildir. Hukuki işlemlerin organik ayırımı için bkz. GİRİTLİ, İsmet/ AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku Dersleri, C.II, İstanbul 1987, s.145 vd.; İdare işlevi hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZAY, Günışığında..., s.317 vd; ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.63 vd.

144 Yasama, yasama faaliyeti yanında bu faaliyet dışında işlemler de yapabilir. Örneğin, meclis İdare amirlerinin işlemleri gibi. Aynı şekilde, yargı da yargılama faaliyeti dışında örneğin kalem işlerinin yürütülmesi gibi farklı işlemler yapabilmektedir. Bunun gibi İdare de idari işlemler dışında işlemler yapabilmektedir. Sonuç olarak, idari işlemin belirlenmesinde organik kriter yetersiz kalmaktadır. YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s.20-21.

145 ÖZAY, Günışığında, s.317.

146“Administrative Monetary Penalties...”, s.1

tarafından karara bağlanmakta ve izlenmektedir¹⁴⁷. Bu ülkede, idari ihlaller için uygulanan ve 3000 \$' a kadar olan yaptırımlar yönetmeliklerle belirlenebilmektedir¹⁴⁸. Kanada' da idari yaptırıma karar verilirken ihlalin nedenleri, ihlali işleyen kişinin niyetini, verilen zararın ya da zarar riskinin derecesini, ihmalinin derecesini, daha önce bir suç ya da benzeri bir ihlale karışıp karışmadığını dikkate almaktadır. Dikkate alınan bu durumlardan her biri %25' e kadar indirim neden olabilmektedir¹⁴⁹. Sözü edilen yaptırımlar Kanada Hukukunda "idari yaptırım"(administrative sanction) olarak anılmaktadır. Bu yaptırımlara dikkat edilirse bizde de başvuru idari yaptırım türlerine benzerlikleri görülecektir. Ancak, bu yaptırımlara mahkemece karar verilmesi ve uygulanması idari yaptırım olarak adlandırılmalarına engeldir. Her ne kadar, idari düzenin korunması amacını gütmeleriyle ve türleri itibarıyla idari yaptırımlarla ortak özellikler taşımalarıyla idare işlevini gördükleri izlenimini uyandırsalar da, organik açıdan bakıldığında İdare dışında bir organ tarafından karar verilmesi nedeniyle idari yaptırım olarak adlandırılmamalıdır.

Yukarıdaki örnekten yola çıkarak, bir yaptırımın idari yaptırım olarak nitelendirilebilmesi için idare işlevi içinde olması yanında organik kritere de uyması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

C. SONUÇLARI AÇISINDAN FARKLAR

Sonuçları açısından idari yaptırımlar ceza yaptırımlarından oldukça farklıdır. İdari yaptırımlara ceza yaptırımlarına uygulanan sonuçlar bağlanamayacak ve ceza yaptırımlarına uygulanan kurumlara başvurulamayacaktır¹⁵⁰.

İdari yaptırımların ceza yaptırımlarından sonuçları bakımından ayrıldıkları noktalar kısaca şunlardır: Ceza yaptırımlarını doğrudan etkileyen, hatta ortadan kaldıran af ve benzeri kurumlar idari yaptırım uygulanmasına etki etmemektedir¹⁵¹. İdari yaptırımlar, adli sicile

147 "New Administrative... ", s.2.

148 "New Administrative... ", s.1.

149 "Administrative Monetary Penalties...", s.3-6.

150 DONAY, "İdarenin Ceza...", s.426- 427.

151 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.63; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları", SBFD, C.18, Eylül -Aralık 1963, s.215.

kaydedilemedikleri gibi¹⁵² adli tevbih konusu da olamazlar¹⁵³. Başka bir cezaya çevrilemezler ve idari makamlarca infaz edilirler¹⁵⁴. Ceza yaptırımlarında uygulanan “ne bis in idem” kuralı idari yaptırımlarda geçerli değildir¹⁵⁵. Bu nedenle, ceza yaptırımı yanında, İdarece ayrı bir yaptırım da uygulanabilir. Bu yaptırımların ertelenmesi (tecil) imkanı da yoktur¹⁵⁶. İdari yaptırımlar, ceza yaptırımlarının tekerrürüne esas teşkil etmezler¹⁵⁷. Bu yaptırımlarda iştirak ve içtima imkanı yoktur. İdari yaptırım ne diğer bir cezayla, ne de diğer bir idari yaptırımla birleşebilir¹⁵⁸. İdari yaptırımlar için de ceza yaptırımlarında olduğu gibi tabi oldukları yasaların öngördüğü zamanaşımı süreleri geçerlidir¹⁵⁹. AATUHK m. 7 dışında ölüm halinde de bu

152 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Müeyyidesi...”,s.215; NAZAROĞLU, agm., s.104; DÖNMEZER/ ERMAN, age., C.I, prg. 486, s.338; MAHMUTOĞLU, Fatih S., “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, İÜHFM, C. LV, S.1-2, 1996, s.154.

153 NAZAROĞLU, agm., s.104; MAHMUTOĞLU, Fatih S., “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, İÜHFM, C. LV, S. 1-2, İstanbul 1996, s.155; TCK 26’ıncı maddeye göre adli tevbih belirli miktara ve sınıra kadar olan kabahatlerde tekerrür olmamak ve ahlaken uygun görülme ve suçun sonuçlarını ortadan kaldırmak koşullarıyla hakim tarafından “alenen tevcih “ ile uyarılmasıdır.

154 MAHMUTOĞLU, agm., s.155.

155 “Administrative Monetary Penalties...”, s.1; MAHMUTOĞLU, agm., s.155; Karşı görüş için bkz. ŞEN, age., s.204, 239-240, 242, 243, 249-250; Bu ilke hakkında geniş bilgi için bkz. NEUHASUS, Ralf, Derstrafverfahrensrechtliche Tatbegriff- ‘Ne Bis In Idem’, 1985 Dortmund.

156 DÖNMEZER/ ERMAN, age., C.I, prg. 486, s.338; Tabi oldukları infaz hükümlerine göre, AATUHK 48 inci maddesi örneğinde olduğu gibi, tahsil belirli koşullarla ileri bir tarihe bırakılabilir. NAZAROĞLU, agm., s.104; MAHMUTOĞLU, agm., s.155.

157 DÖNMEZER/ ERMAN, age., C.I, prg.486, s.338; Kenid aralarında tekerrür konusu yasalarda düzenlenebilmektedir. ÖZAY, s.64 ve dnt 156.

158 NAZAROĞLU, agm., s.104.

159 MAHMUTOĞLU, age., s.155; AK’ nin 91(1) tarihli idari yaptırımlar hakkındaki kararının 4 üncü ilkesinde idari yaptırımların makul süre içerisinde zamanaşımına uğramaları gerektiği dile getirilmiştir.

yaptırımlar infaz edilebilir¹⁶⁰. İdari yaptırımla ortaya çıkan para borcu, şahsa bağlı olmayan mameleki bir borç olduğundan mirasçı ve haleflerine intikal edebilmektedir¹⁶¹.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, ceza kanunlarındaki cezalar ile bu yaptırımlar arasında maddi sonuç açısından benzerlik bulunmasına karşın, hukuki sonuçları açısından farklı olduklarını belirtmektedir¹⁶².

Kanımcı, idari yaptırım sonucunda ortaya çıkan görünüm ile ceza yaptırımının sonuçlarının görünümüleri açısından farklılıkları belirgin değildir. Uygulanan para yaptırımı, müsadere ya da elkoymanın aynı adları taşıyan ceza yaptırımlarıyla görünüm olarak farklı değildirler. Ancak sonuçları ve nitelikleri açısından farklıdırlar. Örneğin, İdarenin kolluk alanındaki eylem ve işlemlerine uymayan ya da karşı koyanlar hakkında ya idari yaptırım ya da ceza yaptırımları uygulanmaktadır. Her iki halde de uygulanan yaptırımın türü açısından fark yoktur. Bu yaptırımlar para yaptırımı, bir faaliyetin işten yasaklanması ve işyeri kapatma, idari bir yaptırım ya da adli bir ceza olarak karşımıza çıkabilir. Ancak bu yaptırımlar, denetimlerinden, adli sicile işlenmeye ve tekerrüre kadar sonuçları açısından bir çok noktada birbirinden ayrılmaktadırlar. Örneğin İdarece başvuru alan elkoyma ya da müsadere idari bir yaptırım olmaktadır, ceza mahkemesince karar verilen müsadere ve elkoyma yaptırımları, ceza yaptırımlarındandır. Görüldüğü gibi, idari yaptırımlar ile ceza yaptırımları arasında karar veren organ açısından ayrılıklar olduğu gibi, sonuçları açısından da farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

D. HUKUKSAL NİTELİK AÇISINDAN FARKLAR

1. Genel Olarak

İdari yaptırımların hukuksal niteliği günümüze değin tartışma konusu olagelmiştir: Tartışma, bu yaptırımların ceza yaptırımı niteliği taşıyıp taşımadığı noktasında odaklanmaktadır¹⁶³. Burada çözülmek istenilen sorun, idari yaptırımların adli bir ceza olup olmadığı, nitelikleri açısından hangi noktalardan farklılıklar arz ettiğidir. Ceza yaptırımlarında aranan özelliklerin

160 MAHMUTOĞLU, age., s.155; VUK m. 372 Mali Hukuk yaptırımları açısından bir istisna oluşturmaktadır.

161 NAZAROĞLU, agm., s.104.

162 AYM., 6.1.1970 gün, E.1969/46, K.1970/2, AMKD., S.8, s.173.

163 MUTLUER, age., s.44; DONAY, age., s.157; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.37.

idari yaptırımlarda da geçerli ve hatta olmazsa olmaz şartlardan olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Buraya kadar, idari yaptırımlarla ceza yaptırımları tür, usul, yetkili organ ve sonuçları bakımından karşılaştırılmaya çalışıldı. Burada bir yaptırımın idari ya da yargısal bir yaptırım olmasındaki ayırım üzerinde dikkatle durmaya çalışılmasının nedeni şudur: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukukta idari yaptırım olarak adlandırılrsa da, yapacağı inceleme üzerine, ceza yaptırımı yanının ağır bastığı kararına vardığı disiplin cezaları ve bazı para yaptırımları için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil ya da dürüst yargılanmayı içeren 6 ıncı maddesini devreye sokmaktadır¹⁶⁴. Bir yaptırımı ceza yaptırımı olarak adlandırdığımızda, savunma hakkı, adil, tarafsız ve bağımsız bir hakim önünde itiraz etme hakkı tanınması (AİHS m. 6), suç ve cezada yasallık ilkesine özen gösterilmesi (AİHS 7), cezaların geriye yürümemesi kuralları (AİHS 7) mutlaka geçerli olmalıdır. Ayrıca, Ne Bis In Idem ve bunun dolaylı sonucu olan orantılılık ilkesine uyulmalıdır¹⁶⁵. Nitelik sorunu bu nedenle de önem taşımaktadır.

İdari yaptırımların kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmesi, bireylere belirli yükler getirmesi, katı biçim koşullarına tabi olmaları gibi yönleriyle Ceza Hukukundan etkilenmeleri, doğrudan alınmaları ya da esinlenmeleri doğal karşılanmalıdır¹⁶⁶. Ancak, nitelikleri açısından farklı olan idari yaptırımlar¹⁶⁷ kendilerine özgü bir gelişme göstermişlerdir.

Ceza yaptırımlarının belirgin unsurları “kişisel ve suçla orantılı olması”¹⁶⁸, “bir yargılama sonucu devlet tarafından ve kanuna dayalı olarak verilmesi”dir. Ayrıca, “ne bis in idem” şeklinde ifade edilen aynı suçtan dolayı birden çok kez ceza uygulanamaması ilkesi de¹⁶⁹ bu iki yaptırım grubu arasındaki farklılıkların ortaya konulmasına yardımcı olacaktır. Bu noktada, aradaki ayırımın organik ve şekli ayırım olduğu kabul edilmelidir, ancak idari yaptırımların hukuksal nitelikleri ortaya konulurken Ceza

164 TAN/GÖZÜBÜYÜK, age., s.494; TERCAN, “İdari...”, s.754.

165 TERCAN, “İdari...”, s.755.

166 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.37.

167 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.36.

168 Suç ve cezalar arasındaki orantılılığın kamu güvenliği ve huzurunu sağlayacak şekilde olması gerektiği ifade edilmiştir. CASO, age., p. 53; ÖZAY, age., s.29.

169 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.29.

Hukuku ilkeleri karşısında idari yaptırımlar ele alınarak ayırt edici diğer nitelikler saptanmalıdır.

Bu durumda, Ceza Hukuku ilkelerine başvurarak¹⁷⁰ idari yaptırımların niteliklerinin ve ceza yaptırımlarından farklılıkların ortaya konması gerekmektedir. Bu nedenle, burada Ceza Hukukunun “yasallık, “kişisel” ve “ne bis in idem” ilkelerine başvurarak bu konuda bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

2. Kişisel İlkesi Karşısında İdari Yaptırımlar

Cezaların kişiselliği, suç ile ceza arasında bir oranın bulunmasını gerektirir. Suç ile cezanın orantılı olması ise, ceza yaptırımının bireyselleştirilmesi ile gerçekleştirilmektedir¹⁷¹. Böylece, suçlu olmamalarına karşın, suçlu ile aynı aile ya da sosyal grubu paylaşanların cezalandırılmalarını önlemek, ölüm ile cezanın düşmesi, bir başka deyişle mirasçılara geçmemesi ve cezanın suçlu dışındaki kişileri en az etkileyecek düzeyde tutulması sağlanır¹⁷².

İdare Hukukunda ve idari yaptırımlar alanında kişisel ilkesi Ceza Hukukundaki mutlak anlamıyla uygulanmamaktadır¹⁷³ ve bu denli kesin değildir. İdari yaptırımlar alanında bu ilke sui generis bir kural görünümündedir¹⁷⁴. Örnek olarak idari yaptırımlardan para yaptırımları

170 İdare Hukuku bağımsız ve kendine özgü yapısıyla, bir Kamu Hukuku dalı olmasına rağmen idari yaptırımlar konusunda Ceza Hukukundan amaçları ve araçları açısından oldukça farklıdır. Ceza Hukukunun tüm ilke ve kurallarını İdare Hukukuna taşımaya çalışan görüş İdare Hukuku mantığına terstir. Ceza hukukçularından ŞEN' in, “...İdareye Ceza Hukukunun temel prensiplerine bağlı kalmak suretiyle ceza tayin etme yetkisi tanınmıştır” şeklindeki görüşü, bu ilkelerden bazılarına başvurulacağını, diğer bazılarının ise idari yaptırımların amaçlarına aykırı olduğu düşüncesiyle kısmen kabul edilebilir. Yoksa, tüm ilkeleri ve Ceza Hukuku kurumlarını İdare Hukukuna taşımak doğru değildir. Bkz. ŞEN, age., s.206.

171 HIZLI, age., s.32; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.30; İdare Hukukunda iptal nedenlerinden konu unsurundaki sakatlık çerçevesinde yaptırım ile idari ihlal arasında bir dengenin kurulması aranmaktadır. Bu konuya ikinci bölümde konu unsuru adı altında tekrar dönülecektir.

172 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.29-30.

173 GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Müeyyidesi...”,s.215.

174 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.61.

alınır; para yaptırımlarının İdare açısından bir kamu alacağı olduğu açıktır. Bu alacak, idari ihlali işleyen kişinin malvarlığından alınır. Ancak malvarlığının pasifini oluşturmamakta ve kişisel niteliğini korumaktadır. Bu durumda para yaptırımı, ölen suçlunun mirasçılara geçmeyecektir¹⁷⁵. Açıkça görülmektedir ki; idari para yaptırımında kişisellik ilkesi geçerlidir. Eğer bu alacak malvarlığındaki bir pasif olarak düşünülseydi, o zaman sıradan bir borç gibi mirasçılara geçecekti.

Danıştay'ın bir çok kararı da bu düşünceyi desteklemektedir¹⁷⁶; Yüksek Mahkemenin bir kararı, “İnşaatın maliki olmadığı anlaşılan davacı hakkında 6785 sayılı yasanın 20 inci maddesi uygulanarak para cezası tahakkuk ettirilmesi(nin)” yasaya uygun olmadığı şeklindedir. Yasaya göre inşaat malikine yönelmesi gereken idari bir yaptırım, malik olmayan bir kişiye yöneltilmiş ve işlem sakatlanmıştır. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme ilk derece mahkeme kararını bozmuştur. Danıştay, kişisellik ilkesini lafzen belirtmese de kararında kullanmıştır.

Bir diğer kararda¹⁷⁷ ise, “Para cezası, cezalı harç alınan şahıslar adına verilmelidir. Hissedarlar adına cezalı harcı alınan yapının paydaşlarının biri adına tüm para cezası salınamaz” denilerek ismen sözedilmese de bu ilkeye başvurulmuştur. Diğer bir kararında¹⁷⁸ ise, “Cezaların şahsiliği ilkesine göre varisler bu para cezasından sorumlu olmayacağından, ölü ile müteselsil sorumlu olacak şekilde adına para cezası salınmasında mevzuata uyarlık” bulunmadığı belirtilmiştir.

1918 sayılı Kanununun 12 inci maddesinde, idari yaptırımlardan müsaderede kişisellik ilkesi açısından önemli bir nokta dikkat çekiyor: Burada gümrük komisyonunca müsadereye karar verilmesi için müsadere konusu yükün kime ait olduğunun önemi yoktur. Ayrıca, yük sahibinin bir suçla mahkum edilmesi koşulu da yoktur¹⁷⁹. Yükün kime ait olduğunun

175 ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1960, s.1036.

176 D.6.D., 30.6.1973 gün, E.1973/149, K.1973/2814, Altıncı Daire Kararları, Ankara 1979, s.106.

177 D. 13.6.1979 gün, E.1978/7976, K.1979/1603, İdari Yargı, S.9, Ağustos- Eylül 1979, s.3.

178 D. 14.3.1979 gün, E.1978/1030, K.1979/592, İdari Yargı, S.9, Ağustos-Eylül 1979, s.20.

179 Buradaki müsadere idari önlem niteliğindedir. ERMAN, Ticari..., s.213.

önemli olmaması, ilk bakışta kişiselik açısından yanlış bir izlenim uyandırmaktadır. Halbuki, müsadere konusu eşya kime ait olursa olsun müsadere edilmekle bu yaptırımdan malvarlığı etkilenecek olan mal sahibidir. O halde, üçüncü kişinin elindeki eşya müsadere edildiğinde, cezalandırılan kişi eşyanın maliki olmaktadır. Ancak, bir idari önlem olduğu düşünülürse, kişiselik ilkesinin zedelenmediği sonucuna varılır. Kanununun 14 üncü maddesinde belirtilen idari nitelikte bir yaptırım olan müsadere, gümrük memurlarınca yabancı ülkelerden gelen yolcunun üzerinde ya da eşyasının arasında beyana aykırı olarak bulunan tuzun müsadere edilmesi de¹⁸⁰ aynı çerçevede değerlendirilebilir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ceza yaptırımlarında öncelikle suçu işleyen kişiye çektirme amaçken, sözügeçen iki düzenlemede olduğu gibi, idari ihlallerde eylemin önlenmesiyle idari düzenin korunması amacı için üçüncü kişinin elindeki yükün müsadere sine başvurulabilmektedir.

3. Yasallık İlkesi Karşısında İdari Yaptırımlar

Yasallık ilkesi, belirli normların yalnızca yasalarla düzenlenebileceği anlamını taşır. Cezaların yasallığı denildiğinde, yasak eylemlere ancak yasalarda belirtilen cezaların uygulanması anlamına gelen ve kişilerin, yasak eylemleri önceden bilmesini amaçlayan, çağdaş Kamu Hukukunun ana ilkelerinden biri düşünülür¹⁸¹.

Yasallık ilkesi, Ceza Hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlar alanına da egemen bir ilkedir¹⁸². Diğer yandan, cezaların yasallığı ilkesi¹⁸³, ceza içeren kuralların bir yasayla konulabileceğini öngörmektedir. İster İdareyi ister ilgili başka bir alanı düzenlesin, Bakanlar Kurulu, doğrudan bir yaptırım ortaya koyamaz. İdare Hukukunda bu ilkenin ister katı, isterse gevşek bir şekilde uygulandığını kabul edelim, sonuçta yasallık ilkesinin idari yaptırımlar alanında geçerli bir ilke olduğu açıktır. Bu ilke, İdare Hukuku ve idari yaptırımlar alanında Ceza Hukukuna kıyasla daha büyük bir potansiyel

180 ERMAN, Ticari..., s.212.

181 DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.1, 10 uncu Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1987, s.17; Suçun yasayla belirlenmesi, "nullum crimen sine lege", cezanın yasada gösterilmesi ilkesine ise "nulla poena sine lege" denilmektedir. DÖNMEZER/ ERMAN age., s.17, dnt. 29.

182ZANOİNİ, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas...", s.309.

183 D.10.D., 6.12.1995 gün, E.1994/3507, K.1995/6336, DD., S.91, s.1095.

taşıdığından oldukça önemlidir¹⁸⁴. İdarenin gerek eylemi niteleme, gerekse uygulanacak yaptırımını takdir etme ve saptama konularındaki yetkisinin geniş olmasına dayanarak ceza yaptırımlarındaki kadar katı olmasa da bu ilkenin gerekli olduğu ileri sürülmüştür¹⁸⁵. Ceza yaptırımlarına göre daha yumuşak şekilde uygulanmalarının nedenleri arasında ceza yaptırımları kadar ağır olmadıklarından hakimnin meşgul edilmemesi, yaptırım muhatabının İdareyle ilişkili bir kişi olması sayılmıştır¹⁸⁶.

İdari yaptırımın, kişi özgürlüğünü sınırlandırmasa da, birey ve toplulukların kişi hak ve özgürlükleri dışında kalan özgürlüklerini sınırlandırabileceğinden bahisle, yasal dayanağı olması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁷. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin idari yaptırımlara ilişkin 91(1) sayılı tavsiye kararında da, ilk ilke olarak, idari yaptırımları gerektiren koşul ve hallerin apaçık bir şekilde belirlenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur¹⁸⁸. Danıştay, memurun mutata davranışlarının iş arkadaşlarını kırıcı olduğu gerekçesiyle verilen disiplin cezasını yasallık ilkesi açısından değerlendirerek; "Disiplin cezası; ancak mevzuatta belirlenen ve disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan görevliye verilebilir. Mutata davranış şeklinin iş arkadaşlarına karşı kırıcı telakki edilmesine ilişkin kanaatle ceza tayini mevzuata uygun değildir" şeklinde karar vermiştir¹⁸⁹. Karardan da anlaşılacağı üzere, İdari ihlal yasada ya da onun izin verdiği sınırlar içinde yönetmelikte açıkça belirtilmelidir.

Yasallık ilkesinin kabul edilmemesi, ülkenin her yanında farklı idari birimler tarafından yeni ve birbirinden farklı düzenlemeler yapılması ve kişilerin özgürlük alanlarının yasama değil, yürütme tarafından daraltılması

184 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.31.

185 SOYARSLAN, age., s.145.

186 TAN/GÖZÜBÜYÜK, age., s.496.

187 GÜNDAY, age., s.163. Yazar, sınırlı bir alanda aynı görüşünün aksini şu şekilde ifade etmektedir: "Öte yandan, genel cezalar, 'suç ve cezaların kanuniliği ilkesi' uyarınca, mutlaka kanunla konulurlar. Oysa idari cezalar, korudukları idari düzenin kanun konusu olması halinde kanunla konulurlar. Bunun dışında, idari cezaların düzenleyici idari işlemler (örneğin yönetmelikler) ile konulması da mümkündür." GÜNDAY, age., s.162.

188 C.Eu, "...Sanctions Administratives", İlke 1, s.2.

189 D. Mürettep Daire, 23.5.1979 gün, E.1978/5680, K.1979/1379, İdari Yargı, S.9, Ağustos -Eylül 1979, s.31.

gibi sonuçlar doğurur. İdari yaptırımların keyfi olarak ihdas edilememesi Hukuk Devletinin bir gereğidir. Keyfilik, hukukta istikrarın ve güvenin bozulması ve sonuçta Hukuk Devletinin amaçlarına ulaşamamasına yol açar. İdari yaptırımlarla kişinin çalışma özgürlüğünden, mülkiyet ve eğitim hakkına kadar birçok hak ve özgürlük etkilenebilir. Her bir idari yaptırım, bu hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlandırmaları ancak yasalara dayanarak yapabilmektedir. Aksi halde, para yaptırımı, elkoyma ve müsadere ile kişinin malvarlığına, disiplin cezalarıyla memurun çalışma özgürlüğüne ve öğrencinin eğitim hakkına Anayasa ve yasalardan güç alınmadan dokunulmuş olacaktır. Bu nedenle, idari yaptırımlarda yasallık ilkesinin Ceza Hukukundaki kadar sert olmasa da, mutlaka uygulanması gereken bir ilke olduğu görüşü yerindedir.

Bu konuda İdarenin yetkisinin sınırlarına geçmeden önce, yasamanın da yasa çıkarırken sınırsız olmadığını belirtmek gerekir.

1982 Anayasası'nın 7 inci maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez" şeklinde bir ifade yer almaktadır. Bu ibare, "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi"¹⁹⁰ olarak bilinir. Yargı, yaptırımlar, mali yükümlülükler gibi özgürlükleri yakından ilgilendiren alanlarda yapılacak düzenlemelerin, ancak yasama organının yetkisinde olması, yasama dışındaki organ ve makamlara ise ancak yasayla izin verilebilmesi¹⁹¹, yasallık ilkesinin sağladığı güvenceden kaynaklanmaktadır.

Yasamaya, Anayasanın 1, 2 ve 3 üncü madde hükümlerinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğine ilişkin 4 üncü maddeyle ilk sınır çizilmiştir. İkinci sınır, 11 inci madde hükmünde belirtilen, Anayasaya aykırı kanun çıkarılmasını engellemek için konulan sınırdır. Bu uygunluğu denetleme ise, 148 inci madde ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir¹⁹².

TBMM yukarıda anahatları çizilen sınırlar içerisinde kanun çıkarabilecektir. Ancak çıkarılan kanunun amacı üzerinde de bir denetim

190 Yasama yetkisinin devredilmezliği ve tarihçesi konusunda geniş bilgi için bkz. TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul 1991, s.14 vd.

191 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.99.

192 YILDIRIM, Turan, "Yasama Yetkisinin Sınırı- Hukuk Devleti- Kamu Yararı, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", Hukuk Araştırmaları, C.2, S.2, Mayıs-Ağustos 1987, s.80.

yapılabilmekte, dolayısıyla kanunkoyucu, yasama sırasında diğer sınırlarla da kayıtlı olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, yasama yetkisini Hukuk Devleti ve kamu yararı ile sınırlayan yaklaşımı¹⁹³ bireyin güvenliği ve yasanın özel amaçlarla değil kamuyu gözeten bir tarzda çıkarılmasını sağlayan önemli bir sınır çizmektedir.

Sözüğeçen kararlarda Yüksek Mahkeme, yasamanın Hukuk Devleti ilkesiyle bağlı olduğundan, adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle sınırlı olduğunu belirtmekte ve takdir yetkisini kullanırken bu ölçülere ve anayasal sınırlara uymak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanında kamu yararının kanunların amacını oluşturduğunu ve kamu yararını ortadan kaldıracak ya da engelleyecek şekilde yasama yetkisinin kullanılamayacağını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, kamu yararını tanımlamakla birlikte her somut olayda var olup olmadığını incelemektedir¹⁹⁴.

Bu durumda yasama, idari yaptırım düzenleyen yasayı çıkarırken şu konulara dikkat etmelidir: Bu kanun Anayasaya aykırı olmamalı, Hukuk Devletinin gereklerine uygun olmalıdır. Dolayısıyla, adil ve hakkaniyete uygun olmayan bir idari yaptırım ihdas edilmemelidir. Ayrıca kamu yararını amaçlayan özel çıkarları önde tutmayan idari yaptırım düzenlemesine gidilmelidir.

193 AYM., E.1986/16, K.1986/16, RG. 31.1.1987- 19358; AYM., E.1985/33, K.1986/22, RG. 10.12.1986- 19307; AYM., E.1985/31, K.1986/1, RG. 9.5.1986- 19102; AYM., E.1985/1, K.1986/4, RG. 10.7.1986- 19162; AYM., E.1985/2, K.1985/16, RG. 26.5.1985- 18949; AYM., E.1976/3, K.1976/23, RG. 15.7.1976- 15647; AYM., E.1972/14, K.1972/34, RG. 11.1.1973- 14418; AYM., E.1977/1, K.1977/20, RG. 5.12.1977- 16130; AYM., E.1963/156, K.19866/34, RG. 8.5.1967- 12597; AYM., E.1962/286, K.1963/53, RG. 8.6.1963- 11423; AYM., E.1963/127, K.1965/47, RG. 28.1.1966- 12238; AYM., E.1963/145, K.1967/20, RG.15.11.1967- 12751; AYM., E.1963/145, K.1967/20, RG. 15.11.1967- 12751; Kararlarla ilgili yorum ve değerlendirmeler için bkz. YILDIRIM, "Yasama Yetkisinin...", s.80-84.

194 YILDIRIM, "Yasama Yetkisinin...", s.880-82; Anayasa, kamu yararını temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması nedeni olarak görmektedir. Ancak bu sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi, öngörüldükleri amaç dışında da kullanılamayacakları yönündedir. Yazar, kamu yararının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasamaya geniş bir inisiyatif ile bırakılmasının olumsuz sonuçlar doğuracağından bahisle sınırlamanın sınırının AYM. tarafından açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmektedir. YILDIRIM, "Yasama Yetkisinin...", s.82,83-84.

Bir eylemin, idari ihlali olarak yaptırıma tabi tutulması, ya yasanın açık tanımlanmasıyla ya da yasanın çizdiği sınırlar içinde idari bir mercie bırakılması¹⁹⁵ ile olmaktadır.

Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu' nun 3 üncü paragrafına göre, bir eyleme yaptırım uygulanabileceğinin eylemin işlenmesinden önce kanunda belirtilmiş olması gerekir. Bu ilke, yaptırım uygulanabilecek eylemin belirli olması, kıyas yoluyla yaptırıma başvurulamaması, yaptırımların bireylerin zararına olarak geriye yürütülememesi ve örf'e dayalı olarak bir eylemin cezalandırılmaması gibi alt ilkelerin kabulünü gerektirmektedir¹⁹⁶.

Belirlemenin idari bir mercie bırakılması, aslında bir istisna olmakla beraber, idari yaptırımlar alanında sıkça başvuru alan bir yoldur. Bazı yasalarda Bakanlar Kurulu'na, Bakanlıklar, yerel yönetimler, valilikler, kaymakamlıklar gibi bazı idari mercilere belirli bir sınır çizilerek "suç ihdas etme yetkisi" verildiği savunulmuştur¹⁹⁷. Bu yetkinin, "yürütme görevinin kanunlar çerçevesinde yerine getirileceği" ilkesine ters düşmeyeceği, çünkü İdarenin sağlık ve trafik gibi bir alanda düzenleme yapmasının, başta kolluk alanı olmak üzere bu ilkeyle çelişmeyeceği belirtilmektedir¹⁹⁸. Bu konuda ülkemizde ilk sorun, Kaçakçılığın Men ve Takibine İlişkin Yasanın öngördüğü "emniyet bölgeleri" nin ve hangi maddelerin müsadere kapsamına gireceğini Bakanlar Kuruluna bırakan hükümler konusunda ortaya çıkmıştır. İdari makamlara bu tür bir yetkinin verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak görülmüş ve AYM, "...zamanın gerçeklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına lüzum görülen hallerde yasama organının

195 İdarenin belirlemesi, yaptırıma tabi olacak eylem ya da davranışı ortaya koymak olarak anlaşılmalıdır. Aksi halde yaptırımın yasayla konulması şeklindeki anayasal zorunluluğun çiğnenmesi durumu ortaya çıkar. AYM.' nin aynı yöndeki bir kararında da Anayasanın 38 inci maddesine dayanılarak, "Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Bkz. AYM. 19.04. 1988 gün, E.1987/16, K.1988/8, RG. 23.08.1988 -19908.

196 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.31; Aynı yönde bkz. İÇEL, agm., s.121; ŞEN, age., s.201.

197 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.121. Örnekler için bkz. age., s.12 dnt. 6; Her ne kadar doktrinde suç, suç ihdası gibi Ceza Hukuku terimleri kullanılıyor olsa da, yukarı da değinildiği gibi, bu çalışmada idari suç yerine idari ihlal ya da idari düzene aykırılık, idari ceza yerine idari yaptırım kavramları kullanılmıştır.

198 GÜNEŞ, age., s.104.

yapısı bakımından yavaş işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirler almasının güçlüğü karşısında, kanunkoyucunun esaslı hükümleri tespit ettikten sonra, ihtisas ve idare tekniğine taalluk eden hususların düzenlenmesi için hükümete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktır. Bunu yasama yetkisinin devri saymak doğru olmaz” diyerek bu konuda aynı kanıda olmadığını belirtmiştir¹⁹⁹. AYM, bir başka kararında²⁰⁰, “yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip, kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz... Yönetim kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz” şeklinde karar verirken yasal belirleme şartına dikkat çekmiştir.

Genel nitelikteki düzenleyici işlemlerle idari ihlalin yaptırımının ihdas edilmesi ya da yaptırımın nedeni olan eylem ve davranışların saptanmasında İdarenin tasarrufu etkili olabilmektedir. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Yasa ve 1705 sayılı Ticarete Tağışın Men'i ve İhracatın Murakabesi Hakkında Yasa gibi özel yasalarda Bakanlar Kurulu'na idari ihlalleri saptama yetkisi verilmiştir. TCK' nun 526 ıncı maddesinde bir genel yetki kuralı olarak²⁰¹, yetkili makamların yasada belirlenen amaçları sağlamak üzere vereceği buyruğu dinlemeyen ve alınan önleme uymayan kişi için belirli bir yaptırım öngörülmektedir. Bu yasalarda, ihlalin ihdası değil, yasanın sınırlarını çizdiği eylem ve davranışların saptanmasının İdareye bırakılması öngörülmektedir²⁰². Aslında, TCK' nun 526 ıncı maddesinde ve İl Özel İdaresi Kanunu'nun 66 ıncı maddesi gibi düzenlemelerde, “açık ceza normları” ile İdare daha fazla yetki ile donatılmıştır²⁰³. İdari yaptırımın yasada öngörüldüğü hallerde özel hükmün genel hükümden önce uygulanacağı ilkesinden hareketle 526 ıncı madde

199 Karar için bkz. GÜNEŞ, age., s.128.

200 AYM., E.1987/16, K.1988/8, RG.23.8.1988- 19908.

201 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.96. Genel yetkiden anlaşılması gereken “yasal düzenlemelerde başka türlü öngörülmemişse, asıl o yetkiye sahip olması gerekenin yetkili varsayıldığını kabul eden bir karar” olmasıdır. Danıştay bu yönde bir kararında “Kanunun açıkça yetkili organı belirtmediği durumlarda yönetmeliklerin değiştirilmesi, kaldırılması ya da belirli bir amaç için uygulanmasının durdurulması yetkisi, yönetmeliği yayınlayan ve uygulanmasını sağlayan idari organa ait olması...” gerektiğini belirtmiştir. D.8.D., 30.1.1978 gün, E.1977/1531, K.1978/352, DD., S.32-33, s.602.

202 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.94-95.

203 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.129.

değil, özel düzenlemedeki yaptırım uygulanacaktır²⁰⁴. Burada bir idari yaptırım uygulamasına gidilmesi, yasada açık düzenlemenin bulunmasına ve yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalınmasına bağlıdır. Yasallık ilkesinin doğal bir sonucu olarak, kıyas yoluyla yeni bir "suç" ihdas edilemeyeceği gibi, idari yaptırımı gerektiren davranışlar da kıyas yoluyla uygulanamayacaktır. Danıştay, bir kararında idari yaptırım türlerinden olan disiplin cezasının kıyas yoluyla uygulanamayacağını belirtmektedir²⁰⁵. Diğer bir kararında ise, tartışma konusu bile yapmaksızın Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 11 inci maddesine dayanılarak verilen kararı onamıştır. Sözügeçen madde, "Öngörülmemiş Disiplin Cezaları" olarak adlandırılan adeta bir 'torba' kategori öngörmüştür. Burada İdareye nitelik ve ağırlıkları yönüyle yönetmelikte yasaklanan eylem ve durumlara benzeyen diğer eylem ve durumlarda aynı tür idari yaptırımı karar verileceğine imkan tanınmıştır. Bu düzenleme doğrudan adından sözetmese de idari ihlal ile buna uygulanacak idari yaptırımın kıyas yoluyla ihdas edilebileceğini öngörmektedir. Bu haliyle Anayasanın 38 inci maddesine aykırı bir düzenlemedir.

Danıştay'ın aksi yöndeki bir kararı²⁰⁶ yönetmelikle bir ihlalin ve idari yaptırımın ihdas edilemeyeceği konusunda aydınlatıcı olacaktır: Büyükşehir Belediye Zabıtası, 1580 sayılı Belediye Kanunu ve Büyükşehir Zabıta Yönetmeliğine dayanarak belediye sınırları dışında imal edilerek getirilen ekmekleri toplamış ve satışını yasaklamıştır. 1580 sayılı Yasanın 15 inci maddesi belediyelere, yiyecek maddelerini halkın sağlık ve esenliğini korumak amacıyla denetleme yetkisi vermektedir. Buna göre sağlık denetiminden geçirilerek belirli yiyecek maddeleri yasaklanabilecektir. Belediye dışında üretilen ekmeklerin belediye sınırları içinde satılamayacağı hükmü Zabıta Yönetmeliğinin 91 inci maddesinde yer almaktadır. Danıştay,

204 DURAN, Ders Notları, s.269; Danıştay idari yaptırımı ilişkin özel bir düzenleme bulunması durumunda genel düzenlemenin değil bu özel düzenlemenin uygulanacağını aksi halde hukuka aykırı bir işlem olacağından iptal edileceğini belirtmektedir. Devlet memuru olan bir ilkokul müdürü hakkında 657 sayılı yasaya göre verilen disiplin cezasının değil özel düzenleme olan 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanununun 19 uncu maddesine göre yaptırım uygulanması gerektiği yönünde karar vermiştir. D.8.D., 19.12.1997 gün, 1996/4273, K.1997/4100, DD. 96, s.405-406.

205 D.MürettepD., 9.12.1980 gün, E.1980/3823, K.1979/34, DD., S.42-43, s.352.

206 D.8.D., 20.11.1997 gün, E.1995/4503, K.1997/3471, DD., S.96, s.393.

yasanın izin verdiği şekilde sağlık denetimine dayanarak satışın yasaklanabileceğini, ancak yönetmelikte satışı yasaklayan bir kural bulunmasına rağmen Belediye Kanununda bu kuralın dayanağı olmadığından yönetmeliğin ilgili maddesini hukuka aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme ayrıca, böyle bir düzenlemenin Anayasanın 48 inci maddesindeki çalışma serbestisini ihlal edeceği görüşündedir.

Karardan açıkça anlaşılacağı üzere, idari ihlal ancak yasayla ihdas edilebilecek ve İdare yönetmeliklerle ancak yasanın koyduğu sınırlar içinde hareket edebilecektir. Ayrıca, temel hak ve özgürlükler yalnızca yasalarla sınırlandırılabilirler.

Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde²⁰⁷ 23516 sayılı RG. de yayınlanarak 7.11.1998 tarihinde değişiklik yapan hükümler halen tartışma konusudur. Değişiklikten önce de düzenlediği idari yaptırımlardan bir kısmının ağırlığıyla dikkat çeken bu yönetmelik yeni değişikliklerle daha da ağırlaştırılmıştır. Örneğin, 4 üncü maddenin (g) fıkrasındaki üniversite öğretim mesleğinden çıkarma yaptırımı da oldukça ağır sonuçlar içermekte ve yasaklanan eylemlerle sonuç arasında bir dengenin olmadığı dikkat çekmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse ücretsiz olarak bir okulda ders veren, tiyatro gösterisi yapan, kısa metrajlı bir film çeken ya da bir kaç dönüm arazi üzerinde meyveligi olan bir öğretim üyesi uzmanlık alanı eğitim bilimi, tiyatro sanat dalı uzmanı ya da ziraat mühendisliği olsa da bu yaptırımlara muhatap kalabilecektir.

İster meslekten çıkarma isterse kamu görevinden çıkarma cezası alsın bu kişiler akademik ünvanlarını hiç bir şekilde kullanamayacaklardır. Değişiklikten önce de var olan bu düzenleme de oldukça ağırdır. Bu örneklerde olduğu gibi bir idari yaptırımla kişinin hayat akışı tümüyle değiştirilmektedir. Çalışma özgürlüğü kısıtlanmakta bazen on, on beş yıllık çalışmaları bir anda anlamsız kalmaktadır. Bu nedenle bu tür idari ihlaller, suçlar olarak Ceza Kanununa aktarılmalı ve bu sonuçlar idari yaptırımlar yerine yargısal kararlara bağlanarak bağımsız ve tarafsız yargı organları önünde değerlendirilmelidir.

Örneğin, idari para yaptırımları tanımlanırken “yasada açıkça öngörülen düzene aykırılıklar nedeniyle..., yasanın doğrudan doğruya idari mercilerce karar verilebileceğine izin verdiği... idari yaptırım” türü olarak belirtilmektedir. Bu tanımdan da anlaşılabilirliği gibi, idari yaptırımlarda yasallık ilkesine uyulması ve İdareye yasayla açık bir yetkinin verilmiş

olması gerekmektedir²⁰⁸. İdare, idari yaptırımları yasada belirlenen eylemlere uygulayabilir. Ayrıca, yasaya uygun kurallar koyarak da uygulayabilir²⁰⁹. İdare yasanın kendisine çizdiği alt ve üst sınırlar içinde kalarak hareket edebilir. İdare yasal sınırlar içinde kalarak ihlalin ağırlığını ve neden olduğu zararı da dikkate alarak karar vermelidir²¹⁰.

İdarenin hangi eylemlere idari yaptırım uygulayacağına ilişkin kararlarını halka daha önceden duyurması gerekir. 1608 sayılı Kanununun 2 inci maddesinde de idari ihlallerin duyurulması gerektiği düzenlenmiştir²¹¹. Hukuk Devleti, hukuk güvenliği ve yasallık ilkeleri bunu gerektirir. Gerçekten de idari yaptırımların önceden yayınlanan ve bu nedenle, bilindikleri kabul edilen kural işlemlere dayandırılması gerekir²¹². Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında²¹³ şunlar ifade edilmiştir: "Belediye meclis ve encümenlerince verilen ve aşağı sınırı yasada belirtilmemiş bulunan para cezalarında 5435 sayılı yasa ile misil artırması yapılamaz." Böyle bir artırma idari ihlali işleyen kişi açısından yasallık ilkesinin uygulanmadığı anlamına gelir. İlke gereğince, yasada sınırın açıkça çizilmesi ya da alt ve üst sınırların saptanması ile İdarenin yetkisinin çerçevesi belirlenmelidir.

İdari yaptırımlarla ilgili yasalarda hangi eylemin idari ihlal olduğu ve hangi eyleme hangi yaptırımın uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Buradan hareketle, idari yaptırımlarda yasallık ilkesinin önceden yaptırımdan haberdar olunmasını ve eylemi belirleme yoluyla hukuk güvenliğini sağlamayı amaçladığı görülmektedir.

Danıştay'ın ölçülülük hakkındaki bir kararında²¹⁴ yasallık ilkesi hakkında ilginç sonuçları içeren cümleler dikkat çekiyor; "yasalarda suç sayılan eylemlerin karşılığı cezalar gösterilmemişse, suç ile ceza arasında bulunması

208 NAZAROĞLU, agm., s.98.

209 DERDİMAN, agm., s.116.

210 ŞEN, age., s.230.

211 DERDİMAN, agm., s.117.

212 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.31; ŞEN, age., s.203; Yayınlanmayan yönetmeliklerin durumu aşağıda tartışılacaktır.

213 Y.7.C.D., 27.12.1979 gün, E.1979/750, K.1979/7920. Karar için bkz. PAZARCI, Şevki, Belediye Başkanlarının ve Belediye Encümenlerinin Ceza Yetkileri, Ankara, Tarihsiz, s.154.

214 D.5.D., 18.1.1971 gün, E.1968/5769, K.1971/220, AİD. C.4, S.1, 1971, s.25.

gereken denge ve makul oranın göz önünde bulundurulması gerekir.” Aslında bu kararda ölçülülüğe dikkat çekilirken yasallık ilkesi göz ardı edilmiştir. Hukuk Devletinde beklenen, yaptırımın kesin sınırlarla tanımlanan eylemler için, en azından alt ve üst sınırların belirlenmesini gerektiren uygulamaların kabulüdür. Aksi halde, idari ihlalle ölçülü olsa da yasada belirlenmeyen bir yaptırıma çarptırılmak, cezalarda yasallık, hukuk güvenliği ve üst kurum olarak Hukuk Devleti ile bağdaşmayacağı açıktır.

1982 Anayasası' nın 128 inci maddesine göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin tüm özlük işleri yasayla düzenlenmek zorundadır. Bu nedenle, kamu personeli hakkında verilen disiplin cezalarının da yasayla konulması ve düzenlenmesi de zorunludur. Nitekim, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda memurlara uygulanacak disiplin ve ceza işleri ve sair özlük haklarına dair düzenlemelerin kanunla düzenlenmesi gerekirken bu alanlarda yönetmeliklerle idari yaptırımlar konulması, anılan Anayasa maddesine aykırıdır²¹⁵. Hatta özellikle Anayasal düzenlemeyle kanunlarla düzenlenmesi aranan alanlarda bile yönetmeliklerle düzenleme yapılmaktadır. Örneğin Anayasanın 130 uncu maddesinin 9 uncu fıkrasına göre öğretim elemanları ile ilgili disiplin suç ve yaptırımları kanunla düzenlenmek zorundadır. Halbuki Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği adını taşıyan şu anki düzenleme bu Anayasal zorunluluğa aykırıdır.

Danıştay'ın öğrencilere uygulanan disiplin cezalarına ilişkin bir kararında²¹⁶, MEB' na Bağlı Ortaokul ve Orta Öğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinin 5 inci maddesine göre okuldan sürekli uzaklaştırma cezası alan öğrencinin yurtiçinde bir eğitim kuruluşuna devam imkanı kalmadığına dikkat çekilerek bu tür bir cezanın Anayasa ve Milli Eğitim Temel Yasasına aykırı olduğundan uygulanamayacağı belirtilmiştir. Kuşkusuz, bir yönetmelikle bireyin eğitim hakkını elinden alacak bir idari yaptırıma başvurulmamalıdır. Hak ve özgürlükleri kaldıran ya da anlamsız kılan idari yaptırımların yönetmeliklere değil, mutlaka kanunlara dayandırılması gerekir. Okuldan sürekli uzaklaştırma ya da hiçbir eğitim kurumundan eğitim almanın yasaklanması, göreve son verme, sürekli olarak yayının durdurulması örneklerinde olduğu gibi son derece ağır idari yaptırımların idari yaptırım olmaktan çıkarılarak ceza yaptırımlarına çevrilmesi, böylece mahkemece karar verilmesi sağlanmalıdır. Bunun aksi yönünde yapılması

215 GÜNDAY, age., s.163.

216 D.8.D., 11.12.1989 gün, E.1989/1011, K.1988/460, DD., S.78-79, s.391.

gereken bir başka düzenleme ise dünyadaki gelişmeye paralel olarak Ceza Kanunumuzdaki kabahat ve hafif ihlallerin suç olmaktan çıkarılarak ceza yaptırımı yerine idari yaptırıma dönüştürülmesidir.

Diğer yandan, idari yaptırımların yönetmeliklerle düzenlenebilmesi, değişen şartlar ve enflasyon karşısında yaptırımın değerinin korunması için yeni düzenlemelere imkan tanıdığı gerekçesiyle önerilmektedir²¹⁷. Bizde, Anayasaya göre en azından bir kısmı için olsa da, yayınlanmaları zorunlu olmayan yönetmeliklerle bu türden yaptırım içeren bir düzenleme yapılabilmesi kişi hak ve özgürlüklerini tehdit edicidir. Hak ve özgürlükleri etkileyen düzenlemeler ancak yasalarla ya da sınırları yasalarla belirlenmek kaydıyla yapılabilir. Bu konu aşağıda geniş olarak incelenecektir.

Fransız Anayasası'nın 37 inci maddesine göre yürütme, idari, siyasi, ekonomik ve teknik nedenlerle yasanın izin verdiği ölçüde idari ihlali belirleyebilmektedir. Ancak, uygulanacak yaptırımları yasama saptamaktadır²¹⁸. Fransız Danıştay'ı kişi özgürlüklerini sınırlandıran ya da malvarlığına ilişkin olan yaptırımların ancak yasaya dayanabileceğini belirtmektedir²¹⁹. Fransa'da ise, disiplin cezalarında yasallık ilkesi konusunda ilginç bir durum dikkati çekmektedir; Disiplin cezalarının, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine tabi olmadığı ifade edilmektedir²²⁰. Yapılan bir soruşturmaya dayanarak soruşturma çerçevesinde disiplin cezasına karar verilebilmektedir²²¹.

İtalya'da da Fransa'da olduğu gibi, yürütmenin tüm birimleri yasaya dayanan kural tasarruflarda bulunarak idari ihlalleri belirli koşullarla

217 "Administrative Monetary Penalties...", s.3.

218 SOYASLAN, age., s.54; 1958 yılında Fransız Anayasasında yapılan değişikliğe dayanarak İdare 58 nolu kararnameyi çıkarmış ve Ceza Kanunundaki kabahatlerin özel hükümler bölümünü kaldırarak yerine genel hükümler içeren yeni esasları koymuştur. Bizdeki tüzük kavramına yakın olan "reglement de l'administration publique" ile hükümet kabahat şeklinde suç koyabilir. Bu suçlar iki aya kadar hapis ve 2000 franka kadar para cezası içerebilmektedir. SOYASLAN, age., s.49.

219 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Hukuku...", s.175.

220 LAUBADERE, Andre De, Fransa'nın İdari Müesseseleri, (Çev. Gözübüyük, Şeref/ Kırathı, Metin), TODAİE Tercüme Serisi: 12, Sevinç Matbaası, Tarihsiz, Ankara, s.59. Ancak yazar bu ilkenin kabul edilmemesinin yargısal denetime engel olamayacağını da eklemektedir.

221 TERCAN, "İdari...", s.752, dnt. 11.

düzenleyerek vatandaşlar için emir ve yasak getirebilirler. Bu birimler bölge idareleri, valilikler, belediye başkanlıkları ve diğer bütün kamu idareleridir. Bu koşullar idari ihlali belirleme konusunda yasayla yetki verilmesi ve yasanın çizdiği sınırlar içinde kalınmasıdır²²².

Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 9 uncu maddesine göre, idari yaptırımla kişisel özgürlüklerin sınırlandırılması ancak bir yasaya dayanılmasıyla mümkündür. Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 10 uncu maddesine göre, kişi özgürlüklerini kısıtlamayan idari yaptırımların yönetmeliklerle de düzenlenebileceğini belirtmiştir. Maddede, idari ihlalleri yasanın belirlediği durumlarda, yaptırımın türü ve genişliği konusunda özel koşulların yasaların çizdiği sınırlar içinde kalınarak yönetmelikle düzenlenebileceği belirtilmiştir²²³.

Ülkemizde de diğer bir çok ülkede olduğu gibi, idari yaptırım uygulama konusundaki İdarenin yetkileri ve bu yetkinin kapsamı gün geçtikçe genişlemektedir²²⁴.

4. Ne Bis İn İdem Kuralı Karşısında İdari Yaptırımlar

“Ne Bis İn İdem”, aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen bir Ceza Hukuku ilkesidir²²⁵. Ancak, aynı suç için, ceza yaptırımı yanında idari yaptırım da uygulanabilmektedir²²⁶. İdari ihlal, Ceza Hukukunda suç sayılabilir. Bu durumda, idari yaptırım yanında ceza yaptırımının uygulanmasına bir engel yoktur. Bu iki yaptırım türü, sebep, sonuç, hukuksal dayanak, amaç ve usul açılarından farklıdır²²⁷. Bu farklılıklar nedeniyle sözügeçen kuralın, idari

222 SOYASLAN, age., s.54.

223 China Administrative Punishment, İNTERNET.

224 TERCAN, “İdari...”, s.751.

225 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.35.

226 GÜNDAY, age., s.162; HIZLI, age., s.32; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.62-64; DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s.610; Aynı eyleme karşı birden çok yaptırımın uygulanabilmesi, idari yaptırımların bir tür kolluk önlemi olmasından kaynaklanmaktadır. DERDİMAN, agm., s.118.

227 KASAR, Zişan, “Televizyon Yayınlarının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Tarafından Durdurulması Hukuka Uygun mudur? Anayasa Mahkemesinin Önemli bir Kararı Üzerine Konunun İncelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, S.4, 1997, s.900.

yaptırımlar alanında sınırlı bir geçerliliğe sahip olmasının²²⁸ doğal karşılanması gerekir.

Bu kuralın idari yaptırımlarda geçerli olmamasının nedeni, ceza yaptırımları ile idari yaptırımların değişik alanları düzenlemeleri, ayrıca amaçlarının da farklı oluşudur. Ülkenin idari yaptırımlarda geçerli olmaması, ceza mahkemesi kararı ile İdarenin karar verdiği yaptırımın birbirini etkilememesi sonuçlarını doğurmaktadır. Böylece, İdare ile ceza mahkemesi, aynı olay hakkında birbirinden bağımsız olarak farklı sonuçlara ulaşabilmektedir²²⁹. Ancak somut olayda suçlunun bir kere daha bu çeşit bir olaydan sorgulanmış olmasının idari yaptırımın haklı olduğunu göstermeyeceği de unutulmamalıdır²³⁰.

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir eylemin varlığı halinde, ceza hakiminin hukuksal nitelendirmesi ve sonuçta verdiği karar idari yaptırıma karar verecek olan idari merci bağlamaz²³¹. Bunun nedeni, ceza yaptırımının idari yaptırımla tamamlanması isteği yanında aynı eylemle toplumun genel çıkarlarına ve bununla birlikte özel çıkarlara da verilen zararların engellenmesi isteğidir²³². İdari yaptırımların İdarece kendi işlevine uygun olarak, değişik alanlarda değişik amaçlara yönelik olması, İdarenin yine kendi işlev ve amaçlarına uygun yetkiye sahip olması gereğinden doğmuştur²³³. Bu nedenle İdare bir kimseye iki farklı niteliği ve durumunu göz önüne alarak aynı eylemden ötürü iki ayrı yaptırım uygulayabilmektedir²³⁴. Bu durumda, aynı kişiye biri idari biri yargısal iki ayrı yaptırım uygulanabileceği gibi birden çok idari yaptırım da uygulanabilir.

Halbuki ceza hukukçuları bu konuda farklı görüştedir. Doktrinde bazı yazarlar, idari yaptırımla birlikte ceza yaptırımını uygulanmasının bu ilkeye aykırı olduğunu düşünmekte ve kabul edilemez bulmaktadırlar. Bir ihlale

228 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.63.

229 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Müeyyidesi...", s.215; HIZLI, age., s.32.

230 WOLFF/BACHOF, age., s.377.

231 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Müeyyidesi...", s.215.

232 GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Müeyyidesi...", s.215.

233 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.63; GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Müeyyidesi...", s.215.

234 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.64; DURAN, Meseleler, s.610.

karşı yalnızca bir yaptırım uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler²³⁵. Ceza yaptırımı ile cezasını çeken bir kişinin aynı eyleme dayanarak diğer bir yaptırma daha maruz kalması yönüyle eleştirerek tür olarak farklı yaptırımların uygulanmasına değil, “ihlalin amaç ve unsurlarındaki aynılık” konusuna dikkat çekmektedirler²³⁶.

Yargıtay’ın her iki görüşü destekleyen kararları bulunmaktadır. Bir kararında, idari yaptırımlarda ne bis in idem kuralına uyulması gerektiğini, idari yaptırma karar verilmişken ikinci bir yaptırma karar verilmemesi gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²³⁷. Aksi yönde bir kararında ise, İmar Kanunu ile birlikte Çevre Kanununu da ihlal eden eylem hakkında her iki yasanın da uygulanarak birden çok yaptırma karar verilebileceğini belirtmiştir²³⁸.

Bu konuya örnek olarak şu düzenlemeler gösterilebilir: 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında KHK'ye göre idari para yaptırımı, bunun yanında üç aya kadar hal dahilinde faaliyetin yasaklanmasına karar verilebilir. 552 sayılı KHK nin 26 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının (d) bendine aykırı hareketin hakem kurulunca tespit edilmesi durumunda hakem kurulunun önerisi ile idari para yaptırımı yanında hal dahilinde süresiz olarak faaliyetin yasaklanmasına belediye encümeni karar vermektedir²³⁹. Burada, aynı konu ve eylemden dolayı birden çok yaptırım uygulanmaktadır.

2872 sayılı Çevre Kanununun 27 nci maddesine göre “Bu kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz.” Çevre Kanununda

235 YARSUVAT, agm., s.171; KUNTER, age., s.815; ŞEN, age., s.204, 239-240, 242, 243, 249-250.

236 ŞEN, age., s.243.

237 Y.2.C.D., 3.12.1992 gün, E.1992/7632, K.1992/48, YKD, C.19, S.2, 1993, s.269-270; Aynı yönde bkz. Y.2.C.D., 4.5.1993 gün, E.1993/4731, K.1993/6024, YKD, C.20, S.2, 1994, s.292-293.

238 Y.7.C.D., 5.3.1992 gün, E.1991/11419, K.1992/1782, YKD, C.19, S.4, 1993, s.624-625; Aynı yönde bkz. Y.2.C.D., 19.4.1993 gün, E.1993/12, K.1993/4836, YKD, C.19, S.6, 1993, s.932-934.

239 GÜVENÇ, Celal, “1997 Yılında Para Cezalarının Uygulanması”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.6, S.3, 1997, s.99.

olduğu gibi açık bir düzenleme ile bu ilkenin tanınması ya da aksi mümkündür.

Disiplin cezalarında da, bu kuralın geçerli olmadığı dikkat çekiyor. Disiplin kovuşturması, ceza kovuşturmasından bağımsız yürür ve aynı kişi hakkında, disiplin cezası ile birlikte adli bir ceza verilebilir. Ceza kovuşturmasının devamı, disiplin cezasını durdurmaz ve kovuşturma sonucu disiplin amirini bağlamaz²⁴⁰. Örneğin, hakaret sebebiyle verilen disiplin cezası ile kişi ceza yaptırımından kurtulmuş sayılmaz²⁴¹. Bu durumda, davacının adliye mahkemesinde beraat etmesi ya da ceza davasının ortadan kaldırılması, aynı eylem ya da davranıştan dolayı disiplin cezası uygulanmasına engel değildir²⁴². Hatta, mahkemenin suçsuz bulunduğu kimseye işlediği idari ihlal nedeniyle idari yaptırım uygulanmasına bir engel yoktur. Örneğin görev mahallinde yasaklanmış bir yayın bulduran memur, TCK anlamındaki bu suçtan dolayı mahkemede beraat etse bile, bir disiplin cezası olarak örneğin aylıktan kesme cezasına çarptırılabilir. Danıştay'ın bu yönde kararları mevcuttur²⁴³. Bu kararlarda idari yaptırımlarda bu ilkenin geçerli olmadığı, dolayısıyla birden çok idari yaptırımın bir arada uygulanabilmesi ya da bir idari yaptırımla birlikte ceza yaptırımının uygulanmasının aynı eyleme bir de idari yaptırım uygulanmasına engel olamayacağını ifade etmektedir.

Görüldüğü gibi, bizde idari yaptırımlarda ne bis in idem kuralı uygulama alanı bulmamakta, idari yaptırım yanında ceza yaptırım uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

14. Uluslararası Viyana Ceza Kongresinde “Muhakemeye İlişkin Esaslar” başlığı altında alınan kararlar arasında idari yaptırımla karşılaşan bireyin aynı eylem ya da davranışı nedeniyle bir yandan idari yaptırıma diğer yandan ceza yaptırımına çarptırılmasının yapılan yasal düzenlemelerle engellenmesi ve idari yaptırımın yargısal kararlarla verilen cezadan mahsup

240 ONAR, age., C.1, s.868; TORTOP, Nuri, “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları”, Anne İdaresi Dergisi, C.8, S.2, 1975, s.91.

241 WOLFF/BACHOF, age., s.377.

242 PAZARCI, “Belediyelerde Disiplin...”, s.40.

243D.MürettepD., 30.3.1979 gün, E.1979/253, K.1979/187, DD., S.36-37, s.108; D.MürettepD., 13.3.1980 gün, E.1980/1124, K.1978/10229, S.40-41, s.445.

edilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁴⁴. Bunun anlamı idari yaptırımlarda ne bis in idem kuralına uyulmasının beklendiğidir.

Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 24 üncü maddesine göre, hukuka aykırı bir eyleme birden çok idari yaptırım uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir²⁴⁵. Bu durumda “ne bis in idem” kuralı bu ülkede idari yaptırımlar alanında da kabul edilmektedir.

Buraya kadar anlatılanları özetle idari yaptırımların, ceza yaptırımlarının ağır sonuçları ve etkilerini önlemek amacıyla daha basit ihlalleri önlemek için idareye verilen yaptırıma karar verme ve uygulama yetkisi tanınması düşüncesinin bir ürünüdür. Hukuksal nitelik, uygulama alanı, amaç, uygulayan makam, sonuç ve etkileri bakımından birbirinden farklı yaptırım türlerini oluşturmaktadırlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bu ayrımı dikkate aldığı biliniyor. Bu mahkeme idari yaptırımların ceza yaptırımları yerine kullanılmayacakları düşüncesindedir ve bir yaptırımın ceza yaptırımı mı yoksa idari yaptırım mı olduğu konusunu yaptırımın doğurduğu etki ve sonuçları dikkate alarak karara bağlamaktadır.

Çin Halk Cumhuriyeti İdari Yaptırımlar Kanununun 7 nci maddesinde bu ayrımı dikkate alarak yapılan düzenleme de bu yöndedir. Sözügeçen maddeye göre, idari yaptırımlar, ceza yaptırımlarının yerine kullanılamazlar²⁴⁶. Bizde de yapılması gereken bu tür düzenleme idari yaptırımların idareciler elinde bir silah gibi kullanılmasını önleyecek ve önemli yaptırımların yargı kararına dayanılarak bir başka ifadeyle yargısal korunma düzeni içerisinde karara bağlanmasını sağlayacaktır.

244 14. Uluslararası Ceza..., s.7.

245 China Administrative Punishment, İNTERNET.

246 China Administrative Punishment, İNTERNET.

IV. SONUÇ

Bir yaptırımın idari yaptırım olarak nitelendirilebilmesi için idare işlevi içinde olması yanında organik kritere de uyması gerektiği sonuç olarak söylenebilir. Bunun anlamı idari faaliyeti ilgilendirmekle birlikte idarece karar verilerek uygulanmasıdır. Cezalar ile bu yaptırımlar arasında hernekadar maddi sonuç açısından benzerlik bulunsa da, hukuksal sonuçları açısından farklılıkları derindir.

Anlatılan ilkeler karşısında sonuç olarak, idari yaptırımlarda yasallık ve kişisellik ilkelerinin ceza yaptırımlarından farklı görünümde uygulandığı, buna karşılık ne bis in idem kuralının ise uygulanmadığı görülüyor. Kişisellik ilkesi, Ceza Hukukundaki kadar katı değilken, yasallık ilkesi tam anlamıyla hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Bu haliyle idari yaptırımlar ceza yaptırımlarından ayrılmaktadırlar. Her şeyden önce hukuksal nitelik açısından belirlenen bu farklılıkların nedeni idari yaptırımların amacındaki farklılıklarda aranmalıdır. Bu şekilde belirlenmeye çalışılan ve özellikle kendilerine bağlanan ağır sonuçlar nedeniyle ceza yaptırımı ile idari yaptırımlar gün geçtikçe birbirinden uzaklaşan ve farklılıkları belirginleşen, bu nedenle de birbirlerinin yerine kullanılmalarının önüne geçilmeye çalışıldığı yaptırımlardır.

Aynı şekilde ve daha tehlikeli sonuçlar doğuracak olanı, İdarenin eline ceza yaptırımlarının sonuçları bağlanabilecek bir yetkinin verilmesidir. Bu nedenle, yapılacak bir düzenlemeyle her iki yaptırımın ait oldukları alanda kullanılması sağlanmalıdır. Bu tür bir düzenleme ile alanın sınırlarının belirlenmesi yeni uyumsuzlukların doğmasını engelleyerek yargının yükünü de azaltacaktır.

HUKUKSAL EVRİMLEŞME ve TOPLUMSAL KARMAŞIKLIK*

Richard D.Schwartz

James C.Miller

*Çev: Sururi Aktaş***

Hukuksal evrimleşmenin incelenmesi değişik alanlardaki bilim adamlarının geleneksel olarak ilgisini çekmiştir. Sadece bir kaçından söz edersek; Weber (1954)¹ ve Durkheim'in (1947) Sosyolojisi; Dicey (1905), Holmes (1881)² , Pound (1917, 1930, 1943) ve Llewellyn'in (1960) hukuk

* Orjinali " Legal Evolution and Societal Complexity" başlıklı makale ilk kez, American Journal of Sociology, Vol. 20 (1964), pp. 159-169'da yayınlanmış. Çeviriye esas metin The Social Organization of Law, Ed.by Donald Black and Mauren Mileski, New York, Seminar Press, 1973 pp.379-393'den alınmıştır. Çeviride mümkün olan en yüksek düzeyde özen gösterilmekle beraber, empirik verileri tekrar test etmek isteyenlerin orjinal metne bakmaları tavsiye olunur (Çeviren)

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

1 Hukuksal evrimleşme üzerine Weber düşüncesinin gelişimi ve tartışması için bkz. Talcott Parsons (1964: 350-353)

2 Holmes'in tarihsel analizin sınırlandırılması ve yeri konusundaki tartışması şu andaki çalışma için uygun bir arkaplan oluşturmaktadır: Hukuk birçok yüzyıl boyunca bir milletin gelişim tarihini cisimleştirir ve o bir matematik kitabı gibi sadece aksiyom ve önerme sonuçlarını içeren olarak algılanamaz onun ne olduğunu bilebilmemiz için, yaşamda nelerin olup bittiğini ve onun neye eğilim gösterdiğini bilmemiz gerekir. Fakat bu iki şeyin bileşimini her bir safhadaki yeni sonuçlar içinde anlamamız çok güçtür. Bir verili zamanda hukukun özü, şimdiye kadar olduğu gibi o zaman da uygun olduğu anlaşılan şeyle mutabiktir; fakat onun şekli ve işleyişi ve istenen sonucu elde etmedeki derecesi geçmişine çok fazla bağlıdır. (1881:1-2)

Tarihi, özden çok prosedürün açıklanmasını sağlayan olarak vurgularsak, Holmes de-en azından bu çalışmada-ileri derecede bir biçimli değişim çizgisini izler gözüken hukuksal gelişmenin bu yönlerine işaret ediyor.

bilimi; Maine (1917) ve Hoebel'in (1954) antropolojisi; savigny (1931) ve Vinogradoff'un (1920-1922) hukuk tarihi bu konuyla ilgilenen bilim dalları olmuştur.

Gösterilen bu ilginin teorik ve pratik gerekçeleri vardır. Hukuksal evrimleşme³, hukukla toplumun diğer ana kurum ve cepheleri arasındaki ilişkiyi araştırmamızı sağlar. Bundan dolayı Maine, sözleşmenin doğumunu, toplumsal örgütlenmenin münhasır temeli olan akrabalık rolünün zayıflaması açısından açıklanmıştır. Durkheim, iadevi yaptırım (restitutive sanction) biçiminin bastırıcı yaptırım (repressive sanction) biçimi yerine geçmesini toplumdaki işbölümünün gelişmesine ve mekanik dayanışmanın organik dayanışmaya doğru değişime uğramasına bağlamaktadır. Dicey, yasa şeklinde hukuk yapmayı kamu oyu iktidarı ve ifade kabiliyetinin gelişmesi ile açıklar. Weber, formel hukuksal akılcılığın gelişmesini, modern kapitalizmin doğuşunun önşartı ve ifadesi olarak inceler.

Bu yazarlar birçok yerde hukuksal örgütlenmenin evrimleşmesine değil de hukuksal normların gelişimine ilgi duyarlar. Bu son konu birçok sebepten dolayı dikkat çekilmeyi hak eder. Kendi aracılığıyla maddi hukukun formüllendiği, talep edildiği ve yönlendirildiği olarak hukuksal örgütlenme, hukuk normlarının kendisi aracılığıyla evrimleşme ve tamamlandığı sürecin anlaşılmasında birincil derecede önemlidir. Dahası, hukuksal örgütlenme, dikkat ve açıklamayı gerektiren bir derecede düzenlilikte gelişir gözükür. Elinizdeki çalışma, hukuksal öğelerin ardışıklıkla (sequence) ortaya çıkmasını öneriyor. Böylece her öge bir sonraki için zorunlu bir şart oluşturur. Düzenliliğin bir ikinci tipi, hukuksal örgütlenmelerdeki değişikliklerle sosyal örgütlenmelerin diğer cepheleri, özellikle emeğin toplumsal işbölümü arasındaki ilişkide ortaya çıkar.

Böyle düzenlilikleri derinlemesine incelemek, kurumsal farklılaşmaların dinamiği hakkında daha çok bilgi edinmemizi olanaklı kılar. Bu görüş açısından hukuksal örgütlenme umut verici bir konudur. O, herhangi bir verili toplumdaki birleştirilmiş ve kolayca tanımlanabilir bir yapıya eğilim gösterir. Onun biçimi ve prosedürü benzer şekilde açıkça ifade edilmelidir. Onun temel işlevi olan meşrulaştırma din, politika, ekonomi ve aile gibi diğer kurumsal sistemlerle çelişen ve adapte olan mükerrer karşılaştırmalı

3 "Evrimleşme" terimi burada, bu çalışma ile ilgili toplumlardaki verili bir birim tipinde bütün zamanlarda meydana gelen değişmelerin düzenli bir dizisinin asgari anlamında kullanılır. "Evrimleşme" teriminin değişik kullanımlarının bir tartışması ve bu terime olan tepki konusunda bkz. Tax (1960).

kültürel örnekleri geliştirir. Bu ilişkiler yeterince ortaya çıkarılmadan önce, yine de gelişmenin belirli kaba taslak düzenlilikleri kaydedilmelidir. İşte bu çalışma başlıca bu konularla ilgilidir.

Bu makale, hukuksal evrimleşme örüntüsüne şaşırtıcı ölçüde uygunluk gösteren karşılaştırmalı kültür araştırmasının ilk bulgularını rapor ediyor. 51 topluluk bir örnekleme (sample), uzman hukuksal dava vekili (counsel) olan her toplumda telafiye dayalı tazminat (compensatory damages) ve uyumsuzluklara ilişkin arabuluculuk kurumuna rastlanmıştır. Buna ek olarak toplumların % 85 gibi büyük çoğunluğunda, uzmanlaşmış polis yanında arabuluculuk ve tazminat da kullanılmıştır. Bu bulgular değişik açıklamalar önerirler. Örneğin bir toplum, resmi yargılama mercilerinin ve kontrol sisteminin gelişebilmesinde, önce arabuluculuk ve tazminat prensiplerini benimsemesi gerekebilir. Farklı veya aynı zamanda meydana gelen ve hukuksal olmayan değişiklikler bu sonuçları açıklayabilir. Resmi bir mübadele aracı, uzmanlaşmanın bazı dereceleri ve yazı, bu hukuksal gelişmeleri hemen hemen evrensel olarak izler ve diğerlerinden önce gelir görünmektedir. Şayet böyle ardışıklıklar (sequences) kaçınılmazsa, onlar ilginç nedensel ilişkileri teorik olarak önerir ve çağdaş dünyanın hukuksal kurumlarının evrimleşmesini harekete geçirecek önceliklerin sağlanması için olası bir zemin hazırlarlar.

I. YÖNTEM

Bu çalışmada Freeman ve Winch'in kendi toplumsal karmaşıklık analizlerinde kullandıkları bir yöntem izlendi. (1957). Onlar 48 topluluktan alınan bir örneklem (sample) üzerinde çalışarak halk-şehir değişimine bağlı altı birim arasında bir Guttman-Skala ilişkisini kaydettiler. Müteakip birimler basitten karmaşığa doğru olmak üzere tek boyutlu bir sıralama yapmak için yerleştirildiler. Basitten karmaşığa; sembolik bir mübadele aracı; yönetimin işlemleri yoluyla suçluların cezalandırılması; dini, eğitimsel ve yönetsel uzmanlaşma; ve yazı⁴.

4 Bu düzenleme, benzer Prosedürleri izleyen diğer çalışmalarda yeniden üretilmemiştir. Freeman çalışmayı başka bir örneklem üzerinde tekrarladı ve ilk çalışmada kullanılan altı birimin dördünü dahil etti. Onlar, basitten karmaşığa doğru önemli derecede farklı bir düzen içinde skala oluşturdular: Yönetim uzmanlaşması, dini uzmanlaşma, sembolik mübadele aracı, yazı. Birinci ve üçüncü birimlerin durumundaki önemli değişim bu terimlerin tanımlarındaki değişimlere bağlanabilir görünmektedir. (Freeman, 1957: 45, 49-50, 80-83). Young ve Young, toplulukların karşılaştırmalı

Freeman-Winch skalasındaki hukuksal karakteristiklerin yerleştirilebilmesi için bu çalışmada aynı örnekleme esas olarak kullanıldı. Üç toplum tanım olanağı⁵ ve tarihin belirsizliği veya hukuksal karakteristikler konusundaki materyel⁶ eksikliği yüzünden çıkarıldı. Altı toplum eklendi, bunlardan üçü hukuksal olarak gelişmiş toplumların sayısını artırıp daha yeterli hale⁷ getirmek için, üçü ise iyi tanımlanmış belirli kontrol sistemlerini dahil etmek için alındı⁸.

kültür örneklemindeki altı birimin tümünü sadece cezalandırmanın tanımını değiştirerek incelediler. Onların düzenlemesi Freeman ve Winch'in (1957) bulduklarına biraz yakındır. Fakat benzerlik yoktur. Basitten karmaşığa doğru; cezalandırma, sembolik mübadele aracı, yönetim uzmanlaşması, dini uzmanlaşma, yazı, eğitimsel uzmanlaşma (Young and Young, 1962: 378-379)

Örneklemlerin önemli ölçüde örtüşmesinden dolayı biz şu andaki çalışmada, Freeman-Winch'in düzenleme ve tasnifine dayanıyoruz. Bununla beraber okuyucu aklında tutmalıdır ki, bu düzen geçicidir ve çalışmada kullanılan spesifik tanımlamalara bağlıdır.

5 Güney-Doğu Amerika zencileri ve Eski İbraniler.

6 Sanpoil

7 Üç toplum, (Cambodian, Indonesian ve Syrian) dava vekiline sahip toplumların sayısını artırmak için Human Relation Area Files'dan seçilmiştir. Seçim işlemi, dava vekiline sahip üç toplumun coğrafi olarak ayrı bölgelere yerleştirilmesine kadar Human Relation Area Files içindeki toplumların rastlantısal düzenlenişinden ibarettir. Bunlar o zaman diğer hukuksal karakteristiklerin varlığını ve yokluğunu belirlemek için incelendi. Bu rastlantısal araştırma skala tipine uygun bir önyargı ihtimalini toplumların lehine ortadan kaldırdı. Üç toplum, aşağıdaki altı bölgenin tesadüfen belirlenmiş üçünü temsilen kontenjan olarak bölgeye göre örnekleme yapıldı. Bunlar; Asya, Afrika, Orta Doğu, Kuzey Amerika, Güney Amerika ve Okyanusya'dır. Avrupa ve Rusya, Freeman-Winch örneklemindeki dava vekili tipinde önceden temsil edildikleri için kasden bu örnekleme alınmadılar. Seçimin farklı bölgelerden yapılması, Francis Galton'un ilk başta işaret ettiği gibi, karşılaştırmalı kültür düzenliliklerinin işlevsel iç ilişkilerinden çok yayılmaya neden olabileceği probleminden kaçınmak için tasarlandı. Bu problemin bir tartışması ve örneklemedeki coğrafi varlığın öneminin kanıtı için bkz. Naroll (1961, 1964), ve Naroll and D'Andrade (1963)

8 Üç toplum-Cheyenne, Comanche ve Trobrianders-James C. Miller tarafından, hipotez kendisine bildirilmeden önce seçilmiştir. Comanche ve Cheyenne yayılmaya eğilimli olmalarından dolayı seçimleri bazı eleştirilere tabidir. Fakat bunun, onların skala durumlarındaki farklılık karşısında ciddi bir sorun olarak görünmesi zordur. Fakat her

Tam gelişmiş hukuksal sistemlerin bazı karakteristikleri çalışmanın amaçları yönünden bir tarafa ayrıldı. Bunlar dava vekili (counsel), arabulucu ve polistir. Bu çalışmanın⁹ odak noktasını oluşturacak bu üç karakteristik aşağıda şöyle tanımlanıyor:

Dava vekili (counsel): Taraflara akraba olmayan uzmanlaşmış müdafilerin uyuşmazlığın çözümünde düzenli bir şekilde istihdam edilmesidir.

Arabuluculuk (Mediation): Taraflara akraba olmayan üçüncü, kişinin çözüm için uyuşmazlığa katılmasının düzenli biçimde istihdam edilmesidir.

Polis (Police): Normların uygulanmasında kısmen veya tamamen istihdam edilen silahlı uzman güç.

Uyuşmazlıkların giderilmesiyle ilgili uzmanlaşmış rollere işaret eden bu üç birim, Guttman skalasının mükemmelliğine yakın bulundu. Merkezi bulgular tanımlanıp tartışılmadan önce bazı yöntemle ilişkin sınırlamalar belirtilmelidir.

Özellikle, Murdock (1957) ve diğerlerinin çabalarına karşın, dünya toplumlarından temsilci örneklem alabilmek için yeterince tatmin edici bir yöntem geliştirilemedi. Aynı ayrı toplumların evreni yeterince tanımlanmadığı ve daha az ölçüde sayıldığından örneklemin temsilcilik durumu araştırılmaz. Bununla beraber, büyük kültür bölgelerinden ve teknolojik gelişmenin çeşitli evrelerinde bulunan toplumlardan örneklem alınması için çaba sarfedildi.

İkinci olarak, toplumlar yeterli etnografik raporlara ulaşılabilirlik ölçüsünde seçilmiştir. Bunun sonucu olarak etnografik gözlemcilerin ulaşabildiği toplumların seçilmesinden dolayı örnekleme bir önyargı karışabilir. Böyle toplumlar, çok az iyi incelenmiş toplumlardan gelişme örüntüleri açısından üzerinde daha az çalışılmış toplumlardan ayrılabilirler

Üçüncü olarak, seçimin göreceli olarak iyi incelenmiş toplumlardan yapılmasına rağmen, raporların kalitesi genel olarak değişiklik gösterir. Önceki sınırlamalar gibi bu sorun bütün kültürel karşılaştırmalar için

halükarda yeniden üretebilme ve skalabilite katsayısı, ikisinden birinin elenmesiyle ciddi olarak aşağı düşmez.

9 Orjinal çalışma dahi tazminat, hapsedme ve infazı kapsamıştı. Bunların, yaptırımından daha çok statüler üzerine yoğunlaşmayı sağlamak için skalayı ne yazık ki üç birime sınırladıysalar da şu andaki analizden çıkarıldılar. Bununla beraber, tazminat konusundaki veriler giderim tartışmasına uygun olan yerde takdim edilecektir.

ortaktır. Bununla birlikte, bu çalışmanın sonuçlarının olumlu çıkmasıyla bu zorluk azalır. Yetersiz rapor etmenin sonucu, incelenen değişkenlerin kolay anlaşılmasının genel olarak tesadüfe bağlanabilmesidir. Bu çalışmada olduğu gibi, sistematik ilişki örüntülerinin ortaya çıktığı yer, orjinal raporlardaki önemli doğruya işaret eder gözükür. (bkz.Campbell, 1961; 347)¹⁰

Dördüncü olarak, bu çalışma varlığı ve yokluğu göreceli (kısmen) belirlenebilen karakteristiklerle meşgul olmaktadır. Böyle olunca araştırmanın esas öneminin öğeleri ihmal edilebilir. Bundan dolayı, hukuk, normların genelleştirilmesi ve kargaşaya yolaçan ihlallerin yaygınlaştırılması açısından önemli olan olguların gözlenmesi için hiçbir çaba sarfedilmedi. Gerçi bütün bunların kapsamlı bir hukuksal evrimleşme teorisine dahil olması gerekmesine rağmen, gözlemin güvenliği açısından burada yer verilmedi¹¹.

10 Yine de bu çıkarsama, Raoul Naroll'un sistematik gözlemci tarafgirliğinin asla uygun olmayan ilişkilendirmelere yol açacağına ilişkin gözleminin ışığı altında dikkatle değerlendirilmelidir.

11 Karakteristiklerin varlığının belirlenmesi, Human Relation Area Files'daki her topluma ait materyal, Miller tarafından ayrıntılı araştırıldıktan sonra yapıldı. Onun araştırması, kategori 18'deki "total culture" adlı dosyadaki materyelde bulunan bütün toplumların tamamen okunmasıyla başladı. [kullanılan tüm kategoriler ayrıntılı olarak Murdock, et al (1961)'de tanımlanıyor.]. Buna, hukuksal yada uyumsuzluğun çözümünüyle ilgili süreçlerle özel olarak ilgili herhangi bir çatışmayı bulmak için serh edilmiş bibliografyanın (kategori 111) araştırılması takip etti. Bu türden çatışma bulunduğu zaman ayrıntılı olarak incelendi. Buna ek olarak, aşağıdaki kategoriler altında dosyalanmış materyaller de okundu; topluluk yapısı (621), başkan (622), dava vekili (628), polis (625), resmi olmayan grup içi adalet (627), toplumlar arası ilişki (628), bölgesel hiyerarşi (631), hukuksal normlar (671), sorumluluk (672), yasadışı fiiler ve yaptırımlar (68), dava açma (691), adli yetki (692), hukuksal ve adli personel (693), adli işlemlerin başlatılması (694), yargılama usulü (695), adaletin yerine getirilmesi (696), hapisaneler ve tutukevleri (697) ve özel mahkemeler (698). Şayet bu araştırma, inceleme altına alınan uygulama veya statülerin varlığını ortaya çıkarmasaydı yok farzolunacaktı. Bu belirlemeleri yapmada dayanılan başlıca kaynaklar, istek üzerine yazarlar tarafından sağlanabilen çoğaltılmış bir bibliografya içinde verilir.

Miller'in vardığı kararların güvenilir bir kontrolünün yapılması Robert C.Scholl tarafından kendilerine minnettar olunan yazarlara sağlandı. Scholl hipotezden habersiz ve bağımsız çalışarak toplam örneklemin rastgele seçilmiş üçtebirini inceledi. Onun

Beşinci olarak, Guttman skalası burada geliştirildiği amacın ötesindeki bir amaca hizmet için zorlanıyor. Aslında tek boyutlu tutumların ayırt edilmesi için tasarlanmış bir tekniktir ve aynı zamanda bu, davranış örüntülerinin birbiriyle ilişkilerinin incelenmesinde bir araç olarak kullanılmıştır. Yine de bu, özellik bireyler ve toplumlardaki gelişme süreçleri ile ilgili hipotezlerin test edilmesinde kısmen değerli bir teknik olmalıdır¹². Böylece, biz eğer A, B'den önce gelmelidir hipotezini ortaya atarsak, destekleyen veriler üç skala tipi göstermelidirler: Ne A ne de B olmalı; A olmalı B olmamalı; A ve B aynı zamanda olmalıdır. B'nin A olmadan bütün örnekleri, skalanın yeniden üretilme şansını azaltan hataları temsiller ve yine aynı sebep gelişmeye ilişkin hipoteze bir derecede şüphe katar¹³. Gelişme ardışıklıklarının oluşumu, nihai olarak verili birimlerdeki

vardığı kararlar Miller'inki ile % 88 aynı, % 4 farklıdır, ve O birimlerin % 8'i hakkında sonuçlara ulaşamadı. Eğer sonuca götürmeyen kararlar dışarda bırakılırsa, güvenilirlik % 96 gibi önemli bir seviyeye ulaşır.

Güvenilirliği kontrol etmek için tek bir kişinin kullanılması, istenen standarda ulaştırmaz. Burada rapor edilen ilişkilerin daha ayrıntılı ve yoğun bir planlı incelenmesi için bağımsız ve deneyimsiz üçlü bir hakimler grubunu kullanmayı planlıyoruz. Kültürel karşılaştırmalı materyallerin değerlendirilmesindeki sorunların tartışması için bkz. Whiting and Child (1953: 39-62 ve Swanson (1960: 32-54).

12 Guttman skalasının kullanımı Robert L. Carneiro (1962) tarafından yoğun şekilde elden geçiriliyor. Ward L. Goodenough (1963), Carneiro'nun tebliğinin ayrıntılı bir eleştirisinde, genel evrimleşme eğilimlerinin planının yapılması ve ortaya çıkıp fakat daha sonra işlevsel eşitlerin yerlerini geçmesinden dolayı dayanmakta başarısız olan özelliklerin incelenmesi için skala-benzeri olanlara ihtiyaç duyulabileceğini ileri sürer. Skala-benzeri, yer değiştirmelerin analizi için arzulanan bir araç olduğu halde, Goodenough mükemmel yakın skalanın olası olarak ortaya çıkması konusunda gereksiz yere kötümser gözüküyor. (P.246). Burada rapor edilene ek olarak, böyle skalaları ortaya çıkaran çalışmalar, Freeman ve Winch (1957); Udy (1958), Young ve Young (1962); Carneiro ve Tobias (1963)'ü de içinde toplar.

Guttman skalalarının, geçici ardışıkları keşf ve test etme konusunda kullanılabileceği önerisi, önceden Hawkins ve Jackson (1957) tarafından yapıldı. Gerçi onların önerileri toplumlardan daha çok bireylere işaret ediyordu.

13 Gelişmeye ilişkin çıkarsama, alışılmış ardışıklığın tersine çevrilme olasılığını engellemiz. O, elde edildiği durumda eklenebilecek birimi sadece gösterir. CF. Einsenstadt (1964: 378-381). Bütün olası skala tiplerinin varlığı, iki birimin değişmeksizin eşzamanlı bulunamayacağı ve ayrı ayrı gerçekleştiğinde de birinin

tarihi değişmelerin gözlenmesiyle doğrulanması gerekmesine rağmen, ispatlayıcı kanıt, gelişmenin değişik evrelerindeki birimlerin karşılaştırmalı incelenmesinden çıkarılabilir. Guttman skalası bu amaç için uygun bir nicel araçtır.

II. BULGULAR

Tablo 1'de gösterildiği gibi, incelenen 51 toplumda dört skala tipi ortaya çıkmıştır. Onbir toplumda üç karakteristikten hiçbirine rastlanmamıştır; 18 toplumda sadece arabuluculuk; 11 toplumda sadece arabuluculuk ve polis; ve 7 toplumda arabuluculuk, polis ve uzman dava vekiline rastlanmıştır. İki toplum bu modeller yönünden diğerlerinden ayrılır: Crow ve Thonga toplumlarının polise sahip oldukları halde arabuluculukla ilgili hiçbir kanıt taşımadıkları tesbit edilmiştir. Bu iki aykırı durum ayrıntılı incelemeye layık olduğu halde, bunlar skalanın yeniden üretilmesini % 2'den az olmamak üzere katsayıyı 98'den daha yüksek ve olağanüstü bir seviyeye taşıyarak azaltılar. Hukuksal örgütlenmenin her karakteristiği, içinde bulunduğu sosyolojik şartlar açısından şimdi incelenebilir¹⁴.

III. ARABULUCULUK

İncelenen tüm örneklemin üçtebirini oluşturan arabuluculuğu olmayan toplumlar en basit toplumlar olarak görülmektedir. Bu toplumların hiçbiri

diğerinin önüne düzenli olarak geçtiğini göstermesine rağmen, bir skalanın bulgulanması dahi iki birimin bazan eşzamanlı gerçekleşebileceğinin olabirliğini dışlamaz.

14 Bu yeniden üretilme katsayısı, Guttman'ın "mükemmel skalaların... yeterli yaklaşık değeri" olarak önerdiği 90 düzeyini çok aşar (stouffer, 1950: 77). Birim ve bireylerin dağılımındaki aşırılığı hesaba katmak için Menzel tarafından tasarlanan skalabilite katsayısı, onun Guttman'ın Amerikan askeri verilerinin skalabilite analizinden elde ettiği .65 düzeyini çok geçer. (Menzel, 1953: 276). Guttman skalasına layık olan mükemmeliği belirleme sorunu henüz tatmin edici biçimde çözülmüş değildir. (bkz. Torgeson, 1958: 324). Gözlemlenen skala frakanslarının dik açısal dağılımından, tesadüfi olarak beklenenden daha fazla sapmayacağını ileri süren hipotezin test edilmesinde X2 yönteminin kullanılması Schuessler (1961) tarafından öneriliyor. Bu verilere başvurarak, Schuessler'in II.testi 001 düzeyindeki tesadüfi hipotezinin reddedilmesini sağlar. $X2=60.985$ (7 df)

yazıya veya herhangi bir önemli uzmanlaşma seviyesine sahip değildirlers¹⁵. Arabuluculuğa sahip toplumların dörtteüçü sembolik mübadele aracına sahipken, bu toplumların sadece onüçteüçü (Yurok, Kababış ve Thonga) para kullanıyor. Biz şimdi burada, bu toplumların acaba niçin arabuluculuğa sahip olmadığı hususunda sadece spekülasyonda bulunabileceğiz. Ölçü veriler olarak Naroll'un sosyal birim tanımını kullandığımızda, arabuluculuğa sahip olmayan toplumların en yüksek topluluk hacminin, arabuluculuğa sahip toplumların topluluk haciminden önemli ölçüde küçük olduğunu görürüz¹⁶. Onların toplumları küçük çapta olduğu için çok az uyumsuzlukları vardır. Dolayısıyla uyumsuzlukların çözümü için düzenli modeller geliştirmede çok az olanakları vardır. Ayrıca küçük çaptaki toplumlar uyumsuzlukların çıkmasını engelleyecek örf ve adet kurallarını ve resmi olmayan kontrol mekanizmalarını daha iyi geliştirirler. Böyle toplumların varlığına yöneltilen ümitsiz çabalar dahi geride kalanların ortak duygu ve amaçlarını güçlendirebilir ve böylece grup içi düşmanlıklar azalır.

Para ve maddi mülkiyetin olmaması, böyle toplumlarda, arabuluculuğun olmamasını açıklamaya yardım edebilir. Mülkiyetin anlaşmazlıklara yol açacağı hipotezini destekleyen birçok kanıt vardır. Buna ek olarak, mülkiyetin arabuluculuğa olanak sağladığı da gözükmektedir. Bir kimse, özel mülkiyetin azami ölçüde sınırlandığı yerde diğer yaptırımlar arasında tazminat kavramına rastlanması çok az olasıdır. Tazminat kavramının gelişmesi alternatif çözüm tarzlarının artmasını büyük ölçüde sağlamalıdır. Bundan sonrası, taraflara ve topluma tatmin edici çözümler getirmekle görevli bir kişi olarak arabulucuya bir yer temin etmek beklenebilir.

Bu hipotez dayanağını Tablo 2'deki verilerden almaktadır. Tazminat kavramı (damages), arabuluculuğa sahip olan ve gerçekten arabuluculuk için önşart durumunda gözükken 38 toplumun dördü hariç bütün toplumlarda bulunur. Şunu da kaydetmek gerekir ki tazminat, arabuluculuğa sahip olmayan toplumların birkaçında (7/13'de) bulunur. Bireylerarası ortaya çıkan

15 Dipnot 4'te belirtildiği gibi bu tip ifadeler, Freeman-Winch'in çalışmasındaki tasniflere dayandırılır. Onların örnekleminde bulunmayan toplumlar için, biz kendi tasniflerimizi onların tanımlarına dayanarak yaptık.

16 Veriler, onların en geniş yerleşim yeri ölçüsü üzerine oluşturulmuş örneklemden toplulukların 51'nin 39'u için elde edilmiştir. Arabuluculuğu bulunan toplumların ortalama en geniş yerleşim yeri ölçüsü 1000 iken, arabuluculuğu olmayan toplumların 346'dır. Gelişmiş şehirleri olan toplumlar çıkarılsa bile, arabuluculuğu olan toplumların ortalama en geniş yerleşim yeri ölçüsü 500'ün üzerinde kalır.

ilişki tazminat için gerekli bir şarttır. Fakat yeterli bir şart değildir. Tazminat kavramına sahip olan toplumlardaki arabuluculuğun yokluğu basit bir zaman aralığından mı kaynaklanıyor, yoksa bu çalışmada, ele alınmayan ve bu toplumlara gelişmiş arabuluculuğa sahip toplumlardan ayıran diğer faktörlerden mi kaynaklanıyor hususlarını şimdi incelemek mümkündür.

IV. POLİS

Örnekteki yirmi toplum polise sahiptir. -Yani normların uygulanmasını sağlayan uzmanlaşmış silahlı güç ifade edildiği gibi Crow ve Thonga hariç diğer bütün toplumlar tazminat kavramı ve bazı arabuluculuk türlerine sahip olup, polise sahip olmaması, arabuluculuk, kararların sistematik uygulanmasıyla birlikte bulunmasının kaçınılmaz olmadığını gösterir. Bu iki karakteristiğin ayrılabirliği etnografik raporlarda grafiklerle anlatılır. Çok çarpıcı bir örnek, uyuşmazlıkların çözümünde çok iyi gelişmiş yazılı kanuna (code) sahip Arnavutluk kabilesi mensupları arasında bulunmuştur. *Lek's Kanun* diye bilinen bu kanun yüzyıllarca arabuluculuğa temel olarak kullanılmıştır. Fakat uyuşmazlık tarafları arasında yapılmış karşılıklı sözleşmenin olmadığı durumda, yargılamadan sonra sık sık düşmanlık başlar ve bu, oluşturulmuş herhangi bir polisin engeli olmadan devam eder. (Hasluck, 1954)

Bu verilerden polisin gelişmesine imkan veren toplumların bazı karakteristiklerini belirlemek mümkündür. Örneklerimizdeki yirmi toplumun onsekizi parayı kullanacak kadar ekonomik olarak gelişmiştir. Onların önemli bir derecede uzmanlaşmaları da vardır. Üç toplum hariç (cheyenne, Thonga ve Crow) hepsinde tam gün çalışan din adamları, öğretmenler, dört toplum hariç (Cuna, Maori, Thonga ve Crow) hepsinde tam gün çalışan devlet memurları (sadece şefin akrabalarından oluşmayan) bulunur.

Bu bulgular en azından yüzeysel olarak Durkheim'in *Emeğin Toplumsal İşbölümü* adlı büyük teziyle doğrudan ilişkili gözükmektedir. O, ceza hukukunun-örgütlenmiş bir toplumun kendisine karşı işlenmiş suçları cezalandırma çabası- en basit işbölümünün olduğu toplumlarda ortaya çıktığı hipotezini ileri sürdü. Bununla beraber, işaret edildiği gibi bizim verilerimiz, polisin sadece önemli derecede işbölümünün olduğu toplumlarda ortaya çıktığını gösterir. Hatta devletin, topluma karşı işlenmiş suçlar dolayısıyla cezalandırma uygulaması (Freeman ve Winch tarafından 1957'de kaydedilgi üzere) daha az basit toplumlarda bile gözükmez. Aksine, Durkheim'in işbölümünün artmasına bağlı olduğunu sandığı iadevi yaptırımlar-tazminat ve arabuluculuk-temel uzmanlaşması olmayan birçok toplumda bile bulunur.

Böylece Durkheim'in hipotezi burada incelenen toplumlar alanındaki deneysel durumu tersine çevirmekte görünüyor¹⁷.

V. DAVA VEKİLİ (COUNSEL)

Örneklemdaki yedi toplum uyuşmazlıkların çözümünde uzmanlaşmış müdafiler (advocates) kullanıyorlar. İfade edildiği gibi bu toplumların hepsi aynı zamanda arabulucuğu da kullanıyorlar. Bununla beraber, arabuluculuğa sahip diğer otuzbir toplum uzmanlaşmış dava vekiline (counsel) sahip değildirler. Verilerin çarpıcı bir yönü, tazminat ve arabuluculuğun en basit (aynı zamanda en karmaşık) toplumların karakteristiği olduğu halde hukuksal dava vekilinin sadece en karmaşık toplumlarda bulunduğunu göstermesidir. Dava vekilinin bulunduğu toplumlar tazminat, arabuluculuk ve polise ek olarak, Freeman ve Winch tarafından tanımlanan karmaşık karakteristiklere de istisnasız sahiptirler. Arabuluculuk ve dava vekilinin evrensel olarak bir arada bulunmayışı şaşırtıcı değildir. Birçok arabuluculuk

17 Durkheim'in tezinin test edilmesindeki temel bir zorluk, onu formüle edişindeki usülden kaynaklanır. Anlaşıldığı gibi, onun esas ilgisi işbölümü ile yaptırım tipi arasındaki ilişkiyi göstermektir. (ara değişken olarak dayanışma tipini kullanarak). Bununla beraber O, hukuk sistemlerinin ayırt edilmesinde örgütlenme ölçütünü ekledi. Zorluk, onun ceza hukuku için gerekli olan örgütlenme ölçütünde çok açık olup, ceza hukuku için gerekli olmayan örgütlenme ölçütünde oldukça kapalı olmasıdır. Önceki için "tüm halkın meclisi" kriterini yeterli gördü. (Durkheim, 1947; 76); ikincisi için ayrıca şu ölçütleri ileri sürdü: " iadevi hukuk çok daha uzman organlar yaratır: Konsolos mahkemeleri, hakemlik konseyi, her türden idari mahkemeler. Hatta tezinin özel hukukla ilgili daha genel kısmında o, sadece aldığı çok özel eğitimden dolayı rolüne uygun hale gelmiş magistralar, hukukçular, vb. özel görevliler itibarı ile incelenmiştir." (P.113) Böylece, iadevi hukukun sadece oldukça fazla karmaşık örgütsel yapılarda var olacağına dair önerisinde Durkheim-iadevi hukukun sadece karmaşık toplumlarda bulunacağına ilişkin-tezinin kanıtlanacağına gerçekten güvendi.

Bununla beraber, böyle bir kanıtlama onun iddiasının esas noktasını kaçırdı. Bundan dolayı esas hipotezin test edilmesinde, kamu desteği gibi ortak ve asgari bir örgütsel ölçüt belirlemek tercih edilebilir gözüküyor. O zaman şu anahtar soru yöneltilebilir: işbölümünün artan bir işlevi olarak, bastırıcı yaptırımdan daha çok iadevi yaptırımı doğru gelişen bir eğilim var mıdır? Şimdiki verilerimizin kesin olmamasına rağmen, asgari işbölümüne sahip toplumlardaki arabuluculuk ve tazminat olgusu bir olumsuz cevabı içerir. Bu iadevi prensibin sosyal heterojenliğe bağlı olmadığını veya heterojenliğin işbölümüne bağlı olmadığını ifade eder.

sisteminde tarafların kendi lehlerine konuşmaları beklenir. Arabulucu, uyuşmazlık taraflarına soru sormak yanında olaylar hakkında da karar vermek ve hukuku yorumlamak gibi değişik işlevleri gerçekleştirmeye eğilimlidir. Böyle bir sistem Çin İmparatorluğu gibi karmaşık toplumlarda bile bulunur. Roma'da *daha baştan* yalan söylemeyi benimsemiş taraflardan doğruyu kırbaç zoruyla söküp alan dava vekili, hakim ve jüri gibi yüksek memurlar vardı. (Van der Sprenkel, 1962; T'ung-tsu, 1961). Dava vekili olarak bu şekilde çalışmak acı verici ve aynı zamanda çok aşırı bir davranış olmuştur. Hatta uzman dava vekilinin ortaya çıktığı yerde onların rolleri anlamsızlaşmaya yüz tutar. Örnek olarak, antik Yunan'da dava vekili stratejik amaçlarla danışmanlar gibi davranırlardı. Mahkemelerde görülmeleri halinde ise, kendilerini tarafların dostları ve bazan tarafların kimliklerini üstlenmiş kişiler olarak sunarak hukuksal konularda uzman oldukları gerçeğini saklamaya çalışırlardı. (Chroust, 1954).

Her halükarda burada, hukukçuların sadece tam gelişmiş tarımsal ekonomi temeline dayalı, oldukça kentleşmiş toplumlarda bulunduğu keşfedildi. Veriler en az iki olası açıklamayı telkin eder. Birincisi, örneklemin dava vekiline sahip bütün toplumları, din adamları, öğretmenler, polis ve devlet memurlarını kapsayan esaslı bir işbölümüne sahiptirler. Bu, bir ekonomik temelin ikinci ve üçüncü derecede meslek türlerini ve uzmanlaşmanın yararlarını kavramayı desteklemede tamamen yeterli olduğu anlamına gelir. Bununla beraber, örneklemdaki onbir toplum bütün bu uzman statülere sahip olup, uzman dava vekiline sahip değildirler. Acaba dava vekilinin gelişmesine olanak veren toplumları ne ayırt eder? Okuma yazma bilme önemli bir faktör olarak gözüküyor. Örneklemdaki onbir okuma yazma bilen toplumun sadece beşi dava vekiline sahip değildir. Tabi ki yazı adaletin yürütülmesinde birliği sağlayıcı ve kuralları ihlal edecekleri önceden uyarıcı avantajı olan hukuksal metinlere (legal code) olanak sağlar. Yazılı hukuk metinlerini yorumlama gereksinimi, özellikle nüfusun büyük bölümü okuma yazma bilmediği koşullarda uzman dava vekiline bir mevki sağlar¹⁸.

18 Tartışmanın her yerinde iki açıklayıcı faktörler serisi kullanıldı. Gözlemlenen biçim, hukuksal kontrol sisteminin doğasında bulunan içsel sürece veya şehir karakteristiklerinin ortaya çıkmalarına bağlanabilirdi. Bununla birlikte, hukuksal gelişmenin Freeman-Winch'in ölçtüğü artmış şehirleşme ile önemli ölçüde aynı zamana rast gelmesi açıkça görülür. Bu iddianın kanıtı, Freeman-Winch'in verileri ile ortaya çıkartılan hukuksal skala tipleri arasındaki bağlantıda bulunmalıdır. Her iki

VI. SONUÇLAR

Bir bütün olarak ele alınan bu veriler hukuksal kurumların gelişmesinde bir evrimsel dizinin yer aldığı inancına destek veriyorlar. Elbette alternatif yorumların yapılmasına engel olunmaz. Bu skala analizi, birimlerin kısa süreli ortaya çıkmalarını farketmede başarısız olabilir. Örnek olarak, dava vekili basit toplumlardaki bir değişim olarak polisten bile önce düzenli olarak gelişebilir. Bu durumların ani olarak kesintiye uğraması örneklemede yer almaması için yeterlidir. Bu ilke olarak bir olasılık olsa bile, yazarların dikkatini çekmiş bu türden olgular mevcut değildir.

Daha başka gerçekçi bir olasılık da, bu örneklemedeki zikredilen ardışıklığın hızlı geçiş durumunda olan toplumlarda yer almadığıdır. Yoğun kültürel ilişkiye maruz gelişmekte olan toplumlar, polis ve arabuluculuğun olmadığı durumlarda bile uzman hukukçular için ekonomik ve sosyal bir zemin oluşturabilirler. Bu bulgular, böyle toplumlara örneklemede yer verilinceye kadar, göreceli olarak yalıtık ve yavaş değişen toplumlarla sınırlandırılmalıdır.

Bu çalışma, uluslararası hukuk düzeninin evrimleşmesine ilişkin sorunları da ortaya çıkarıyor, fakat cevap vermiyor. İkel dünyadan doğrudan

örneklemede bulunan 45 toplum için, şehirleşme ve hukuksal skalaların pozisyonları arasındaki sıra bağlantı (korelesyon) katsayısı (kendall's tau) +.68'dir. Bu katsayı iki süreç arasında yakın bir ilişki olduğu fikrini vermekle birlikte o, hukuksal evrimleşmenin tamamen artan şehirleşme tarafından belirlendiği iddiasını gerektirmez. Karşılıklı ilişkilerin bir dağılım diyagramı gösteriyor ki, hukuksal karakteristikler, tip 2 (cezalandırma) ve tip 3 (dinsel uzmanlaşma) skalaları hariç halk-şehir skala pozisyonlarının yedide beşi için regrasyon doğrusunu tarafsızlaştırmaya (straddle) eğilimlidir. Bu, diğer bazı faktörlerin, kentleşmenin her bir safhasında bulunan toplumların kabaca yarısının hukuksal evrimleşmenin bir sonraki safhasına ilerlediği görülürken diğerlerinin arkadan kaldığını açıklayan daha ileri analizlere bağlı olarak ortaya çıkabileceğine işaret eder. Bu kabil bir faktöre ümit verici aday, Simons'un verilerinin kültürel karşılaştırmalı faktör analizi olan ve kendilerince "Apollonianism" veya "norm-sending" olarak ifade edilen Gouldner ve Petterson'da yer tutmaktadır. (Gouldner and Petterson, 1962: 30-53)

Hukuksal ardışıklığın "kendine ait dinamiğinin" olup olmadığını test edebilmek için, şehirleşme sürecinin önceden meydana geldiği toplumlarda veya alt sistemlerde olduğu gibi halk-şehir değişmelerinden bağımsız hukuksal sistemlerin gelişiminin incelenmesinin gerekli olduğu görülecektir. Burada yer alan veriler böyle bir teste olanak vermez.

uluslararası alana genelleme yapmak ve aynı evrim dizisinin burada olduğu gibi orada da olması gerektiğini kabul etmek delice bir cesaret olur. Kabile-altı birimleri uluslara kıyas edebilme konusunda belirlilik yoktur. Çünkü uluslar daha çok güçlü ve bağımsız ve ortak kültür ve çıkarlarda nisbeten eksik durumda olmaya eğilimlidirler. Tekil ulusların hepsinin kendi iç arabuluculuk, polis ve dava vekilleri olduğu için hukuksal gelişim çizgisine kabile-altı birimlerden daha uzaktırlar. Bu durum ilkel toplumlarda işleyen evrimsel eğilimin kısas süreli olduğuna ilişkin iyi bir temel oluşturabilir. O zaman, ortaya çıkan dünya düzeni, ilkel toplumları hukuksal kontrol için motive eden düşmanca bir ortama karşı ortak yararı teşvik edici itkide bulunmadığı gözüküyor. Bir hukuksal sistemin yaşan değeri bugünün dünyasında olduğu kadar ilkel toplumlarda da tamamıyla büyük olabilse de bu son durumdaki çoklu birimlerin varlığı, uyumlu karakteristikler geliştiren bu toplumların hayatta kalma için seçim olanağı sağladı. Aynı ilkenin, değişim ve bunun sonucu olan seçme olanağı tanımayan "tek Dünya"nın varlığı koşullarında işlemesi beklenemez.

Yine de aynı güçlerin bazılarının iki durumda da işleyebileceğini söylemek yapmaya değer spekülasyondur¹⁹. Biz tazminat ve arabuluculuğun ilkel dünyada hemen hemen her zaman polisten önce geldiğini gördük. Bu dizilim, bir toplulukta belirli kültürel temelleri kurma gereksinimin, polis gücünde yansıtıldığı gibi bir merkezi kontrol sisteminin geliştirilebilmesinden önce gelmesinden kaynaklanır. Hipotetik olarak bu kültürel temel, uyuşmazlıklardan kaçınmak, üçüncü kişinin müdahalesinin değerini anlamak ve hem uyuşmazlık durumunda kusurun ve cezanın bölüştürülmesine temel olmak ve hem de önleyici amaçlı normlar dizisinin gelişimi için bir kararlılık içerebilir. Telafiye dayalı tazminatın ve arabulucuların kullanımı böyle bir kültürel sistemin gelişmesine iyice katkıda bulunduğu gibi onun gelişmesini de yansıtabilir. Böyle olursa, tazminat ve arabuluculuğun uzmanlaşmış polisten önce ortaya çıktığı anlaşılabilir. Bu, aynı tür kültürel temelin etkili bir dünya polis gücünün kurulmasında gerekli bir şart olup olmadığı ve bu amaç doğrultusunda, arabuluculuğun ve telafiye dayalı tazminat prensiplerinin bir dünya çapında hukukun üstünlüğünün oluşmasında önşart olduğunu söylemenin uygun olup olmadığı sorularını ortaya atar.

19 Hem farklı toplumlar ve hemde uluslararası düzen için uygulanabilir bir hukuksal kontrol genel teorisi geliştirmek için yapılan ilginç bir girişim için bkz. Carlston (1962)

TABLO I: HUKUKSAL KARAKTERİSTİKLER SKALASI

Toplum (society)	Dava vekili (counsel)	Polis (police)	Arabuluculuk (mediation)	Hatalar (Errors)	Hukuksal Skala tipi	Freeman-Winch Skala tipi
Cambodians	x	x	x		3	*
Czechs	x	x	x		3	6
Elizabethan English	x	x	x		3	6
Imperial Romans	x	x	x		3	6
Indonesians	x	x	x		3	*
Syrians	x	x	x		3	*
Ukrainians	x	x	x		3	6
Ashanti		x	x		2	5
Cheyenne		x	x		2	*
Creek		x	x		2	5
Cuna		x	x		2	4
Crow		x		1	2	0
Hopi		x	x		2	5
Iranians		x	x		2	6
Koreans		x	x		2	6
Lapps		x	x		2	6
Maori		x	x		2	4
Riffians		x	x		2	6
Thonga		x		1	2	2
Vietnamese		x	x		2	6
Andamanese			x		1	0
Azande			x		1	0
Balinese			x		1	4
Cayapa			x		1	2
Chagga			x		1	4
Fernesian aborigines			x		1	0
Hottentot			x		1	0
Ifugao			x		1	0
Lakher			x		1	2
Lepcha			x		1	3
Menomini			x		1	0
Mbundu			x		1	3
Navaho			x		1	5
Ossett			x		1	1
Siwans			x		1	1
Trobrianders			x		1	*
Tupinamba			x		1	0
Venda			x		1	5
Woleaians			x		1	0
Yakut			x		1	1
Aranda					0	0
Baku					0	0
Chukchee					0	0
Comanche					0	*
Copper Eskimo					0	0
Jivaro					0	0
Kababish					0	1
Kazak					0	0
Siriono					0	0
Yaruro					0	0
Yurok					0	1

* Freeman-Winch örnekleimine dahil değildir. Yeniden üretebilme katsayısı= $1 - 2/153 = 987$; skalabilite katsayısı; $1 - 2/(153 - 120) = 94$; Kendall's tau= $t.68$.

TABLO 2 : TAZMİNATIN HUKUKSAL GÖREVLİLERLE İLİŞKİSİ

	Arabuluculuk yok (No Mediation)	Sadece Arabuluculuk (only Mediation)	Arabuluculuk ve Polis (Mediation and Police)	Arabuluculuk, Polis ve dava vekili (Mediation, Police and counsel)	Toplam
Tazminat (Damages)	7	17	10	7	41
No damages (Tazminat yok)	6*	3	1	0	10
Toplam	13	20	11	7	51

* Arabuluculuk ve tazminata sahip olmayıp sadece polisi bulunan, Thonga'yı kapsar.

REFERANSLAR

- Campbell, D.T. : 1961 The mutual methodological relevance of anthropology and psychology. In Psychological anthropology, edited by F. L. K. Hsu, pp. 333-352. Homewood, Illinois: Dorsey Press.
- Carlston, K.S.: 1962 Law and organization in world society. Urbana: Univ. of Illinois Press.
- Carneiro, R.L.: 1962 Scale analysis as an instrument for the study of cultural evolution. Southwestern journal of Anthropology, 18 (1962): 149-169.
- Carneiro, R.L., and S.L. Tobias: 1963 The application of scale analysis to study of cultural evolution. Transactions of the New York Academy of Science, series 2.26 (1963): 196-207.
- Chroust, A.H. : 1954 The legal profession in ancient Athens. Notre Dame Law Review 29 (Spring): 339-389.
- Dicey, A.V. : 1905 Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century. London: Macmillan.
- Durkheim, E.: 1947 The division of labor in society. New York: Free Press. (Orig. pub. 1893.)
- Eisenstadt, S.N.: 1964 Social change, differentiation and evolution. American Sociological Review 29 (June): 378-381.
- Freeman, L.C. : 1957 An empirical test of folk-urbanism. Unpublished Ph. D. dissertation, Department of Sociology, Northwestern University.
- Freeman, L.C., and R.F. Winch : 1957 Societal complexity: An empirical test of a typology of societies. American journal of sociology 62 (March): 461-466.
- Goodenough, W.L. : 1963 Some applications of Guttman scale analysis to ethnography and culture theory. Southwestern Journal of Anthropology 19 (Autumn): 235-250.
- Gouldner, A.W., and R.A. Peterson: 1962 Technology and the moral order. Indianapolis: Bobbs- Merrill.
- Hasluck, M.: 1954 The unwritten law in Albania London and New York: Cambridge Univ. Press.
- Hawkins, N.G., and J.K. Jackson.: 1957 Scale analysis and the prediction of life processes. American Sociological Review 22 (1957): 579- 581.

- Hoebel, E.A.: 1954 *The law of primitive man: A study in comparative legal dynamics*. Cambridge Harvard Univ. Press.
- Holmes, O.W., jr. : 1881 *The common law*. Boston: Little, Brown.
- Llewellyn, K.N.: 1960 *The common law tradition: Deciding appeals*. Boston: Little, Brown.
- Maine, H.S.: 1917 *Ancient law*. London: Dent. (Orig.pub.1861). Menzel, H.A.
- 1953 A new coefficient of scalogram analysis. *Public Opinion Quarterly* 17 (Summer): 268-280.
- Murdock, G.P. : 1957 World ethnographic sample. *American Anthropologist* 59 (August): 664-687.
- 1961 *Outline of cultural materials (4th ed.)* New Haven: Human Relations Area Files.
- Naroll, R. : 1961 Two solutions to Galton's problem. *Philosophy of Science* 28 (1961): 15-39.
- 1962 *Data quality control: A new research technique*. New York. Free Press.
- 1964 A fifth solution to Galton's problem. *American Anthropologist* 64 (1964): 863-867.
- Naroll, R., and R.G. D'Andrade: 1963 Two further solutions to Galton's problem. *American Anthropologist* 65 (October): 1053-1067.
- Parsons, T. : 1964 Evolutionary universals in society. *American Sociological Review* 29 (June): 339-357.
- Pound, R. : 1917 Limits of effective legal action. *International Journal of Ethics* 27 (1917): 150-165.
- 1930 *Interpretations of legal history*. London: Macmillan.
- 1943 *Outlines of lectures on jurisprudence*. (5th ed.) Cambridge: Harvard Univ. Press.
- Savigny, F. Von: 1831 *Of the vocaton of our age for legislation and jurisprudence*. London: Littlewood.
- Schuessler, K.F. : 1961 A note on statistical significance of scalogram. *Sociometry* 24 (September): 312-318.
- Stouffer, S., et al. : 1950 *Measurement and prediction*. Princeton: Princeton Univ. Press.

- Swanson, G.F.: 1960 *The birth of the gods*. Ann Arbor: Univ. of Michigan Press. Tax, S. (Ed.).
- 1960 *Issues in evolution*. Chicago: Univ. of Chicago Press.
- Torgerson, W.S. : 1958 *Theory and methods of scaling*. New York: J. Wiley.
- T'ung-tsu, C. : 1961 *Law and society in traditional China*. Vancouver, B. C. Institute of Pacific relations,
- Udy, S. H.: 1958 *Bureaucratic elements in organizations: some research findings*. *American Sociological Review* 22 (1958): 415-420.
- van der Sprenkel, S. : 1962 *Legal institutions in manchu China*. London: Athlone Press.
- Vinogradoff, P. : 1920 *1922 Outlines of historical jurisprudence*, Vol. I and 2. Lodon and New York: Oxford Univ. Press.
- Weber, M.: 1954 *Law in economy and society*. Cambridge: Harvard Univ Press (Orig. pub. 1922.)

OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI ÜZERİNE BİR ETÜD

*İbrahim DURHAN**

I. Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu

Osmanlılar, Anadolu Selçuklu Devleti döneminde bu devlete bağlı bir uç beyliği iken, devletin dağılmasıyla Anadolu'da ortaya çıkan diğer beyliklerle¹ birlikte tarih sahnesine çıkmış oldu. Coğrafi konumu, Osmanlı Beyliği'ni dinamik bir yapıda tutmaktaydı. Bizans'a komşu olmak ve sürekli savaş tehdidi altında bulunmak, Osmanlı Beyliği'ni hızlı bir gelişme sürecine sokmuştur. Sürekli mücadeleyi gerektiren koşullar, "gaza" ve "gazilik" dinamizmi, Osmanlı Beyliği'nin, diğer beyliklerden daha hızlı gelişmesi sonucunu doğuruyordu².

Merkezi devletin (A. Selçuklu Devleti'nin), Moğollara Köseadağ'da yenilmesinden sonra(1243) dağılma sürecine girmesiyle; ülkenin çeşitli yerlerinde merkeze bağlı olarak yönetsel yetkiye sahip olan beyler, fiilen bağımsız hale geldiler. Diğer bir anlatımla, bu beyliklerin A.Selçuklu Devleti'ne kuramsal olarak bağlı olduğu kabul edilmekte idi. Gerçekte ise, merkezi hükümdarın bu beylikler üzerinde bir otoritesi kalmamıştı.

Daha küçük olmasına rağmen, dinamik ve fetihçi bir karaktere sahip olan Osmanlı Beyliği, gelişimini hızla sürdürmüştü ve 1299 yılında Bilecik'i fethetmişti. Beyliğin başında bulunan Osman Bey'in bu başarısı, A.Selçuklu hükümdarı (III. Alaüddin Keykubat) tarafından çok olumlu karşılanmış ve

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1 Anadolu Selçuklu Devleti'nin dağılmasıyla ortaya çıkan diğer beylikler için bkz., İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi (Anadolu Selçukluları ve Anadolu Beylikleri Hakkında Bir Mukaddime ile Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan İstanbul'un Fethine Kadar)*, C.I, 4.bası, Türk Tarih Kurumu yayınları, Ankara, 1982, s.43 vd. ; Toktamış Ateş, *Osmanlı Toplumunun Siyasal Yapısı (Kuruluş Dönemi)*, 2.bası, İstanbul, 1991, s.89 vd.

2 Bkz., Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, 8.bası, Savaş yay., Ankara, 1996, s.161.

Osman Bey'e, bağımsızlığın nişanesi olarak birtakım hediyeler gönderilmişti. Böylece, fiilen bağımsız olan Osmanlı Beyliği'nin, merkezi yönetimle arasındaki kuramsal bağımlılığı da sona ermiş oldu⁴.

1299-1300 tarihinde bağımsızlaşan Osmanlı Beyliğini, bu tarihten itibaren devletleşme sürecine girdiğini görmekteyiz. XIV. yüzyılın sonlarına gelindiğinde; Anadolu'nun batısında, Edirne civarında ve Balkan yarımadasında artık, bir "Osmanlı Devleti" gerçeği ile karşılaşmaktayız.

Osmanlı Devleti, kendisinden önceki müslüman-Türk devletlerinin devamı olarak tarih sahnesine çıktığı için, kurum ve kurallarını oluştururken, önceki devletlerin (özellikle A.Selçuklu Devleti'nin) büyük ölçüde etkisi altında kalmıştır. Bu nedenle, Osmanlı Devleti'nin kuruluşuna (diğer islam devletlerinde olduğu gibi), islami esaslar hakimdir. İslam hukuku(şer'i hukuk), devletin temel yasası niteliğindedir. Devlet ve toplumsal yaşam, bu hukuka göre tanzim olunmuştur. Ancak şer'i hukuk, Osmanlı hukuk sisteminin tamamı demek değildi. Bu konuyu, aşağıda, biraz ayrıntılı olarak ele almaya çalışacağız.

II. Osmanlı Hukukunun Yapısı

Osmanlı hukukunun yapısını, Tanzimat öncesi ve sonrası dönemler olarak iki başlık altında inceleme konusu yapacağız. Zira Tanzimat dönemi, büyük bir değişim ve dönüşümün yaşandığı dönemdir. Bu dönemde, hukuk sisteminde de önemli gelişmeler vukubulmuştur. Bu gelişmeleri ayrı bir başlık altında ele alacağız.

A. Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunun Yapısı

Osmanlı Devleti, islami meşruluk temeline dayanan⁵, monarşik bir yapıya sahipti. Devlet, dinsel temeller üzerinde kurulmuş⁶ ve bütün erk'lerin padişahta toplandığı bir yönetim modeli oluşturulmuştu.

3 Bkz., Yusuf Halaçoğlu, *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı*, 2.bası, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1995, s.124.

⁴ Osmanlı Devleti'nin kuruluş tarihi konusunda farklı ve ayrıntılı bilgi için bkz., Halil İnalçık, "Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu Problemi" *Doğu-Batı Düşünce Dergisi* (Akademi ve İktidar), Yıl: 2, Sayı: 7, Ankara, 1999, s. 9 vd.

⁵ Devletin kurum ve kurallarının meşruluk dayanağı islamiyetti ancak, Osmanlı Devleti teokratik bir yapıya sahip değildi. Çünkü teokraside; yasaların kaynağı devlet veya halk

İslam hukuku, devletin temel yasası niteliğindedir ancak, Osmanlı hukuku sadece İslam hukukundan ibaret değildir. Şer'i hukukun (İslam hukukunun) düzenlemediği alanlara ilişkin olarak padişahın koymuş olduğu kurallardan oluşan bir hukuk alanı daha vardı ki, buna "örfi hukuk" denilmekteydi⁷.

Osmanlılarca geliştirilen hukuk düşüncesi; eski Türk ve İranlıların devlet ve yönetim anlayışları ile, Kur'an'dan ve ilk müslüman geleneklerinden alınmış olan dinsel hukuk yani şeriat düşüncesinin sentezine dayanmaktaydı. Dinsel hukuk, kişisel davranış ve toplum yaşamı alanlarında ileri derecede gelişmiş ise de, kamu hukuku alanında, özellikle devlet örgütlenmesi ve yönetimi konularında yetersizdi. Bu nedenle müslüman hukuk kuramcılarının çoğu, şeriatın kapsamadığı konularda laik kurallar(yasalar) yaratmayı, "hükümdar hakkı" (örf) olarak tanımışlardı. Böylece Osmanlı hukuku, örf-i(sultani) ve şer'i(dinsel) hukuk olmak üzere iki hukuk alanından oluşmaktaydı⁸.

1. Şer'i Hukuk - Örfi Hukuk Ayrımı

Osmanlı hukuku; "şer'i hukuk" ve "örfi hukuk" denilen iki ayrı hukuk alanından oluştuğunu yukarıda belirttik. Devletin temel yasası, şer'i hukuk idi. Zira islamiyet; sadece inanç ve ibadete ilişkin esasları ve insanların

değil, Tanrısal iradedir ve bu irade, peygamber aracılığıyla açıklanır. Oysa Osmanlı Devleti'nin kurum ve kurallarının oluşumunda, devletin(padişahın) vaz'ettiği kurallar önemli yer tutar. Bkz., Ziya Umur, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, C.1, Beta yay., İstanbul, 1987, s.181 ; Tefik Özcan, "Kanunla Düzenlenen Monarşik Yapı", *Gösteri-Sanat Edebiyat Dergisi*, Osmanlı İmparatorluğu, S.212, Hürriyet Dergi Grubu, İstanbul, Temmuz-Ağustos 1999, s.31.

6 Farklı görüş için bkz., Herbert Adams Gibbons, *Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluşu*, (çev., Bülent Arı), 1.bası, 21.Yüzyıl yay., Ankara, 1998, s.61.

7 Tanzimat dönemine kadar, Osmanlı hukukunun genel yapısı hakkında bilgi için bkz., Temuçin Faik Ertan, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Hukuk Reformuna Genel Bir Bakış", *Abdurrahman Çaycı'ya Armağan*, Hacettepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Enstitüsü, Ankara, 1995, s.217 vd.

8 Stanford Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, (çev.Mehmet Harmancı), C.1, e yay., İstanbul, 1982, s.193.

9 Osmanlı Devleti'nin şer'iliği konusunda değişik görüşler için bkz., İlber Ortaylı, "Osmanlı Devletinde Lâiklik Hareketleri Üzerine", *Ümit Yaşar Doğanay'a Armağan*,

Allah'a karşı olan görevlerini düzenlemekle yetinmeyerek, yaşamın bütün yönlerini düzenleme iddiasında olan bir dindir¹⁰. Bu sebeple, islamiyeti kabul etmiş olan devletler bu kabulün gereği olarak İslam hukukunu da benimsemişlerdir. Osmanlı Devleti de bu yönde hareket ederek, İslam hukukunu temel yasa olarak kabul etmiştir¹¹. Ancak, Osmanlı padişahları (özellikle kuruluş ve gelişme dönemlerinde) İslam hukukunu uygularken zamanın gerektirdiği düzenlemeleri yapmaktan geri durmamışlardır. Bu dönemde genellikle Osmanlı padişahları, çok gerçekçi hareket etmişler ve dünya işlerinde dinin tümüyle tesiri altında kalacak kadar mütaasıp davranmak mecburiyetini hissetmemişlerdir. Devletin çıkarlarının sözkonusu olduğu alanlarda, düzenlemelere gidilmekte tereddüt gösterilmemiştir. Bu suretle, şer'i hukukun yanı sıra bir hukuk alanı daha oluşmaya başlamıştı. Padişahın iradesi ile ortaya çıkan bu hukuk alanına "örfi hukuk" denilmekteydi.

Örfi hukukun; şer'i hukuktan ayrı bir hukuk alanı olmadığı, İslam hukukunun (geniş anlamda) bir parçası olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, örfi hukuku doğuran iradenin kaynağı İslam hukukudur¹². Padişah (ulül-emr) yasama faaliyetinde bulunurken, tamamen serbest değildir. İslam hukukunun kendisine tanıdığı sınırlı alanlara ilişkin olarak bu yetkisini kullanır.

Örfi hukukun, İslam hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edildiği takdirde bu kurallara itaat, sadece yasal bir zorunluluk değil aynı zamanda dinsel bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır. Oysa, kamu düzenini sağlamak amacıyla konulmuş kurallar topluluğu olarak örfi hukuka itaat, yasal bir zorunluluktur. Bu kurallara itaatsizliğin, uhrevi sorumluluğu da gerektireceğini kabul etmek, padişahın iradesini ilahi iradeye yaklaştırmak anlamına gelecektir. Örfi hukukun, İslam hukukundan¹³ ayrı (ve dışında) olduğu düşünülmezse, padişahın da yasa koyucu olabileceği sonucu ortaya

İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.498 vd.

10 Bkz., Ömer Lütfü Barkan, *XV ve XVI nci asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları*, C.1, İstanbul Üniversitesi yay., İstanbul, 1943, s.X.

11 Bkz., Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1995, s.87.

12 Bkz., Halil Cin/Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C.1, Timaş yay., İstanbul, 1990, s.190 vd.

13 Burada islam hukuku kavramını, dar anlamda (şer'i hukuk anlamında) kullanıyoruz.

çıkacaktır. Oysa İslam hukukunda gerçek anlamda yasa koyucunun, ilahi irade olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta; hukukçular ve zamanın yasama organı ancak, bu ilahi iradeyi açıklamak ve/veya uygulamakla görevlidirler¹⁴. Ortaya konulacak hükümler, buna ilişkin olacaktır.

Örfi hukuka birtakım şer'i dayanaklar bulunsa da¹⁵, örfi hukuk, gerek kaynağı ve gerekse niteliği bakımından şer'i hukuktan ayrıdır. Şer'i hukukun kaynağı; insan iradesinin dışında ve üstünde kabul edilen, ilahi iradedir. Bu iradenin mahsulü olan hükümlerin değiştirilmesi veya bunlara eklemeler yapılması sözkonusu değildir. İnsan iradesinin bu hukuk alanındaki rolü, sadece hükümlerin yorumlanması ve açıklanmasından ibarettir. İslam hukukçuları içtihatları ile şer'i hukuku geliştirirken, bunu yapmışlardır. Örfi hukuk ise, insan iradesine dayanır. Padişahın (veya zamanın yasama organının) iradesi, bu hukuk alanının kaynağını teşkil eder. Bu hukuk alanı, dokunulmaz değildir, değiştirilebilir veya eklemeler yapılabilir.

Bir İslam devletinde şer'i hukuka itaat, yasal bir zorunluluk olduğu gibi aynı zamanda dinsel bir gerekliliktir. Zira, şer'i kuralların kutsiyeti vardır ve bu kurallara itaat, bir nevi ibadettir. Şer'i kurallar; gücünü ve bağlayıcılığını, ilahi niteliğinden almaktadır. Örfi kuralların ise, kutsal bir yanı yoktur. Bu kurallar, dünyevi düzeni temin maksadı ile vaz'edilirler ve esas itibarıyla yürürlük süreleri de, yasa koyucunun (padişahın) yaşamı ile sınırlıdır¹⁶. Eğer bu kuralların yürürlükte kalması isteniyorsa, sonra gelen padişahın iradesi ile bu kuralların yenilenmesi (veya yürürlükte olduğunun açıklanması) gerekir. Diğer bir deyişle; örfi hukuk kurallarının bağlayıcılığı, bu kuralların niteliğinden değil, arkasındaki otoriteden kaynaklanmaktadır.

Buradan, şer'i ve öfi hukuk alanlarının bir bütün oluşturmadığı, ayrı hukuk alanları olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁷. Hukuku doğuran kaynaklara ve kuralların niteliğine bakıldığında, bu iki hukuk alanının birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Ancak örfi hukukun, şer'i hukuka aykırı olmaması gerektiğine ilişkin genel prensibe dayanılarak bu iki hukuk alanının, (geniş anlamda) İslam hukukunun içerisinde yer aldığı söylenebilir.

14 Bkz., Cin/Akgündüz, *age.*, s.190.

15 İslam hukukçuları, "şer'i hukukun açıkça aksini emretmediği ve kamu yararının gerektirdiği durumlarda padişahın, kural koyabileceğini kabul etmektedirler.

16 Bkz., Aydın, *age.*, s.89.

17 Farklı görüş için bkz., Halaçoğlu, *age.*, s.119 ; Aydın, *age.*, s.97.

a. Şer'i Hukuk

Osmanlı Devleti, kendinden önceki Türk ve İslam devletlerinin bir uzantısı olarak tarih sahnesine çıkmış olduğundan, hukuk sistemini de bu devletlerin hukuki mirası oluşturur. Diğer bir deyişle Osmanlı Devleti, kuruluşu ile birlikte yeni ve orijinal bir hukuk sistemi geliştirmiş değildir. Önceki Türk-İslam devletlerinde olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de hukuk sistemi esas itibariyle İslam hukukundan¹⁸ oluşmaktaydı. İslam hukukunun ilk ve en önemli kaynağı kutsal kitap (Kur'an) dır. Kur'an ayetlerine bakıldığında, iki grup hareket kaidesi göze çarpmaktadır. Birinci grup, fertle (kul ile) Tanrı arasındaki ilişkileri düzenleyen hareket kaideleridir ki, bu kaideler "dogma" niteliğindedir ve değişme kabul etmezler. İkinci grupta ise, dünyevi ilişkileri düzenleyen kaideler bulunmaktadır¹⁹.

Kur'an'ın, dünyevi yaşama ilişkin kaideleri çok azdır. Evlenme ve mirasa dair ayrıntılı sayılabilecek hükümler ile bazı suçlar için cezalar ve az sayıda borçlar hukukuna ilişkin kurallar bulunmaktadır. Hukukla ilgili ayet sayısı 600 civarındadır ve bu miktar, toplam ayet sayısının 1/10'undan azdır. Bu ayetler Kur'an'da, sistematik bir şekilde değil, çeşitli surelere serpiştirilmiş halde ve dağınık olarak bulunurlar²⁰.

Kur'an'da herhangi bir hukuksal konu veya ilişkinin geniş kapsamlı olarak ele alınmasına yönelik gerçek bir girişim bulunmamaktadır. Kur'an'ın düzenlemeleri, tamamen yeni bir sistem getirmekten daha çok mevcut örf-adet hukukunu değiştirip düzeltmeye yöneliktir²¹. İslam hukuku, esas itibariyle, Peygamberden önce Arabistan'da var olan örf ve adetlerin, bireysel vicdanı ilgilendiren bazı ahlaki prensiplere bağlanarak tesbit edilmesi idi²². Buradan şu sonuca ulaşmaktayız; Kur'an hükümleri ile o dönem Arap toplumunun yaşayışı arasında irtibat bulunmaktadır. Toplumun

18 Burada, İslam hukuku kavramını dar anlamda (yani şer'i hukuk anlamında) kullanıyoruz.

19 Bkz., Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 3.bası, İstanbul, 1978, s.12.

20 Bkz., Umur, *age.*, s.151 vd.

21 N.J. Coulson, "İslâm Hukuku", (çev. Sururi Aktas), *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, 1997, s.277 vd.

22 Bkz., Umur, *age.*, s.148.

(ve bireylerin) kabul edemeyeceği, uygulanma kabiliyeti bulunmayan hükümler vaz'edilmemiştir²³.

Kur'an-ı Kerim; birtakım hukuk kaideleri ihtiva etse de, bir hukuk kitabı değil, esas itibariyle bir ahlâk ve öğüt kitabıdır. Kur'an'daki hukuk kaideleri, o günün toplum ihtiyaçlarını dahi karşılamaktan uzaktı. Kur'an'ın dışında da kaideler koymak zorunluluğu ortaya çıktı. Peygamber döneminde toplumun bu ihtiyacı, sünnet ile giderilmeye çalışıldı. Bu suretle "sünnet", hukukun ikinci kaynağı olarak ortaya çıktı.

Sünnet; Peygamberin hayatından çıkarılmış olan kaide ve prensipler toplamıdır. Sünnet yoluyla oluşan kaideler de, tıpkı Kur'an kaideleri gibi bağlayıcı ve kesin idi. Zira Hz. Muhammed; Allah'ın elçisi olarak ruhani iktidarı, devlet başkanı olarak da cismani iktidarı şahsında toplamaktaydı. Ayrıca Kur'an'da, Peygambere itaati emreden ve onu örnek gösteren ayetler bulunmaktadır²⁴. Bu bakımdan Peygamberin iradesi kesindi.

Peygamber hayatta olduğu süre içerisinde, toplum sorunlarını çözmüş ve hukuku dinamik bir yapıda tutabilmişti. Ancak Peygamberin vefatı ile hukukun bu ikinci kaynağı (sünnet) sona ermiş oldu. İslam devletinin ve toplumunun gelişmesi ile ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar, yeni kaidelerin konmasını gerektiriyordu. Bu ihtiyaçların karşılanması için, Ebubekir (1.halife) ve Ömer (2.halife) zamanında toplumun ileri gelenlerinden bir kurul oluşturuldu. Müslümanların oluşturduğu bu kurulda alınan kararlar, hukukun üçüncü kaynağı olarak kabul edildi ve "icma-ı ümmet" olarak anılmaya başlandı. Daha sonra bu kavram genişleyerek, din alimlerinin bir sorunun çözüm şekli üzerinde görüş birliğine varmaları, "icma-ı ümmet"

23 Kur'an'ın genel niteliğini, tek taraflı iradeyle (talak ile) yapılan boşanma kurumuna ilişkin düzenlemeler açıklar. İslamiyet öncesi Arap toplumunun örf ve adet hukukuna göre koca, istediği zaman tek taraflı bir beyanla evliliği sona erdirmeye hakkına, mutlak olarak sahipti. Koca, bu hakkını (ya da gücünü), İslamiyet döneminde de muhafaza etmiştir. Kur'an, kocayı bu güçten mahrum bırakmamıştır. Ancak, bu hakkın kötüye kullanılmaması için bazı ahlaki tedbirler almıştır. Bkz., Coulson, *agm.*, s.278-279.

24 4. surenin 80. ayeti ile 47. surenin 33. ayeti, Peygambere itaati emretmekte; 33. surenin 21. ayetinde ise, Peygamberin müslümanlara güzel bir örnek olduğu belirtilmektedir.

olarak ifade olunmuş ve hukukun üçüncü kaynağı kabul edilmiştir²⁵. İcma'nın şer'i dayanağı ise, Peygamberin hadisleridir²⁶.

İslam hukukunun bu üç kaynağı (Kur'an, sünnet, icma-ı ümmet), şer'i nitelikte olduğundan, yanılmaz mahiyette kaynaklar olduğu kabul edilir. Bir sorun çözülürken, sırasıyla bu kaynaklara müracaat edilir. Eğer sorun bu kaynaklara dayanılarak çözülemiyorsa, bu takdirde "kıyas" denilen metoda başvurulur. Kıyas; İslam hukukunun dördüncü kaynağıdır ve yanılması mümkün olan insandan gelmektedir. Kıyas, ferdi bir ameliyedir. Hukukçu, sorunu çözmek için aradığı kaideyi diğer kaynaklarda bulamazsa, benzer soruna uygulanan kaideyi kıyasen uygulayıp-uygulayamayacağını araştırır. Eğer tek bir kaide kıyası mümkün kılmıyorsa, o zaman mevzuatın bütünü gözönünde bulundurularak çözüm yolu bulunmaya çalışılır²⁷.

Bir sorunun çözümü için kanunda (Kur'an, sünnet ve icma' da) bir kaide bulunamıyor ve kıyas da yapılamıyorsa, "içtihat" yolu ile bir çözüme ulaşılabilecektir. İçtihat; insan aklının, yargısal ve hukuksal sorunları takdir ederek bunları vasıflandırmak, yani islamileştirmek suretiyle tedvin etme (kanunlaştırma) ameliyesidir²⁸. Hukukçu içtihatla bulunurken; hukukun tamamını, aklının bütün gücü ile kavramaya çalışarak yeni bir çözüm yoluna ulaşır. Bu suretle; asli kaynaklarda statik halde bulunan kaidelerin, gelişen insan ihtiyaçlarına her zaman ve nasıl cevap vereceğini izah ederek, hukuka dinamizm kazandırır²⁹. Ne var ki, müçtehit her zaman doğru içtihatla bulunmuş olmayabilir. Zira içtihat bir "galebe-i zan" yani müçtehidin ağır basan bir sanısıdır. Diğer bir anlatımla müçtehit, bir soruna, yukarıda

25 Ayrıntılı bilgi için bkz., Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, (çev.Baha Arıkan), C.I, İstanbul, (tarihsiz), s.43 vd.

26 Peygamberin "müslümanların iyi olarak kabul ettikleri, Allah katında da iyidir" ve "ümmetim bir yanlış üzerine asla birleşemez" şeklindeki hadisleri, icma' nin şer'i dayanağı olarak kabul edilmektedir.

27 Sava Paşa, *İslam Hukuku I*, s.48 vd.

28 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, (çev.Baha Arıkan), C.II, İstanbul, (tarihsiz), s.13.

29 Bu, her hukukçunun yapabileceği bir şey değildi. Ancak belli vasıflara sahip olan hukukçular bunu yapabilmekteydi ki bunlara "müçtehit"(içtihat eden) ya da "fakih" denilmekteydi. Bir müçtehitte bulunması gereken vasıflar için bkz., Umur, *age.*, s.184 ; Sava Paşa, *İslam Hukuku II*, s.15 vd. ; Coşkun Üçok, "İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.40.

belirttiğimiz temel kaynaklara dayanarak ve kendi yöntemine uygun olarak en doğru çözümü bulduğunu sandığı zaman bir içtihatla bulunmuş olur. Varılan sonuç(yani içtihat), doğru olabileceği gibi yanlış da olabilir. Yanlış yapılan müçtehide “müçtehid-i muhti” denir ancak, doğru bir sonuca varmak için kendisi bütün gücünü kullanmış olduğuna göre “musib” yani doğruyu bulmuş kabul edilir .

İçtihat; ister yeni ve bilinmeyen bir soruna ait olsun, isterse bilinen bir sorunun başka bir şekilde çözümüne yönelik bulunsun, İslamiyetin bütün devirlerinde, bir teşri yani kanun yapma vasıtası olarak telakki edilmiştir. Çünkü içtihat, hukukun sürekli gelişmesini sağlamak suretiyle ona uygulanma kabiliyeti bahşetmekte ve hukukun canlı kalmasına olanak sağlamaktadır. Bu noktada müçtehit hukukçu, içtihatları ile adeta hukukun canlı sesi olmaktadır³¹. İslam hukukunun içtihat yolu ile gelişmesi, (dört halife dönemi hariç) devletin müdahalesi ve katkısı dışında olmuştur³². Müçtehitler, devletten bağımsız olarak ve bir resmi görev taşımadan, ilmi eserleri ile hukukun gelişmesine katkıda bulunmuşlardır.

İslam hukukundaki bu gelişme, ancak hicri III. yüzyıla kadar sürmüştür. Bu yüzyıldan sonra, içtihat kapısının kapalı olduğu kabul edilerek³³, hukukun gelişmesi durdurulmuş ve statik sürece girilmiştir. Böylece İslam hukuku; Kur'an, sünnet ve icma'daki tartışılmaz ve değişmez kesin kurallar ile içtihat yoluyla konulmuş kuralların toplamından oluşmaktadır. Ancak içtihat, kişisel bir sanı olduğu için, bir içtihadı diğerinden üstün tutma olanağı kural olarak kabul edilemez. Zira, dinsel bakımdan *nass* Tanrıya ve Peygambere dayandığı halde, *icthāt* kul işidir. Bir kul olan müçtehidin

30 Üçok, *İçtihatla İçtihat.*, s.41.

31 Sava Paşa, *İslam Hukuku II*, s.16.

32 Bkz., Aydın, *age.*, s.89.

33 İçtihatları ile hukukun gelişmesine büyük katkıları olan ve mezhep sahibi olarak bilinen müçtehitlerin (Ebu Hanife, Malik, Şafi ve Hambel) vefatı ile (ki en son hicri 241 yılında Hambel vefat etmiştir), içtihat yolunun kapandığı ileri sürülmüştür. Sonra gelen hukukçuların kendi otoriteleri yoktur. Bu hukukçular bir sorunu çözerken, kendi fikirlerini beyan edemezler ve içtihatla bulunamazlar. Dolayısıyla sonraki hukukçular, müçtehitlerin ortaya koymuş olduğu prensipler çerçevesinde sorunları çözecek ve bu prensipleri nakletmekle yetinecektir. Bu noktada belirtmeliyiz ki, içtihat kapısının kapalı olması bir *nass* (dogma) değildir. Bu husus, tarihi ve fiili bir durumdur. Teorik olarak içtihat kapısının açık olduğunu söyleyebiliriz. Bkz., Umur, *age.*, s.189.

içtihadının, diğer bir müçtehidin içtihadına üstünlüğü iddia olunamaz³⁴. Bu anlayış, *ıçtihat ile içtihat nakz olunamaz* şeklinde genel bir kural olarak, İslam hukukunun genel ilkeleri arasında yer almıştır. Mecelle'nin de kabul ettiği bu genel kural(md.16) nedeniyle, birbirine karşıt da olsalar bütün içtihatlar, İslam hukukunun yürürlükteki kuralları olarak kabul edilmiştir. Fetva ile bir ülkede hangi içtihadın uygulanması gerektiğini belirlemek de olanaksızdır. Çünkü *fetva* bir şer'i hükmü bildirmekten ibarettir ve eğer o hüküm bir *nass* değilse bağlayıcı da değildir. Meğer ki bu fetva, bir yargı kararına dayanak teşkil etmiş olsun³⁵.

Hukuk sistemi olarak İslam hukukunu benimsemiş olan devletler, bu statik yapı karşısında bir çıkış yolu bulmalı idiler. Zira bir tarafta sürekli gelişen ve değişen insan ihtiyaçları, diğer taraftan gelişmesi durmuş olan hukuk sistemi nedeniyle doğacak olan sorunlara bir çözüm yolu bulunmalıydı. Bu çözüm, şer'i hukuk dışında, örfi hukuk denilen bir hukuk alanının doğuşu ile bulunmuş oldu.

b. Örfi Hukuk

Yukarda bahsini ettiğimiz dört kaynağa (Kur'an, sünnet, icma ve kıyas) dayanarak vücut bulan ve içtihat yolu ile de (hicri III. yüzyılın ortalarına kadar) gelişimini sürdüren hukuk sistemine, "şer'i hukuk" (ya da dar anlamıyla İslam hukuku) denilmektedir.

IX. yüzyılın ikinci yarısında (hicri III. yüzyılın ortalarında) islam uleması, içtihat kapısının kapandığını kabul etti³⁶. Bu tarihe kadar oluşan ve "şer'i hukuk" olarak isimlendirilen hukuksal düzen, islamiyetin tanıdığı tek hukuk sistemi idi. Bu sistem içerisinde devletin başında bulunan kimse (halife olsun, sultan olsun), yasa koyucu mevkiinde olamazdı. O, ancak şer'i hukukun koruyucusu durumundadır. Eğer dinsel bilimlerde yeterliliği yoksa,

34 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Üçok, *agm.*, s.42 vd. ; Necip Bilge, "Karar Düzeltilmenin İslâm Hukukundaki Dayanağı", *K.Fikret Arık'a Armağan*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.71 vd.

35 Üçok, *İçtihatla İçtihat.*, s.45 vd. ; Sava Paşa, *İslam Hukuku II*, s.33.

36 İçtihat kapısının kapanıp-kapanmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Sava Paşa, *İslam Hukuku I*, s.110 vd.

şer'i hukukun tefsirine(yorumuna) de yetkili değildir. Bu esaslar İslam hukukunda, tartışılması götürmez bir surette yerleşmiş bulunmaktaydı³⁷.

Ancak Osmanlı Devleti, bir islam devleti olarak tarih sahnesine çıkmasına karşın, şer'i hukuku aşan bir hukuk düzeni geliştirmiştir³⁸. Bu gelişmeye olanak sağlayan prensip ise, "örf" dür. Yani, şer'i hukukun kapsamına girmeyen alanlarda padişahın, kendi iradesine dayanarak kanun koyma yetkisinin kabul edilmesidir. İslam uleması, padişahın kanun koyma yetkisini kabul ederken; "kamu yararı" ve "adalet" prensiplerine dayanmaktadırlar.

Bir kısım ulema, şer'i hukuktan ayrı olarak bir örfi hukukun varlığını meşru saymazlar. Onlara göre, mezheplerin ortaya koymuş olduğu prensiplerle hukuk, kesin şeklini almıştır. Bütün sorunlara bu sistem içerisinde çözüm bulunabilir. Bazı hukukçular ise, şer'i hukukun tanıdığı "caiz" derecesindeki işlerde örfi prensibi kabul ederler³⁹. Genellikle kabul edilen görüşe göre ise; şer'i hukukun düzenlemediği alanlarda ve şer'i hukuka aykırı olmamak kaydı ile, kamu yararını korumak ve adaleti gerçekleştirmek için örfi yolla kural konulabilir.

Şer'i hukukun yanında fakat ondan ayrı bir hukuk alanı olarak örfi hukukun doğuşu ve önem kazanarak yeni bir devir açması, Müslüman - Türk devletlerinin kuruluşu ile aynı zamana rastlar⁴⁰. Türkler islamiyeti kabul etmekle, Orta Asya'dan kalma eski devlet anlayışlarını, örf ve adetlerini terk etmiş değillerdi. İslam hukukunun, özellikle kamu hukuku alanındaki yetersizliği karşısında Türkler, bu alanı, örfi kurallarla düzenleme yoluna gitmekten kaçınmamışlardır.

37 Bkz., Halil İnalçık, "Osmanlı Hukukuna Giriş (Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları)", C.XIII, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S.2 (ayrı bası), Ankara, 1958, s.1.

38 Haim Gerber, *Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf (17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları)* (çev. Mehmet Akman), Hukuk Araştırmaları, C.VIII, No:1-3, 1994, s.274-275.

39 Ulemanın "örf'e ilişkin değişik görüşleri için bkz., İnalçık, *Osmanlı Hukukuna*., s.2 vd.

40 Bkz., İnalçık, *Osmanlı Hukukuna*., s.3.

Türkler, dünya işlerinde dinsel düşüncelerin geniş ölçüde tesiri altında kalacak kadar mütaasıp davranmak mecburiyetini hissetmemişlerdir⁴¹. Devletin temel teşkilâtı ve icraatı üzerinde; dinsel düşünceler değil, devletin çıkarları ve siyasal irade hakim olmuştur. Esasen Türklerde din taassubu yoktur. Türkler, kabul ettikleri dine⁴², taassup derecesinde bağlı kalmamışlar, kendi örf ve adetleri ile dinlerini kaynaştırma yoluna gitmişlerdir.

2. Şer'i ve Örfi Hukukun Sahaları

Şer'i ve örfi hukukun sahalarını, birbirinden kesin çizgilerle ayırmak zordur. Zira, şer'i hukukun düzenlediği alanlarda da bazen örfi düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir⁴³. Ancak yine de, şer'i ve örfi hukukun esaslarının hakim olduğu sahalara birbirinden ayrıdır.

Özel hukuk alanında daha çok şer'i hukuk esasları hakim olmuştur. Hukukçuların içtihatları ile, hicri III. yüzyılın ortalarına kadar bu alan (şahıs, aile, miras, eşya, borçlar, ticaret gibi), büyük bir gelişme kaydetmişti. Daha sonra içtihat kapısının kapandığından bahisle bu gelişme dondurulmuştur.

Özel hukuktaki bu gelişme, kamu hukuku alanlarında vukubulmamıştı. Çünkü, hülefa-i raşidin döneminden sonra yönetimi ele geçiren Emeviler, hilafeti saltanata dönüştürdüler ve kamu hukuku alanında (özellikle esas teşkilat hukuku alanında) fiili bir durum yarattılar. Bu durum karşısında islam hukukçularının kamu hukuku alanındaki ilmi içtihatları, kağıt üzerinde kalmaya mahkûmdu. Ayrıca bu alandaki (kamu hukuku alanındaki) içtihatlar, mevcut yönetimi meşru gösterecek yönde olmaması halinde, hukukçuların tazyik altında kalmaları da mümkündü. Bu nedenle hukukçular, uygulanma şansı bulunmayan bir alanda bilimsel faaliyette bulunmaktansa, uygulanma şansı bulunan diğer alanlarda (özel hukuk alanlarında) bilimsel çalışmalarını (mesailerini) yoğunlaştırmışlardır.

Bunun sonucu olarak şer'i hukuk, daha çok özel hukuk alanında gelişmiştir. Kamu hukukunun da bazı alanlarında gelişmeler kaydedilmiş fakat devletin esas teşkilatı ve yönetsel yapısı gibi alanlarda, şer'i hukukta yeterli gelişme vukubulmamıştır. Bu durum karşısında, kamu hukuku

41 Ömer Lütfü Barkan, "Türkiye'de Din ve Devlet İşlerinin Tarihsel Gelişimi", *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri*, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1975, s.51.

42 Türklerin kabul ettikleri dinler için bkz., Umur, *age.*, s.145 vd.

43 Aydın, *age.*, s.97.

sahasında yeni hukuksal düzenlemelere gidilmesi zarureti hasil olmuştur⁴⁴. Çünkü kamusal yaşam, boşluk kabul etmez. Şer'i hukukun yetersiz kaldığı noktada, örfi düzenlemelere gidilmiştir.

Örfi hukukun sahası kural olarak, “şer'i hukukun düzenlemediği alanlar” olarak kabul edilmekle birlikte, devleti yönetenler; “kamu yararı ve kamu düzeni” prensiplerine dayanarak, örf'en kural koyma yetkilerini geniş bir alana yaymışlardır. Bu yetkiye dayanılarak; şer'i hükümler kanunlaştırılabilir⁴⁵, içtihadî konularda mevcut içtihatlardan biri tercih olunabilir. Fakat bunlardan daha önemli olarak, yeni “yasa” konulabilir⁴⁶.

İslam hukukunda; örfi hukuk yaratma yetkisinin sınırsız olmadığı, ancak belli alanlarda bu yetkinin kullanılabilmesi kabul edilmekle birlikte, “kamu yararı ve düzeni” prensibine dayanılarak, çok geniş bir alanda bu yetki kullanılmıştır⁴⁷.

Örfi hukuk, kural olarak, şer'i hukuka aykırı olamaz ve bu hukuk alanına tecavüz edemez. Ancak uygulamadan doğan zorunluluklar, bu kurala tam olarak özen gösterme olanağını, kısmen de olsa ortadan kaldırmıştır. Bunun sonucu olarak, şer'i hukukla bağdaşmayan, hatta şer'i hukuka aykırı olan örfi düzenlemeler ortaya çıkmıştır⁴⁸. Örfi hukuku yaratanlar, ortaya

44 Aydın, *age.*, s.91-92.

45 Şer'i hukuk esas itibarıyla; İslam hukukçularının bilimsel çalışmalarıyla ortaya koydukları eserlerde, fetvalar halinde bulunurlar. Devleti yönetenler; karışıklıkları önlemek, uygulama kolaylığını temin etmek ve kanun sistematliğini sağlamak amacıyla, fetvaları kanun haline getirebilirler.

46 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Richard C. Repp, “*Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat*”, *Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslâm Hukuku – Der.*, Aziz el-Azme (çev.Fethi Gedikli), İz, yay., İstanbul, 1992, s.157 vd. ; Cin/Akgündüz, *age.*, s.193 vd.

47 “Kamu yararı ve düzeni” prensibine dayanılarak; devlet teşkilatı ile ilgili idari kanunlar, askeri kanunlar, vergi kanunları, yargı erkinin görev ve yetkisini düzenleyen kanunlar, mahkemelerin derecelerini tayin'e ilişkin düzenlemeler, ceza hukukuna (ta'zir) ilişkin düzenlemeler, savaşta fethedilen toprakların hukuki rejimine ilişkin düzenlemeler, gayrimenkullerin tapuya tescili gibi birçok husustaki düzenlemeler, örfi kurullarla gerçekleştirilmiştir.

48 Şer'i hukuka aykırı olan örfi düzenlemelere örnek olarak, zina suçunun cezasına ilişkin düzenlemeleri gösterebiliriz: Bilindiği üzere “zina” suçu, şer'i hukukta (İslam ceza hukukunda) düzenlenen ve cezası “yüz sopa” veya “recm” olarak belirtilen bir “hadd” suçudur. Zina suçunun cezasına ilişkin şer'i hukukun düzenlemesinin açık olmasına rağmen, “Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi” nin zinaya ilişkin

koydukları kuralların şer'i hukuka uygun olduğuna ilişkin ulemanın onayının almayı da ihmal etmiyorlardı. Bu onay ile bir yandan, örfi hukuk kurallarının meşruluğu tartışma dışına çıkarılmakta, diğer yandan da, şer'i hukukun toplum üzerindeki manevi nüfuzu, örfi hukuk kurallarına taşınmaktaydı.

Şer'i hukuka uygun olduğu kabul edilerek ortaya konulan bir örfi kuralı, daha sonra tadil veya ilga edecek olan örfi kural da yine şer'i hukuka uygunluğu kabul edilerek ortaya konur. Burada, birbirini tadil veya ilga eden iki örfi kuralın da şer'i hukuka uygunluğu kabul edilmektedir. Eğer önceki kural(kanun) şer'i hukuka uygun ise, bu kuralı değiştiren veya ortadan kaldıran sonraki kuralın; ya da önceki kuralın şer'i hukuka aykırı olması gerekir. Buradan ortaya çıkan sonuç şudur; görünürde her şey "şer'i şerife" uydurulmaya çalışılmaktadır, gerçekte ise "şer'i şerif" her şeye uydurulmaktadır⁴⁹. Şer'i şerifi her şeye uydurma anlayışı Osmanlı Devleti'nde de XVII. yüzyıla kadar devam etmiş ve bu dönem içerisinde Osmanlı padişahları kendilerini, şer'i hukuk ile sıkı sıkıya bağlı hissetmemişler ve örfi hukuk alanını giderek genişletmişlerdir⁵⁰. XVII. yüzyıldan sonra örfi hukukun alanı, şer'i hukuk lehine olarak daralmaya başlamış ve her şeyin şer'i şerife uygun olması gerektiğine ilişkin anlayış, hakim anlayış haline gelmiştir.

B. Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukukundaki Gelişmeler

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi, şer'i hukuk ve örfi hukuk alanlarından

hükümlerinde bu suçta para cezası öngörülmüştür. Buna göre, zina suçu şer'an sabit olan bir müslüman, "yüz sopa" ya da "recm" ile değil, mali gücüne göre kanunnamede belirtilen para cezası ile cezalandırılacaktır. Geniş bilgi ve başka örnekler için bkz., Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, Ankara, No.1, 1946, s.55 vd.- s.125 vd., ve No.2-4, 1946, s.365 vd.

49 Bkz., Barkan, *Osmanlı İmparatorluğunda*., s. XIX.

50 Osmanlılar, daha önceki Türk devletlerinden gelen zengin bir devlet kurma ve idare etme geleneğine sahip idiler. Devletin başında bulunanlar, sahip oldukları siyasi ve idari tecrübe ve bilgileriyle kendilerini (özellikle kamu hukuku alanında) düzenleme yapmakta yetkili görüyorlar, hukukçuların bu alanda, kendilerini sınırlayacak çalışmalar yapmalarını arzu etmiyorlardı. Bu nedenle kamu hukuku sahası, hukukçuların içtihatları ile değil, daha çok devleti yönetenlerin bilgi ve tecrübeleri ile düzenlenmiştir.

oluşmaktaydı. Şer'i hukuk; ilahi irade mahsulü sayılan kurallarla, bu kuralların müçtehitler tarafından yorumlanmasıyla ortaya çıkan bir hukuk alanıdır. Devletin temel yasası niteliğinde olan bu kurallar, fıkıh kitaplarında yer almaktaydı. Diğer bir deyişle bu kurallar, yasa tekniğine uygun olarak kodifiye edilmiş değildi. Örfi hukuk ise; şer'i hukukun suskun kaldığı alanlarda, sınırlı yasama yetkisine dayanarak ulül-emr'in koymuş olduğu kurallarla oluşan hukuk alanıdır. Ulül-emr'e (ya da yasa yapma mevkiinde bulunan bir kuruma) böyle bir yetki (yasa yaratma yetkisi) tanınması zorunludur. Zira, yasa yaratma hak ve yetkisi bulunmayan bir siyasal otoriteden söz edilemez. İslam hukuku içi de bu böyledir. Nitekim, peygamber ve hülafa-i raşidin bile, yönetim mevkiinde bulunurlarken; Tanrısal irade mahsulü olduğu kabul edilen kurallarla yetinememişler, sünnet ve icma adı altında yeni kurallar koyma gereğini duymuşlardı⁵¹. Sonraki dönemlerde de devleti yönetenler, hukuk yaratmaktan kaçınmamışlardı. Ancak bu kuralların şer'i hukuka aykırı olmaması gerekirdi. İşte bu noktada, örfi (sultani) hukuk kurallarının şer'i hukuka uygunluğu ve dolayısıyla meşruluğu, fetvalarla sağlanırdı. Bu fetvalar da, yasa tekniğinden uzak bir halde, fetva mecmualarında bulunmaktaydı.

1. Yeni Bir Hukuk Sistemine Duyulan İhtiyaç

Gerek şer'i hukukun yorumlanması ve uygulanabilir hale getirilmesi, gerekse örfi hukukun şer'i hukuka uygunluğunun denetlenmesi, ulema sınıfına ait bir görev ve yetki idi. Bu nedenle ulemanın, yasama faaliyeti konusunda etkin bir rol oynadığı söylenebilir. Tanzimat dönemine kadar devam eden, fetva ve fıkıh kitaplarına dayalı bu hukuksal yapı, Batılı ülkelerin tepkisine yolaçmıştır. Cevdet Paşa'nın belirttiğine göre, Batılı ülkeler, "kanununuz ne ise meydana koyunuz. Biz de görelim ve teb'amıza bildirelim" demek suretiyle⁵², Osmanlı hukukunun sistemsizliğinden ve belirsizliğinden yakınmakta idiler.

Diğer yandan, mevcut hukuksal yapıdan bunalan Osmanlı halkı da, içinde yaşadığı güvensizlik ortamını giderecek yeni düzenlemelere gereksinim duymaktaydı. Bu gereksinim, devlet bakımından da sözkonusuydu. Sarsılan devlet otoritesinin yeniden tesisi, ancak, yeni ve

51 Bkz., Mansuri zade, "Şeriat ve Kanun", *Darülfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S.8, 1333(1917), s.601.

52 Cevdet Paşa, *Tezakir(1-12)*, (Yayınlayan, Cavid Baysun), 3.bası, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1991, s.63.

belirli yasalarla olanaklıydı⁵³. XVIII. ve XIX. yüzyıllarda Avrupa'da ve Osmanlı Devleti'nde meydana gelen, sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler karşısında, İslam hukuku yetersiz kaldı. Bu yetersizliğin; tek tek pozitif hukuk kuralları ile ilgili olmasının yanında ve daha önemli olarak, İslam hukukunun temel yapısı ile ilgili olması, yeni bir hukuk düzenini gerektirmiştir. Din'ler ve mezhepler arası eşitsizlik temeli üzerine kurulu bulunan İslam hukukunun, Tanzimatın getirdiği en önemli ilkelerden biri olan "eşitlik" ilkesini yaşama geçirmesi beklenemezdi. Keza Tanzimatın getirdiği diğer ilkelerin de hukuksal güvencelere kavuşturulması, ancak, laik ve evrensel karakterli yasalarla olanaklıydı.

2. Hukuk Sistemindeki Gelişmeler ve Kanunlaştırma Hareketleri

Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma hareketlerine, 1840(1256) yılında çıkarılan ceza kanunu ile başlanmıştır⁵⁴. Suç ve cezalarda yasallık(kanunilik) ilkesiyle bağdaşmayan "ta'zir suç ve cezaları"nın⁵⁵ yolaçtığı güvensizlik ortamı giderilmeden yapılacak yenileşme hareketlerinin olumlu bir sonuç vermeyeceği, Fermanda açıkça belirtilmiştir⁵⁶. Bu nedenle Tanzimat döneminde çıkarılan ilk yasa, ceza hukuku alanında olmuştur. Daha sonra kabul edilen 1851(1267) ve 1858(1274) tarihli ceza kanunları ile, ta'zir sistemi⁵⁷ yerine, yeni bir ceza hukuku sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır⁵⁸.

53 Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.167-169.

54 1840(1256) tarihli ceza kanununun metni için bkz., Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., Diyarbakır, 1986, s.809-820.

55 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, C.I, 9.bası, İstanbul, 1985, s.30 ve 117.

56 Tanzimat Fermanının metni için bkz., Suna Kili/A.Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri-Şehedi İttifaktan Günümüze*, Türkiye İş Bankası Kültür yay., Ankara, 1985, s.11 vd.

57 Ta'zir suç ve cezaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Abdülkadir Üdeh, *İslâm Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk* (çev.Akif Nuri), İhya yay., İstanbul, 1976, s.201 vd.

58 Tanzimat dönemi ceza kanunları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s.11 vd.

Özel hukuk alanındaki ilk kodifikasyon ise, ticari yaşamda kendisini gösterdi. XIX. yüzyılın ilk yarısından başlayarak Batılı ülkelerle artan ticari ilişkilerin ortaya çıkardığı sorunlar karşısında, İslam hukuku yetersiz kaldı⁵⁹. Tanzimatı doğuran en önemli nedenlerden biri olan ticari etkenler, bu alanın doğası gereği, laik ve evrensel nitelikli kurullarla düzenlenmesini zorunlu kılmaktaydı. Tanzimat dönemi ticari yaşamının gereksinim duyduğu yasa, Fransız ticaret yasasından iktibas edilerek hazırlanmış ve 1850(1266) yılında çıkarılmıştır. Bu yasaların dışında çıkarılan daha birçok yasalarla⁶⁰ Tanzimat dönemi, hızlı ve yaygın bir yasalastırma çabasına sahne oldu.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimattan önce de, örfi hukuk denilen dinötesi yasalar ve yasa derlemeleri mevcuttu. Ancak, bu yasalar genel ve kapsayıcı mahiyette olmayıp, sınırlı bazı alanlara ilişkindi⁶¹ ve çoğunlukla da, eskiden beri var olan hükümlerin toplanıp tesbit edilmesi şeklinde ortaya çıkardı⁶². Bu yasaların oluşumunda, ulema etkin bir rol oynardı. Padişahın çıkardığı yasalar, fetvalarla meşruluk kazanırdı⁶³. Tanzimat dönemindeki kodifikasyon hareketleri de bir yönüyle örfi hukuk niteliğinde olmakla birlikte⁶⁴, ondan daha farklı bir anlam taşımaktadır. Bu dönemde yasaların hazırlanışı, eskiden olduğu gibi ulemanın kontrolünde değildi. Tanzimat Fermanında da belirtildiği gibi yasalar, "*Meclisi Ahkâmı Adliye*" ve "*Babı Seraskeri Darı Şura*" denilen kurullarda hazırlanacak ve padişahın onayına

59 Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 3.bası, YKY. yay., İstanbul, 1999, s.98. ; Halil Cin/Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C.II, SÜ. yay., Konya, 1989, s.305.

60 Tanzimat döneminde kanunlaştırma hareketleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Veldet, *age.*, s.176 vd.

61 Barkan, *Osmanlı İmparatorluğunda*, s.LXIV.

62 Fatih'in Teşkilât kanunnamesinin giriş kısmındaki "Bu kanunnâme atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlâd-ı kirâmın neslen ba'de neslin bununla âmil olalar" şeklindeki ifade, kanunnamelerin daha çok, eskidenberi mevcut hükümlerin tesbit edilmesiyle ortaya çıktığını göstermektedir. Kanunnamenin metni için bkz., Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri (Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri)*, C.I, Fey Vakfı yay., İstanbul, 1990, s.317.

63 Aynı kanunnamenin 37. maddesinde "...Ekser ulemâ dahi tecviz etmiştir..." denilmek suretiyle, ulemanın onayı ve dolayısıyla kanunnamenin meşruluğu ifade edilmek istenmiştir. Akgündüz, *Kanunnameler(1)*, s.328.

64 Halil İnalcık, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", *Belleten*, C.XXVIII, Sayı:112, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1964, s.617.

sunulacaktı. Daha önce örfi hukukun doğrudan yaratıcısı konumunda bulunan padişah, bu dönemde onay makamı haline gelmiştir. Adı geçen kurullar yasaları hazırlarken; sadece şer'î hukuka uygunluğu değil, belki daha çok pratik ihtiyaçları da dikkate almak durumundaydılar.

Tanzimat dönemi yasaları, daha önceki örfî düzenlemelere nazaran daha genel ve kapsayıcı nitelikte idi. Bu yasalar, meşruluğun ölçüsü olmuştur. Padişah ve diğer devlet görevlilerinin tasarrufları, yasalara uyduğu ölçüde meşruluk kazanacaktır. Bu bakımdan “yasa” kavramı, Tanzimat hareketinin üzerinde en çok durduğu bir konu olmuştur⁶⁵.

III.Sonuç

Osmanlı Devleti'nin Tanzimat öncesi hukuksal yapısı, XIX. yüzyılda ortaya çıkan gelişmeleri karşılamaktan uzak kalmıştır. Geleneksel hukuk(İslam hukuku) ıslah edilerek, ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılayabilir hale getirmenin olanaksızlığı karşısında, Tanzimat döneminde yeni bir hukuk düzeninin temelleri atılmaya başlanmıştır. İslam hukukunun dışında oluşan ve laik karakterli olan bu hukuk düzeni, İslam hukuku ile birlikte ve aynı zamanda yürürlükte olmuştur.

Diğer yandan, devletin hukuk sistemi dinsel bir temele dayandığı için; ülke içinde yaşayan, farklı din ve mezheplere mensup birey ve toplulukların, özellikle özel yaşayışa ilişkin konularda aynı dinsel hukuka (İslam hukukuna) tabi olmaları sözkonusu değildi. Bir ülkedeki bütün bireylerin, her konuda aynı hukuka tabi olmaları, ancak o hukuk sisteminin laik karakterde olması halinde olanaklıdır. Dolayısıyla, hukuk sistemi dinsel temellere dayanan, çok etnili ve çok dinli bir yapıyı bünyesinde bulunduran bir devletin, hukuku da “çok hukuklu” olmak durumundadır. Nitekim Osmanlı hukuk düzenine baktığımızda, bu “çok hukuklu” yapıyı görmekteyiz. Şöyle ki; devletin temel yasası niteliğindeki İslam hukukunun dışında, gayrimüslim cemaatlerin (dinsel işlerde ve özel hukuk alanında) uyguladıkları kendi dinsel hukukları, kapitülasyonlar dolayısıyla uygulanan hukuk ve Tanzimatın yarattığı hukuk düzenleri aynı anda yürürlükte olmuşlardır. Bu çok parçalı ve karmaşık hukuksal yapı, devletin sonuna kadar devam etmiştir.

65 Tanör, *age.*, s.98.

VASİYETNAMELERLE İLGİLİ İHTİYAT TEDBİRLERİ VE ÖZELLİKLE VASİYETNAMENİN TENFİZİ MESELESİ

*Yrd. Doç. Dr. Cem BAYGIN**

I. GENEL OLARAK MİRASIN İNTİKALİNDE İHTİYAT TEDBİRLERİ

Mirasın intikali, her şeyden önce gerçek mirasçıların (hak sahiplerinin) imkan ölçüsünde tesbit edilmesini ve tereke mallarının kaybolmadan, kaçırılmadan, olduğu gibi hak sahiplerince elde edilmesini sağlayacak tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Söz konusu ihtiyat (koruma) tedbirleri MK.m.531-538'de ve Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzüğü'nün 29-39. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu tedbirler miras bırakanın son ikametgahı sulh hakimi tarafından re'sen veya mirasçılardan yahut ilgililerden¹ birinin talebi üzerine alınır (MK.m.531/f.1 c.1; Tüzük m.29/f.2). Ancak, miras bırakan ikametgahından başka bir yerde (mesela yaz tatili için gittiği bir şehirde) ölmüşse, ölümün vuku bulunduğu yerin sulh hakimi, durumu miras bırakanın son ikametgahı sulh hakimine bildirmekle beraber kendi dairesindeki malların (mesela müteveffanın üzerinde bulunan paraların, mücevherat eşyasının yahut yanında taşıdığı şahsi eşyaların) muhafazası için gereken tedbirleri alacaktır² (MK.m.531/f.2).

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ İlgili kavramının kapsamına, vasiyeti tenfiz memuru, vasiyet alacaklıları ve tereke alacaklıları girer (M. Kemal OĞUZMAN, Miras Hukuku, 6. Bastı, İstanbul 1995, sh.274 (49) no'lu dn.; Zahit İMRE/Hasan ERMAN, Miras Hukuku, 3. Basım, İstanbul 1995, sh.276).

² Böyle hallerde murisin öldüğü yerdeki sulh hukuk hakiminin, asıl yetkili hakim görev sahasına taşmaktan, mesela bulunması muhtemel vasiyetnameleri açmaktan kaçınması lazımdır (Nüşin AYİTER/Ahmet KILIÇOĞLU, Miras Hukuku, Ankara 1989, sh.213).

İhtiyat tedbirlerini; genel olarak tereke ile ilgili tedbirler ve vasiyetnamelerle ilgili özel tedbirler olarak iki gruba ayırmak gerekir. Genel olarak tereke ile ilgili ihtiyat tedbirleri MK.m.531-534 de düzenlenmiştir. MK.'un 531. maddesi miras bırakanın son ikametgahı sulh hukuk hakimine terekenin muhafazası ve hak sahiplerine ulaşmasını temin edecek her türlü ihtiyat tedbirini, “doğrudan doğruya” alma yetkisini tanımıştır. Bu tedbirlerden bazıları (terekenin mühürlenmesi ve defterinin tutulması, terekenin resmen idaresi gibi) sınırlayıcı olmamak üzere sayılmış³ ve müteakip maddelerde (MK.m.532, 533) açıkça düzenlenmiştir. Demek ki hakim, işin özelliği gerektiriyorsa kanunda zikredilmeyen başka tedbirler de alabilir. Bunlar terekedeki paranın, kıymetli evrakın, mücevher ve benzeri kıymetli eşyanın bir bankaya veya resmi bir mercie yatırılması, bozulması muhtemel malların satışının yapılması, terekede yer alan bir işletmeye müdür veya kayyım tayin edilmesi şeklinde çok çeşitli tedbirler olabilir⁴. Ayrıca MK.m.534 tereke üzerinde gerçek hak sahibi olanların tespitine yarayan bir tedbir öngörmüştür. Buna göre, sulh hakimi müteveffanın mirasçısı bulunup bulunmadığını bilmiyorsa veya mirasçıların tümünü bildiğinden emin değilse, yapacağı ilanla ilgilileri üç ay içinde sıfatlarını bildirmeye çağırır. Bu çağrı sonuçsuz kalırsa, tereke bilinen mirasçılara, ortada hiç bir mirasçı yoksa kanuni mirasçıların sonuncusu olan devlete teslim edilir. Fakat her halde üstün hak sahiplerinin miras sebebi ile istihkak davası açma hakları saklıdır (MK.m.534/f.2).

II. VASIYETNAMELERLE İLGİLİ ÖZEL İHTİYAT TEDBİRLERİ

A. Vasiyetname Kavramı

Ölüme bağlı tasarruf, bir kimsenin ölümünde hüküm doğurmak üzere yaptığı irade beyanıdır. Miras hukukunda, ölüme bağlı tasarruf deyimi, biri irade beyanının büründüğü şekli, diğeri de irade beyanının muhtevasını ifade

³ Kanunda kullanılan “bilhassa” ve “gibi” deyimlerinden bu tedbirlerin tahdidi olmadığı neticesine varıyoruz.

⁴ Ali Naim İNAN/Şeref ERTAŞ, Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 1995, sh.382; Necip KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, sh.565; Samim GÖNENSAY/Kemaleddin BİRSEN, Miras Hukuku, İstanbul 1956, sh.192; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.212; ayrıca bkz. İsmail ÖZMEN, Tereke Hukuku Davaları, Ankara 1991, sh.172 vd..

etmek üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Beyanın yapılış tarzı anlamında kullanıldığı zaman, “şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar” veya daha uygun ifadesiyle “ölüme bağlı tasarruf şekilleri”(Verfügungsformen)’nden bahsedilir. Böyle bir tasarrufun muhtevasını teşkil eden hususlar, diğer bir ifade ile tasarrufun içeriğinde açıklanan son arzuların türlerini (Verfügungsarten) ifade etmek için de “maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar” deyimi kullanılmaktadır⁵. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların pek çoğu bir veya bir kaç şahsı mirasta hak sahibi yapmaya yönelik olduğu halde⁶, bazıları -terekeyi ilgilendirmekle beraber- bir şahsı mirasta hak sahibi kılma niteliğine sahip değildir⁷ ve hatta bazı son arzuların tereke ile alakası dahi yoktur⁸. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar sınırlı sayıda değildir, fakat bu maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları bünyesinde barındıran ölüme bağlı tasarruf şekilleri belirlidir. Yani bir kişinin ölümünden sonra hüküm ifade edecek son arzuları karşımıza sadece iki kılıpta çıkabilir: Bunlardan biri vasiyetname (Testament), diğeri ise miras mukavelesi (Erbvertrag)’dir.

⁵ Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar yerine “geniş anlamda ölüme bağlı tasarruflar”, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar için de “dar anlamda ölüme bağlı tasarruflar” deyimi kullanıldığı da görülmektedir (İMRE/ERMAN, age., sh. 49).

⁶ Murisin bir kişiyi terekesi üzerinde hak sahibi yapan ölüme bağlı tasarruflarına “ölüme bağlı teberrular” (bağışlar) denir. Örneğin muris yaptığı bir vasiyetname ile, terekesinin tamamını yada şayi bir cüzünü (belirli bir oranını) bir kişiye bırakabilir. Bu maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufa “mirasçı nasbı”, kazandırma lehtarına da mansup (atanmış) mirasçı denir. Miras bırakan bu şahsa mirasçı nasbı söz konusu olmamak üzere, ölüme bağlı olarak belirli bir malı, daha doğru bir deyişle bir malvarlığı menfaatini talep hakkı tanırorsa bu takdirde “vasiyet” (Vermächtnis) söz konusu olur. Böyle bir ölüme bağlı teberru lehtarına da “musaleh” (vasiyet alacaklısı) denir. Miras bırakan mirasçı nasbedeceği veya mal vasiyetinde bulunacağı yerde, terekesinin tamamını veya belirli bir oranını, yahut muayyen bir malını tahsis ederek “vakıf kurma” yoluna da gidebilir.

⁷ Terekeyi ilgilendirmekle beraber, bir veya bir kaç şahsı mirasta hak sahibi kılma niteliği taşımayan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara örnek olarak, “mirastan ıskat”, “vasiyeti tenfiz memuru tayini”, “miras taksim kaidelerinin düzenlenmesi” ve “vasiyetnameden rücu” gösterilebilir.

⁸ Bir kimsenin ölüme bağlı tasarrufunda kendisi öldükten sonra çocuğuna kimin vasi olmasını isteğini bildirmesinin (MK.m.365), cenazesinin nasıl ve nereye gömüleceği hususundaki arzusunu açıklamasının tereke ile hiç bir ilgisi yoktur.

Ölüme bağlı tasarruf şekillerinden biri olan vasiyetname, bir şahsın hiç kimseye yöneltmek zorunda olmaksızın ölüme bağlı arzularını açıklamak suretiyle yaptığı tek taraflı bir hukuki işlemdir. Burada yalnız vasiyetçinin irade beyanının önemi vardır ve bunun geçerli olması ölüme bağlı teberru lehtarının kabulüne bağlı değildir⁹. Tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için, miras bırakan ölümüne kadar, yaptığı vasiyetnameden serbestçe rücu edebilir¹⁰.

Medeni Kanununun 478. maddesine göre, vasiyetname üç şekilde olabilir. Bunlar resmi vasiyetname, el yazısı vasiyetname ve şifai (sözlü) vasiyetnamedir. Kişiler resmi veya el yazısı vasiyetnameden dilediklerini seçme imkanına sahiptirler. Fakat sözlü vasiyetname ancak fevkalade bir hal dolayısıyla resmi veya el yazısı vasiyetname düzenleme imkanının bulunmadığı hallerde yapılabilir. Resmi vasiyetname, vasiyetçinin iki şahit huzurunda yetkili resmi memura düzenlettirdiği vasiyetnamedir (MK.m.479). El yazısı vasiyetname ise, bütün vasiyetname metninin baştan sona kadar, düzenleme yeri ve tarihi de dahil olmak üzere, vasiyetçinin kendi el yazısı ile yazdığı ve imzaladığı bir ölüme bağlı tasarruf şeklidir (MK.m.485). Sadece fevkalade hallerde ve diğer bir vasiyetname şekline başvurma imkanının bulunmadığı zamanlarda yapılabilen sözlü vasiyetnamede, vasiyetçinin yakın ölüm tehlikesi içinde bildirdiği son arzuları iki şahit tarafından yazılı hale getirilerek¹¹ vakit geçirmeksizin bir mahkemeye tevdi olunur veya doğrudan doğruya sözlü olarak hakime bildirilerek beyan zapta geçirilir¹². Her iki durumda da, şahitler, hakime, vasiyetname yapmaya ehil gördükleri vasiyetçinin bu son arzuları kendilerine sözlü olarak beyan ettiğini ve bu beyanının fevkalade bir hal içinde yapıldığına ifade edecek ve şahitlerin bu ifadesi de tutanakla tesbit edilecektir.

⁹ İMRE/ERMAN, age., sh.49; OĞUZMAN, age., sh.94; Bülent KÖPRÜLÜ, Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1985, sh.124 vd..

¹⁰ Miras mukavelesi, ölüme bağlı olarak yapılan iki taraflı bir hukuki işlem yani bir akit olduğundan, bundan -kanunun öngördüğü belirli haller dışında- tek taraflı olarak rücu etmek mümkün değildir.

¹¹ Miras bırakanın son arzularını içeren metin, bizzat şahitlerden biri tarafından, tarih ve mahal bildirmek suretiyle yazılmalı ve her iki şahit tarafından imza edilmelidir.

¹² Vasiyetçi görevi başında bir asker ise, teğmen rütbesinde veya daha yüksek rütbeli bir subay, mahkeme yerine kaim olur. (MK.m.487/f.2).

B. Vasiyetnamenin Tevdii

a. Genel olarak

Vasiyetnamenin tevdii, mirasçılardan tesbiti maksadıyla öngörülen özel bir ihtiyat tedbiri mahiyetindedir. Keza bununla mirasın ölüme bağlı tasarruflarının ortaya çıkarılması ve içindeki hususların tesbit edilerek ilgili kişilerin haberdar edilmesi sağlanır. MK.'un 535 ilâ 538. maddeleri arasında vasiyetnamelere ilişkin özel ihtiyat tedbirleri düzenlenmiştir. Bunlar; vasiyetnamenin tevdii (MK.m.535), vasiyetnamenin yetkili merci tarafından açılıp okunması (MK.m.536), vasiyetname içeriğinin ilgililere bildirilmesi veya tebliği (MK.m.537) ve mirasçılık belgesi verilmesi (MK.m.538) yükümlülüğüdür.

Medeni Kanunun vasiyetnamelerle ilgili olarak öngördüğü ilk tedbir, ilgililere, miras bırakanın ölümünden sonra, bulunan vasiyetnamelerin hemen sulh hakimine tevdii edilmesi mükellefiyetini yüklemiş olmasıdır. MK.m.535/f.1'e göre, vasiyetname, iptalini gerektirecek bir sakatlığı¹³ bulursa bile, derhal miras bırakanın son ikametgahı sulh hakimine tevdii olunmalıdır. Zira, hukuk sistemimize göre, muteberlik şartlarından yoksun olan vasiyetnameler dahi, iptal davası açılıp, iptal kararı alınmaya kadar geçerli bir tasarruf olarak hüküm ve sonuç meydana getireceği gibi, kanunda öngörülen müddetlerin geçmesiyle de kat'i olarak sıhhat kazanırlar. Diğer taraftan, vasiyetnamenin geçerli olup olmadığı hakkında son sözü söylemek, vasiyetname kendisine tevdi olunan son ikametgah sulh hukuk hakimine bile değil, bu konuda açılan davaya bakan hakime aittir. Bu noktanın vasiyetnameyi bulan veya saklayan kişinin takdirine bırakılmayacağı da meydandadır¹⁴. Kaldı ki, iptal edilebilir vasiyetnameler kadar, kendisinde kesin hükümsüzlük sebebi bulunan ve hatta miras bırakana aidiyeti şüpheli olan (yokluk) vasiyetnamelerin dahi tevdi edilmesi gerekir¹⁵.

MK.m.536/f.2'ye göre, müteveffa, birden fazla vasiyetname bırakmış ise hepsi son ikametgahı sulh mahkemesine verilir ve orada açılır. Birden fazla

¹³ Mesela el yazısı vasiyetnamenin tanzim yeri ve tarihini muhtevi olmaması, resmi vasiyetnamede şahitlerin imzası bulunmaması, müteveffanın vasiyetname yoluyla tasarrufta bulunduğu esnada ehil olmadığının bilinmesi, şifâi vasiyetnamede son arzuların sözle açıklanması sırasında her iki şahidin birlikte hazır bulunmaması gibi.

¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.575.

¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.576.

vasiyetnamenin bulunması halinde, miras bırakan, sonraki vasiyetname ile önceki vasiyetnamesinden açıkça rücu etmiş olabilir (MK.m.489) veya sonraki vasiyetnamede öncekinden rücu edildiği belirtilmeden yeni bir takım ölüme bağlı tasarruflar yapılmış olabilir (MK.m.491). Birinci ihtimalde önceki vasiyetname kendiliğinden hükümsüzleşir. Ancak buna rağmen tevdi edilmesi gerekir. Zira rücu için yapılan vasiyetname muteberlik şartlarına haiz değilse ilgililer tarafından iptal ettirilebilir ve bu takdirde rücu edilen önceki vasiyetname yürürlüğe girer. İkinci ihtimalde ise, sonraki vasiyetnamenin öncekini tamamladığının şüphesiz olduğu hallerde önceki vasiyetname de varlığını sürdürecektir. Fakat sonraki vasiyetnamenin öncekini şüphe götürmez şekilde tamamladığı söylenemiyor ya da iki vasiyetname bağdaştırılamıyor ve hükümleri açıkça birbiriyle çelişiyorsa sonraki vasiyetname ile öncekinden rücu edildiği kabul edilecektir¹⁶. İşte kanun koyucu bütün bu varyasyonların değerlendirilebilmesi için ölümden sonra ortaya çıkan vasiyetnamelerin hepsinin tevdiini emretmiştir.

Tevdi mükellefiyeti, vasiyetnameyi düzenlemiş olan veya muhafaza eden resmi memurlara yükletilmiş olduğu gibi, vasiyetçinin vasiyetnamenin saklanması kendisine bıraktığı özel kişilere ve vasiyetnameyi miras bırakanın evrakı arasında bulan şahıslara da yükletilmiştir (MK.m.535/f.2). Ancak buradaki, “evrakı arasında” ifadesini dar yorumlamamalıyız. Vasiyetnameyi başka bir yerde bulan yahut murisin vasiyetname niteliğindeki bir mektubunu almış olan herkes tevdi ile yükümlüdür¹⁷.

b. Tevdi usulü

Resmi vasiyetnameler, ister sulh hakimliğinde, ister noterde, isterse bu işle görevlendirilmiş memur (konsolos¹⁸ veya tapu sicil müdürü) huzurunda düzenlenmiş olsun, bunların bir örneği söz konusu merciler tarafından saklanmak zorundadır. Sulh hakimi, noter veya ilgili görevli memur, vasiyetnameyi düzenledikten sonra, vasiyetçinin nüfusa kayıtlı olduğu yere bir yazı göndererek, ilgilinin kendilerinde saklı bir vasiyetnamesinin bulunduğunu, şahsın ölümü halinde durumun derhal kendilerine bildirilmesini ve bu keyfiyetin vasiyetçinin nüfusuna şerh verilmesini

¹⁶ OĞUZMAN, age., sh.176,179; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.231 vd.; İNAN/ERTAŞ, age., sh.144,145; İMRE/ERMAN, age., sh.90 vd..

¹⁷ AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.215.

¹⁸ Noterlik Kanunu m.191 gereğince, “yabancı memleketlerde noterlik işleri, konsoloslar tarafından görülür”.

isterler. Nüfus müdürü veya memuru vasiyetçinin nüfusuna bu şerhi verdikten sonra, ölümün kendisine bildirilmesi üzerine durumu derhal vasiyetnamenin muhafaza edildiği sulh mahkemesine, notere veya ilgili memura bir yazıyla bildirir ve ölüm kaydı işlenmiş nüfus kayıt örneğini de birlikte gönderir. Böylece vasiyetçinin ölümünden haberdar olan sulh hakimi, noter veya ilgili memur, kendisinde saklı olan vasiyetnamenin onaylı bir örneğini doğrudan doğruya veya Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla miras bırakanın son ikametgahı sulh hakimine ivedi olarak gönderir. Uygulamada resmi vasiyetnameler daha ziyade noterler tarafından düzenlendiği için, bu noktada 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasına göre işlem yapılmaktadır. Buna göre, "Noterler, nüfus idaresi tarafından ölümün ihbarı veya resmi bir belge ile ispatı halinde, yetkili sulh hakimine verilmek üzere dairelerinde saklı bulunan vasiyetnamelerin onaylı örneklerini Cumhuriyet Savcılığına tevdi ederler". Savcılık da yapacağı tahkikat sonunda miras bırakanın son ikametgahı sulh mahkemesini tesbit edip vasiyetnameyi oraya gönderir.

Miras bırakan tarafından tanzim edilmiş el yazısı vasiyetnameler de açık veya kapalı olarak hıfzedilmek (saklanmak) üzere sulh hakimine veya noter veya memura teslim edilebilir. Noterlik Kanunu m.69/f.1 gereğince "Noterler açık veya kapalı olarak verilen vasiyetnameleri"¹⁹ saklarlar ve buna dair bir tutanak düzenlerler...". El yazısı vasiyetnamenin saklanmak üzere resmi bir makama teslim edilmesi, hem vasiyetnamenin bulunmasına, bilinmesine, yok olmamasına hem de sonradan bundan zarar gören mirasçılar tarafından imha veya tahrif edilmesine karşı yerinde bir tedbirdir.²⁰ Saklanmak üzere kanunda öngörülen resmi makama teslim edilen el yazısı vasiyetnamelerin tevdi hakkında resmi vasiyetnameler için izah edilen usul uygulanır. Vasiyetçi, el yazısı vasiyetnamenin mevcudiyetinin dahi gizli kalmasını arzulamış ve bunu resmi bir makama teslim etmemişse, böyle bir vasiyetnameyi elinde bulunduran mirasçıları, yakınları, dost ve ahabları yahut müteveffanın eşyası arasında bulan veya başka bir suretle ele geçiren her şahıs, ölümü öğrenir öğrenmez bunu son ikametgah sulh hakimine götürerek tevdi etmelidir.

¹⁹ Burada kastedilen el yazısı vasiyetnamelerdir.

²⁰ KÖPRÜLÜ, age., sh.160.

Sözlü vasiyetnamelerde şahitler, vasiyetçinin son arzularını, gerek yazılı gerekse sözlü olarak herhangi bir mahkemeye bildirebilirler²¹. Eğer bu mahkeme vasiyetçinin son ikametgahı sulh mahkemesi değilse, sözlü vasiyetleri muhtevi tutanakların söz konusu mahkemece doğrudan doğruya veya Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla derhal vasiyetçinin son ikametgahının bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesine gönderilmesi gerekir (Tüzük m.39/f.1).

c. Tevdi mükellefiyetinin miras mukaveleleri hakkında uygulanabilirliği

Vasiyetnamenin tevdi mükellefiyeti, bütün vasiyetname tipleri için öngörülmüştür. Ancak Medeni Kanunumuz diğer ölüme bağlı tasarruf şekli olan miras mukaveleleri için tevdi mükellefiyetine -ve aşağıda incelenecek olan açılma prosedürüne- yer vermemiştir. Bunun sebebi; miras mukavelelerinin iki taraflı bir hukuki işlem olması ve dolayısıyla bununla mirasçı nasbedilen veya lehine vasiyet yapılan tarafın zaten bu ölüme bağlı teberruların varlığını bilmesi ve elinde nasıl olsa, resmi vasiyetname şeklinde düzenlenen miras mukavelesinin bir örneğinin bulunmasıdır. Burada teberru lehtar, karşı âkidin ölümünden sonra, miras mukavelesinden doğan haklarını bizzat koruyabilecek konumdadır²². Bu gerekçelere istinaden miras mukavelelerinde tevdi ve açılma ile ilgili hükümler uygulanmaz denebilir²³. Ne var ki, en azından şu iki halde, bu düşüncelere rağmen miras mukavelelerinde de bir tevdi ve açılma prosedürüne başvurma ihtiyacı kendini gösterebilir:

Bu hallerden birincisi, miras mukavelesinin üçüncü kişi lehine yapılmış olmasıdır. Üçüncü kişi lehine yapılmış miras mukavelelerinde, miras bırakan karşı taraf ile yaptığı sözleşmeyle, bir üçüncü kişiyi mirasçı atamakta ya da vasiyet alacaklısı tayin etmektedir. Örneğin, miras bırakan (M), (A) ile yaptığı bir miras mukavelesi ile (Ü)'yü terekesinin 1/4'ü için mirasçı atayabilir ya da terekesinde bulunan iki halı için vasiyet alacaklısı yapabilir. Burada üçüncü kişinin işleme katılmasına gerek olmadığı gibi, bu işlemden

²¹ OĞUZMAN, age., sh.128 (219) no'lu dn.; bu mahkeme en kolay ve çabuk ulaşılabilecek mahkeme olup, yabancı ülke mahkemesi de olabilir (İNAN/ERTAŞ, age., sh.142 (83a) no'lu dn.).

²² AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.215.

²³ Bkz. GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.200,201.

haberdar dahi olması gerekmez²⁴. Şu halde durumdan hiç haberi olmayan ve elinde miras mukavelesinin bir örneği de bulunmayan (Ü)'nün korunması için bir tedbire ihtiyaç olduğu açıktır.

İkinci hal ise, miras mukavelesinde yer alan ve onun tek tarafı muhtevasını teşkil eden tasarruflarla ilgilidir. Zira vasiyeti tenfiz memuru tayini, mirastan ıskat, evlilik dışı çocuğun tanınması ve vakıf kurma gibi nitelikleri itibariyle tek tarafı dönme imkanının saklı tutulması gerektiği kabul edilen ölüme bağlı tasarruflar bir miras mukavelesi içinde yer alsalar dahi miras mukavelesinin bunlara ilişkin kısmı vasiyetname hükmündedir²⁵. Şu halde, miras mukavelesinde yer almış bir vasiyetname niteliğini taşıyan bu gibi tasarruflara MK.m.535 vd. hükümlerinin uygulanması, vasiyetnameden söz açan bu maddelerin lafzına ve ruhuna aykırı düşmeyecektir²⁶.

Ayrıca Medeni Kanun'un 535. maddesinde yalnız vasiyetnamelerin sulh mahkemesine tevdi mükellefiyetinden bahsedildiği halde, Noterlik Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında, ".....vasiyetnamelerin ve noterlikçe düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruf senetlerinin onaylı örneklerinin....." tevdi edileceği belirtilmektedir. Noterlik Kanunu'nda zikredilen "**noterlikçe düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruf senetleri**" deyimini, hem vasiyetnameleri hem de miras mukavelelerini kapsar niteliktedir. O halde bu düzenlemeye istinaden bütün miras mukavelelerinin tevdi edilmesi gerektiği dahi iddia edilebilir. Ancak bu düzenlemeden, vasiyetnamelerin tevdi ve açılmasına ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya miras sözleşmelerine de uygulanabileceği sonucunun çıkarılamayacağı ileri sürülürse, hiç olmazsa, miras sözleşmelerinin tevdi yönünden bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilerek, bu yasa boşluğunu vasiyetnameler hakkındaki kuralları kıyas ederek doldurmak gerekir. Kaldı ki, İsviçre'de kantonlardan bir bölümü, miras mukavelelerinin de ilgililerce tevdi edilerek açılmalarının istenebileceğini kabul etmişlerdir²⁷. Böyle bir kabul, miras mukavelesi ile mirasçı nasbedilmiş olan şahsın vaktinde miras bırakanın

²⁴ Mustafa DURAL, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980, sh.31.

²⁵ OĞUZMAN, age., sh.130; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.258.

²⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.577; İNAN/ERTAŞ, age., sh.390.

²⁷ Selim KANETİ, Tapu Uygulamaları Açısından Miras Hukuku Sözleşmeleri, İÜHF.M., C.XLVIII-XLIX, Sa.1-4, İstanbul 1983, sh.103,104.

ölümünden haberdar olamaması halinde, mahkeme tarafından alınacak tedbirlerle hak ve menfaatlerinin korunmasına da hizmet edecektir²⁸.

d. Tevdii etmemenin hukuki sonuçları

Vasiyetname elinde bulunan şahıs bunu hakime tevdi etmekten kaçınırsa, hakim bu şahsa vasiyetnameyi teslim etmesini emredebilir ve gerekirse bunu tevdi zorlayabilir²⁹.

Tevdi mükellefiyetini yerine getirmeyen mirasçılar ve musalehler MK.m.520/b.4 gereğince mirastan mahrum olurlar. Gerçekten, miras bırakanın artık bir daha yeniden yapamayacağı bir hal ve zamanda ölüme bağlı tasarrufunu kasten ve hukuka aykırı olarak gizlemek bir mahrumiyet sebebi teşkil eder. Bu mahrumiyet sebebinin söz konusu olabilmesi için gizlenen vasiyetnamenin muteberlik şartlarını haiz veya hata, hile tehdit, şekil noksanı, ehliyetsizlik vs. gibi sebeplerle iptal edilebilir bir tasarruf olması gerekir. Her ne kadar, yok sayılan veya kesin olarak hükümsüz bulunan vasiyetnameler de tevdi edilmek zorundaysa da, bunların gizlenmesi mahrumiyete sebep teşkil etmez³⁰.

MK.m.535/f.2'nin mehzamını teşkil eden ZGB. m.536/f.2, tevdi ile mükellef olanların "kendi şahsi mesuliyetleri altında" tevdi mecburiyetinde bulduklarını ifade etmektedir. Medeni Kanunumuzda bu yönde açık bir hüküm bulunmaması itibariyle vasiyetnamenin tevdi edilmemesinden veya geç tevdi edilmesinden dolayı ilgililerin düçar olacağı zarar ve ziyanın, tevdi ile mükellef olanlara tazmin ettirilmesi hususu tereddüt uyandırabilir. Ancak bu durumun bir yanılma ve tercüme eksikliği sonucu meydana geldiği ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri gereğince aynı mesuliyet kuralının hukukumuz bakımından da mevcut bulunduğu söylenebilir³¹. Zira burada, doğrudan doğruya kanundan doğan bir borcun ihlali söz konusudur. Buna göre, vasiyetnamenin tevdi edilmemesi veya geç tevdi edilmesi nedeniyle bir zarar ve ziyan meydana gelmişse, bu zarar ve ziyana sebebiyet verenler,

²⁸ Bkz. Nuri ÜLGENALP, Adliye Dergisi, Y.35, Ekim 1944, Sa.10, sh.844.

²⁹ İMRE/ERMAN, age., sh.282.

³⁰ OĞUZMAN, age., sh.268; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.538.

³¹ Nitekim 1984 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı m.519/f.2, mehaz kanuna uygun şekilde, tevdi mükellefiyetine uymayanların bu yüzden doğacak zarardan sorumlu olduklarını ifade etmektedir. 1998 tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısı m.595/f.2 hükmü de aynı yöndedir.

BK.m.96 vd. ile vekalet akdine ilişkin BK.m.386 vd. hükümleri kıyasen uygulanarak sorumlu tutulabilir³². Ayrıca vasiyetnameyi tevdi etmekle mükellef olan mirasçılar, musalehler ve üçüncü şahıslar, durum ve şartların özelliklerine göre, Türk Ceza Kanunu'nun 508 ve 509. maddelerinde düzenlenen "emniyeti suiistimal" ve 348. maddede düzenlenen "evrakta sahtekarlık" suçları için öngörülen cezalarla da cezalandırılabilir³³.

C. Tereke Malları Üzerindeki Zilyetliğin Tanzimi

Vasiyetnamenin veya vasiyetnamelerin (MK.m.536/f.2) kendisine tevdi edilmesi üzerine, sulh hakimi imkan olduğu takdirde ilgilileri de dinledikten sonra, tereke malları üzerindeki zilyetliğin kime bırakılacağı hususunda karar verir (MK.m.535/f.3). Burada sözü edilen zilyetlik tereke üzerindeki fiili hakimiyet anlamındaki gerçek zilyetliktir. Yoksa hukuki sonuçları itibarı ile zilyetlik, MK.m.539 gereğince, mirasın açıldığı anda bütün mirasçılara geçmiştir³⁴. Hakim terekenin geçici zilyetliğini tanzim ederken iki şıktan

³² İNAN/ERTAŞ, age., sh.388; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.576; bu sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi hükmüne dayandıran yazarlar da vardır (GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.201 (1) no'lu dn.).

³³ İNAN/ERTAŞ, age., sh.389.

³⁴ MK.m.539/f.1 c.2 gereğince, kanuni istisnalar saklı kalmak üzere kanuni ve mansup mirasçılar, miras bırakanın aynı haklarını alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını ve taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya iktisap ederler. Mirasçıların bu tarzda, kanun icabı zilyetlik iktisapları, istisnai bir iktisap tarzıdır. Zira bu durumda, mirasçıların zilyet olabilmeleri için ne eşya üzerinde fiili hakimiyeti ele geçirmeleri ne de zilyetlik iradesine sahip olmaları aranmaktadır; fiili hakimiyet ve zilyetlik iradesi henüz gerçekleşmeden onlar terekeye dahil mal ve haklar üzerinde kanun uyarınca (ipso jure) zilyet olmaktadır. Bu suretle, miras bırakanın ait bütün mal ve haklar gibi, yalın, asli ve fer'i zilyetliklerin tümü, mirasın açılması ile birlikte, fiili hakimiyet ve irade unsuru dahi gerçekleşmeden mirasçılara intikal etmektedir. Şu halde mirasçılar mirasın açıldığını bilmeseler dahi mirasın ölümü üzerine, onun zilyetliğindeki malların zilyedi sayılırlar. Onun için bu tür zilyetliğe "farazi zilyetlik" (possession fictive) denilmektedir (Bkz. M. Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, sh.72; Mehmet ÜNAL, Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1994, sh.118). Mansup mirasçılar da mirasın miras bırakanın ölümü ile iktisap ederler. Tereke genellikle kanuni mirasçıların fiili hakimiyetinde bulunduğu için, MK.m.539/f.2 hükmünde, kanuni mirasçıların mansup mirasçılara düşen miras zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

birini seçmek zorundadır: Terekenin kanuni mirasçılara teslimine karar vermek³⁵ veya resmen idaresini emretmek³⁶. Burada hakimin kararı geçici mahiyettedir ve umumiyetle vasiyetnamenin açılıp mansup mirasçılardan mirasçılık belgesi elde etmelerine kadar hüküm ifade eder. Ancak hakim, özellikle vasiyetnamenin muhtevasını öğrendikten sonra bu konudaki kararını değiştirebilir.

Kanun vasiyetnamenin tevdi üzerine hakime, kanuni mirasçılardan tereke mallarına geçici olarak el koymalarına müsaade yahut resmi idare şıklarından birini tercih etme hususunda bir direktif göstermemiştir. Kanaatimizce, hakimin bu iki şıktan birini tercih ederken, kanuni mirasçılardan ne dereceye kadar itimada değer olduklarını ve vasiyetnamenin, lehlerine teberru yapılan kimselere bahsettiği hakların kapsam ve önemini nazarı itibara alması gerekir³⁷. Özellikle ölüme bağlı tasarrufla, kanuni mirasçılardan birinin mirastan uzaklaştırıldığı veya en azından bir kişinin mirasçı nasbedildiği hallerde hakimin resmen idareye karar vermesi uygun olur³⁸.

D. Vasiyetnamenin Açılması

Miras bırakanın son ikametgahı sulh hakimi, vasiyetnamenin kendisine tevdi edildiği tarihten itibaren en geç bir ay içinde vasiyetnameyi açar (MK.m.536/f.1; Tüzük m.36/f.1). Ancak, vasiyetçinin öldüğüne dair kesin delil mevcut olmadan vasiyetname verilmişse, bu delilin sağlanmasına kadar vasiyetnamenin açılması geri bırakılabilir (Tüzük m.36/f.1 c.2). Birden fazla vasiyetnamenin bulunması halinde bir aylık süre son tevdi gününden itibaren

³⁵ Çoğu kez, tereke esasen kanuni mirasçılardan fiili iktidarı altında bulunacağından, hakimin buradaki kararı, onların mevcut fiili iktidarının devamını sağlayan bir karar niteliğinde olacaktır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.577 (41) no'lu dn.).

³⁶ Sulh hakimi terekenin resmen idaresine karar verince, bu işi görececek bir resmi idare memuru tayin etmesi lazımdır. Miras bırakan bir vasiyeti tenfiz memuru tayin etmişse, resmen idare ona tevdi edilir (MK.m.533/f.2). Miras bırakan vesayet altında bulunuyor idiyse, vasisi terekeyi resmen idareye memur edilecektir (MK.m.533/f.3). Ancak olayın özellikleri gerektiriyorsa, hakim bunların dışında bir kişiyi de terekeyi resmen idare etmekle görevlendirebilir.

³⁷ GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.202.

³⁸ Bkz. OĞUZMAN, age., sh.278 (64a) no'lu dn..

işlemeye başlar³⁹. Eğer bir vasiyetname tevdi edilip açıldıktan sonra, ikinci bir vasiyetname ortaya çıkmışsa, bunun da Medeni Kanun ve ilgili Tüzük hükümlerine göre ayrıca açılması gerekir⁴⁰.

Vasiyetnamenin açılmasından maksat, sulh hakimi tarafından mirasçılar veya mirasçılardan mümessilleri huzurunda vasiyetnameyi ihtiva eden kapalı veya mühürlü zarfın açılarak vasiyetname içeriğinin okunmasıdır. Şayet vasiyetname açık olarak tevdi olunmuşsa, açılma, vasiyetnamenin mirasçılar huzurunda okunmasına inhisar eder⁴¹. Bu sebeptendir ki, sulh hakimi vasiyetnamenin açılma gününü tesbit ettikten sonra adresi bilinen veya bilinmesi mümkün olan mirasçıları, uygun göreceği usulle, vasiyetnamenin açılacağı gün ve saati belirterek davet eder. Bu çağrı mirasçıların belirtilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını mümkün kılacak süreye uyulmak suretiyle yapılır (Tüzük m.36/f.2 c.2).

Kanuni mirasçılar, vasiyetçinin nüfusa kayıtlı olduğu yer tesbit edilerek ilgili nüfus müdürlüğünden müteveffanın nüfus kaydı, varsa alt soyu ile üst soyunu gösterir ve tüm mirasçıları içerir biçimde aile nüfus tablosu celp edilerek saptanır. Kimliği saptanan kanuni mirasçılardan adresleri belli olmayanların adresleri zabıta marifetiyle araştırılır. Vasiyetname açık olarak tevdi edilmişse sulh hakimi vasiyetname münderecatını öğrenmiş olacağından, eğer varsa mansup mirasçılar da davet edilir. Buna karşı vasiyet alacaklılarının davet edilmesi söz konusu değildir. Hakim onları kendilerini ilgilendiren ölüme bağlı tasarruftan yazılı olarak haberdar eder⁴².

Hakim, davet edilen günde gelen mirasçılar huzurunda vasiyetnameyi açar. Davete rağmen hiç bir mirasçı gelmemiş olsa dahi vasiyetname açılır (Tüzük m.36/f.3). Açılan vasiyetname okunur ve bu durumu tesbit eden bir tutanak düzenlenir ve hakim, zabıt katibi ve hazır bulunan ilgililerce imzalanır (Tüzük m.36/f.4). Vasiyetname resmi şekilde düzenlenmemişse, metnine imzasına ve tarihine dokunmayacak bir yerine, okunduğu tarih

³⁹ İMRE/ERMAN, age., sh.283; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.202.

⁴⁰ Müteveffa açık bir rücu kaydını havi olmayan birden fazla vasiyetname bırakmış ise, vasiyetnamelerin birbirleri ile telifi kabil olup olmadığı yani sonraki vasiyet ile öncekinden rücu edilip edilmediği açılma merasimi esnasında değil, müstakilen halledilecek bir meseledir (GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.203).

⁴¹ GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.202; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.578; İNAN/ERTAŞ, age., sh.389.

⁴² İMRE/ERMAN, age., sh.283; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.578.

yazılmak ve hakim, zabıt katibi ve hazır bulunan ilgililerce imza edilip okunaklı şekilde mahkeme mührü basılmak suretiyle durum tesbit edilir. Vasiyetnamenin kağıdında elverişli yer yoksa altına bir kağıt yapıştırılır ve bu işlem, yapıştırılan kağıtta yapılır. Kağıtların yapıştırılma yeri, yeteri kadar okunaklı mahkeme mührü ve hakimin imzası ile tesbit edilir (Tüzük m.36/f.5). Açılan vasiyetname, hakim tarafından emin bir yerde saklanır (Tüzük m.36/f.6).

Hemen belirtelim ki, Kanunda ve Tüzükte gösterilen açılma prosedürüne uyulmamış olması, hiç bir şekilde vasiyetnamenin geçerliliği üzerinde etkili olmaz. Bunlar birer düzen hükmünden ibarettir⁴³.

E. Vasiyetname Suretinin Tebliği

Vasiyetnamenin açılmasından sonra, “mirasta hak sahibi olanların her birine masrafı terekeye ait olmak üzere, vasiyetnameden kendilerine taalluk eden kısımların resmi bir sureti hakim tarafından tebliğ edilir”⁴⁴ (MK.m.537/f.1). İkametgahi bilinmeyenlere bu tebligat ilan yolu ile yapılır⁴⁵ (Tüzük m.37). Tüzüğün konuya ilişkin 37. maddesinde özellikle kendisine tebligat yapılacak kişilerin çevresi bakımından oldukça daraltıcı bir ifade kullanılmaktadır. Buna göre, “vasiyetnamenin açılmasından sonra, lehlerine vasiyet yapılmış veya mirasçı tayin edilmiş olan herkese vasiyetnamenin bu hususa dair hükümlerini ihtiva eden bir örneği, başvurmaları beklenmeksizin, masrafı terekeye ait olmak üzere, tebliğ olunur”. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, sadece mansup mirasçı ve vasiyet alacaklısı tayin edilenlere değil, mirasta hak sahibi olan herkese, bu meyanda

⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.579.

⁴⁴ “Vasiyetname örneğinin mirasçı veya ilgililere tebliği gerekir. Bu suretle kanun koyucu, vasiyetnamenin şekil yönünden ve içindekiler bakımından incelenmesini mümkün kılmak istemiştir. Dosyaya göre temyiz eden mirasçı (E)’ye açıklanan şekilde ve geçerli bir tebligat yapılmadığı görülmüştür. Bu bakımdan mirasçılara ve varsa diğer ilgililere yukarıda yazılı olduğu gibi bir tebliğ yapılmadan tenfize karar verilmiş olması bozmayı gerektirir” Yarg. 2. HD.’nin 11.12.1972 T., E.7425 / K.7018 sayılı kararı (bkz. Esat ŞENER, Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh), Ankara 1988, sh.1321,1322).

⁴⁵ Bu ilanda, vasiyetname münderecatının özet olarak belirtilmesi ve daha fazla bilgi sahibi olmak isteyen ilgililerin mahkemeye müracaatla vasiyetnamenin aslını tetkik edip onaylı suretini alabileceklerinin bildirilmesi yeterlidir (GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.204).

kanuni mirasçılara ve varsa vasiyeti tenfiz memuruna, mirası resmen idareye memur edilen kişiye, ölüme bağlı tasarruf lehtarının vasisine, mirastan ıskat edilene ve mükellefiyet lehtarlarına da tebligat yapılması gerekir^{46,47}. Ayrıca, kanunun aksi yöndeki lafzına rağmen, mirasta hak sahibi olanlara vasiyetnamenin yalnız kendilerini ilgilendiren kısmı değil, tümünün örneği tebliğ olunmalıdır⁴⁸. Zira vasiyetname suretinin tebliğinden maksat, ilgililere tenkisi veya iptali mucip bir sebep olup olmadığının incelenmesi imkanı bahşetmektir⁴⁹. Bu amaca da ancak bütün vasiyetname suretinin tebliği ile ulaşılabilir. Hatta birden fazla vasiyetnamenin bulunduğu hallerde, önceki tarihli vasiyetname ile mirasta hak sahibi kılınan kişilere sadece kendilerini ilgilendiren vasiyetname örneğinin değil, sonraki tarihli vasiyetname suretinin de tebliğ edilmesi gerekir. Çünkü MK.m.538, önceki tarihli bir vasiyetname ile lehine teberru yapılan kişilere, sonraki tarihli vasiyetname ile atanan mirasçılarının mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin istemlerine karşı bir ay içinde itiraz etme imkanı tanımıştır.

F. Vasiyetname İle Mirasçı Nasbedilenlere Mirasçılık Belgesi Verilmesi

Vasiyetnamenin MK.m.537 uyarınca tebliğinden itibaren bir ay geçtikten sonra⁵⁰, bu vasiyetname ile nasbedilen mirasçı⁵¹, eğer bu süre içinde kanuni

⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.579; İNAN/ERTAŞ, age., sh.389 (121) no'lu dn..

⁴⁷ Evlilik dışında doğan bir çocuk vasiyetname ile tanındığı takdirde, vasiyetnameyi açan sulh hakimi, bir hafta içinde vasiyetnamenin onaylı suretini babanın veya çocuğun aile kütüklerinin yazılı bulunduğu yer nüfus memurluğuna göndermek zorundadır (MK.m.291/f.2; Nüfus Kanunu m.30).

⁴⁸ Aynı kanaatte Hüseyin Avni GÖKTÜRK, Miras Hukuku, Ankara 1937, sh.95.

⁴⁹ Şakir BERKİ, Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları (III), AÜHFD., C.XXXI, Y.1974, Sa.1-4, sh.205.

⁵⁰ Bu bir aylık süre, MK.m.537 gereğince yapılacak tebligatın ilgiliye ulaşmasından itibaren işlemeye başlar ve dolayısıyla her bir mirasçı için ayrı ayrı hesaplanmak gerekir (İMRE/ERMAN, age., sh.288; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.584 (20) no'lu dn.).

⁵¹ Vasiyet alacaklıları ile mükellefiyet lehtarları kendilerine bir mirasçılık belgesi verilmesini isteyemezler (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.580 (5) no'lu dn.; İNAN/ERTAŞ, age., sh.392).

mirasçılar veya daha önceki bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçı nasbedilenler tarafından mirasçılık sıfatına ve hakkına itiraz edilmemişse⁵², sulh hakiminden, kendisine mirasçılık belgesi⁵³ (veraset senedi) verilmesini talep edebilir (MK.m.538). Bu talep, vasiyetnameyi açan sulh hakimine (miras bırakanın son ikametgahı sulh hakimine) yapılmak gerekir.

Vasiyetname ile mirasçı atanan kişilere mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin MK.m.538 hükmünün uygulanmasında karşımıza şu üç ihtimal çıkabilir:

- Kanuni mirasçılar veya önceki bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçı nasbedilen kişiler vasiyetname suretinin kendilerine tebliğinden itibaren işleyecek bir aylık süre içinde hiç seslerini çıkarmaz ve susarlarsa, mansup mirasçıya (veya mirasçılara) talepleri üzerine mirasçılık belgesi verilir. Bu durumda susan kanuni mirasçıların süresi içinde iptal, tenkis ve miras sebebi ile istihkak davası açma hakları mevcuttur.

- İtiraza hakkı olanlar bir aylık süre içinde mansup mirasçıların haklarını tanımış veya kabul etmişler ise, bu halde evleviyetle, mansup mirasçıya mirasçılık belgesi verilecektir. Şu var ki, mansup mirasçının hakkını kabul eden mirasçılar, bu yöndeki iradelerinin hata, hile veya tehdit sebebiyle fesada uğradığını iddia ve ispat etmedikçe, iptal, tenkis veya miras sebebi ile istihkak davası açamayacaklardır.

- Kanuni mirasçılar veya önceki bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçı nasbedilenler, bir aylık süre içinde, iptal veya tenkis davası açmış ya da sulh hakimine vasiyetnamenin şekil noksanı ile malul olduğu, miras bırakanın vasiyetname yapma ehliyetinin olmadığı, mahrumiyeti gerektiren bir sebep bulunduğu veya mirasçı nasbının mahfuz hisseyi ihlal ettiği vs. şeklinde bir itirazda bulunmuşlarsa mansup mirasçılara mirasçılık belgesi verilemez (Tüzük m.38/f.1). İtiraza hakkı olanlardan sadece birinin dahi itiraz etmiş olması mirasçılık belgesi verilmesine engel olur. Ancak vasiyetnameye itiraz eden mirasçılar, bir yıl içinde iptal veya tenkis davası açmazlarsa, Medeni

⁵² "Açılmasından itibaren bir ay içinde itiraza uğramayan vasiyetnameyle tayin edilen mirasçı mahkemeden mirasçılık belgesinin verilmesini isteyebilir. Vasiyetnameye yasal süresi içinde itiraz edilirse bunun sonuçlanmasına kadar mirasçılık belgesi verilemez" Yarg. 2. HD.'nin 10.3.1999 T., E.14396/K.2102 sayılı kararı (YKD., C.25, Sa.7, Temmuz 1999, sh.906).

⁵³ Mirasçılık belgesine bunu talep edenin miras hakkı yazılacağı gibi, mahkemece bilinen diğer mirasçıların ve münferit miras hisselerinin burada gösterilmesi gerekir.

Kanunun 538. maddesinin son fıkrası hükmü⁵⁴ yazılmak suretiyle bir mirasçılık belgesi verilir⁵⁵. Ayrıca açılan iptal veya tenkis davası red olunursa, bu hükmün kesinleştiğini sulh mahkemesine bildiren mansup mirasçıya, sulh mahkemesince, mirasçılık belgesi verilir (Tüzük m.38/f.2).

Mansup mirasçıya MK.m.538 gereğince bir mirasçılık belgesi verilmesinin en önemli sonucu; MK.m.535/f.3'e istinaden, terekenin geçici zilyetlik durumu ile ilgili olarak sulh hakimince alınmış bulunan tedbirlerin sona ermesi ve terekenin mansup mirasçıya teslim edilmesidir⁵⁶. Tereke o zamana kadar resmen idare edilmiş bulunuyorsa, mirasçılık belgesini alan mansup mirasçı doğrudan doğruya sulh hakiminden tereke zilyetliğinin kendisine geçirilmesini isteyebilecektir. Buna mukabil tereke kanuni mirasçıların zilyetliğinde bulunuyorsa, mansup mirasçının onlara başvurması ve talebi yerine getirilmezse bir miras sebebi ile istihkak davası açması gerekecektir.

Nizasız kaza sonucu alınan mirasçılık belgesi, bir miras hakkı yaratmaz, sadece, aksi ispat edilinceye kadar mirasçılık durumunu tesbit eden bir resmi senet mahiyetindedir ve mirasla ilgili işlerde mirasçılığı ispat imkanı verir⁵⁷. Veraset belgesi alan mirasçının tereke malları üzerindeki zilyetliğe bağlı olarak, tereke alacaklarını talep ve tahsil etmek, terekede yer alan gayri menkullerin kendi adına tapuya tescil muamelelerini yapmak ve tereke malları üzerinde tasarrufta bulunmak yetkisi vardır⁵⁸.

⁵⁴ MK.m.538/c. son da "her nevi butlan ve miras sebebi ile istihkak davaları hakkı mahfuzdur" ifadesi yer almaktadır.

⁵⁵ Bu ihtimalde, itiraz eden mirasçının iptal veya tenkis davası açma hakkının MK.m.501 ve 513 gereğince, prensip olarak, zamanaşımına uğradığı ve bu sebeple itirazın hükümden düştüğü esasından hareket edildiği anlaşılıyor (KOCA YUSUF PAŞA OĞLU, age., sh.585).

⁵⁶ Kanuni mirasçılar ya da önceki tarihli bir ölüme bağlı tasarruftan dolayı üstün hak sahibi olduğunu iddia eden kimseler tarafından yapılan itiraz nedeniyle, mansup mirasçıya mirasçılık belgesi verilmediği takdirde, terekenin zilyetliği bakımından, MK.m.535/f.3 gereğince alınmış bulunan tedbir (kanuni mirasçıların zilyetliği veya resmen idare) devam edecektir.

⁵⁷ OĞUZMAN, age., sh.282; İNAN/ERTAŞ, age., sh.395; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.217.

⁵⁸ İMRE/ERMAN, age., sh.289.

III. VASIYETNAMENİN TENFİZİ MESELESİ

A. Tenfiz Kavramı

Tenfiz sözcüğü öztürkçe değildir. Arapça nüfuz sözcüğünden türetilmiştir; “hükmünü yerine getirme, uygulama, infaz etme” anlamına gelir.

Vasiyetnamenin tenfizi ise, vasiyetçinin son istek ve arzularının gerçekleştirilmesi, diğer bir deyişle, vasiyetnamede yer alan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların yerine getirilmesi için gerekli edimlerin ifasına verilen isimdir⁵⁹.

Medeni Kanunumuzda vasiyetnamenin tenfizi bir hukuki müessese olarak tanzim edilmiş olmamasına rağmen, Türk mahkeme içtihatlarında bu terime sıkça rastlanmaktadır. Özellikle 1990’lı yıllara kadar, Yargıtay ve mahkeme uygulamaları, vasiyetnameyi açan sulh hakiminin eğer istek varsa⁶⁰ aynı zamanda vasiyetnamenin tenfizine de karar verebileceği yönündeydi⁶¹. Ancak son yıllarda, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, vasiyetnameyi

⁵⁹ ÖZMEN, age., sh.311.

⁶⁰ “İstek vasiyetnamenin açılmasından ibaret olduğu halde ayrıca vasiyetin tenfizine de karar verilmesi isabetsizdir” Yarg. 2. HD.’nin 24.1.1980 T. ve 254/465 sayılı kararı (bkz. Esat ŞENER, Vasiyet Hukuku, Ankara 1995, sh.464). Aynı yönde Yarg. 2. HD. 19.2.1985 T., 1192/1547 sayılı kararı (ŞENER, age., sh.467).

⁶¹ “Vasiyetnamenin tenfizi isteğinde gayri menkulün kıymeti esas alınmaz. Tenfiz kararına ait talep hakkında sulh mahkemesi karar verir” Yarg. 2. HD. 8.9.1934 T. E.1755 (bkz. ÖZMEN, age., sh.68); “Vasiyetin tenfizi sulh mahkemelerinin görevi içindedir. Ancak vasiyetnamenin iptali istenmesi halinde tenfiz davasının iptal davası neticesine kadar durdurulması icabeder.” Yarg. HGK.’nun 31.3.1948 T., E.2/44 K.38 sayılı kararı (bkz. ÖZMEN, age., sh.363); “Sulh hakiminin görevi mirasçılık belgesi vermek (MK.m.538) ve vasiyetin tenfizini emretmekten ibarettir. Buna rağmen saklı payların hesaplanması suretiyle vasiyetin tenfizine karar verilmesi isabetsizdir” Yarg. 2. HD.’nin 26.1.1978 T., 109/499 sayılı kararı (bkz. ÖZMEN, age., sh.401); “Vasiyetnamenin tenfizi sulh mahkemesinin görevi içindedir. Vasiyetnamenin Türkiye’de ya da yabancı bir memlekette düzenlenmiş olması, vasiyetçinin veya yararına vasiyet yapılanın Türkiye Cumhuriyeti uyruklığında bulunup bulunmaması görev kuralını değiştirmez. Öyle ise, uyumsuzluğun esasının incelenmesi gerekirken asliye hukuk mahkemesinin görevli sayılmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” Yarg. 2. HD.’nin 26.10.1976 T., 7123/7449 sayılı kararı (bkz. ÖZMEN, age., sh.384).

açan sulh hakiminin “vasiyetnamenin aynen yerine getirilmesi suretiyle icra olunması” veya “vasiyetnamenin işlemde kaldırılması” biçiminde karar veremeyeceği, onun görevinin vasiyetnameyi açarak ilgililere tebliğ etmek, mansup mirasçı varsa isteği halinde ona bir mirasçılık belgesi vermek ve terekeye dahil mallara kanuni mirasçıların muvakkaten el koymalarına müsaade etmek yahut resmi idareyi emretmekten ibaret olduğu yönünde kararlar vermektedir⁶². Yargıtay içtihatlarının değerlendirilmesine geçmeden önce bir vasiyetnamede yer alan ölüme bağlı tasarrufların tenfiz şekillerine temas etmek istiyorum.

B. Vasiyetnamede Yer Alan Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenfiz Biçimleri

Vasiyetnameler, hükümlerini vasiyetçinin ölümünden sonra meydana getireceğinden, düzenleyen onları bizzat yerine getirmesi ve uygulaması olanaksızdır. O halde vasiyetnamede yer alan hususlar mutlaka başkaları tarafından uygulanıp yerine getirileceklerdir.

Bunun için, miras bırakan vasiyetnamesini yaparken, son arzularının kimin tarafından yerine getirileceğini, nasıl uygulanacağını da belirleyip gösterebilir. Yani bir “vasiyeti tenfiz memuru” atayabilir (MK.m.497). Vasiyetçi, vasiyeti tenfiz memurunun görevinin ve yetkisinin kapsamını, tayine ait vasiyetnamede belirtebilir. Miras bırakan tarafından belirtilmemişse, vasiyeti tenfiz memuru, müteveffanın son arzularını yerine getirmek ve özellikle terekeyi idare, borçları tediye ve muayyen bir mala ilişkin vasiyetleri ifa ve vasiyetçinin emirlerine veya kanuna göre terekeyi taksim ile mükelleftir (MK.m.498).

Vasiyetçi, vasiyetnamesinde bir tenfiz memuru atamamışsa, bu görevi mirasçılar yerine getireceklerdir.

Vasiyetname içinde bir mirasçı nasbı varsa, vasiyetnamenin tenfizi söz konusu olamaz. Çünkü mansup mirasçı, miras bırakanın ölümü ile, prensip

⁶² Yarg. 2. HD.'nin 15.10.1993 T., E.1993-8448 / K.1993-9305 sayılı kararı (YKD., C.20, Sa.9, Eylül 1994, sh.1420,1421); Yarg. 2. HD.'nin 4.3.1993 T., E.1993-1405 / K.1993-2108 sayılı kararı (YKD., C.19, Sa.11, Kasım 1993, sh.1635,1637); “Sulh hakimine Medeni Kanunda vasiyetin tenfizi adı ile bir görev verilmediği gibi HUMK. m.8’de sulh hakiminin görevleri arasında vasiyetin tenfizi sayılmamıştır. Kanunda açıkça görevlendirilmediği halde vasiyetin tenfizi (yerine getirme) adı altında açılan davaya bakılarak karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 2. HD.'nin 14.12.1989 gün ve 2150/8558 sayılı kararı (bkz. ÖZMEN, age., sh.63).

itibariyle herhangi bir kabul beyanına ihtiyaç bulunmaksızın kendiliğinden tereke üzerinde miras hakkını iktisap eder (MK.m.539). Taksimden önceki devrede, mansup mirasçının tereke eşyasına zilyetliğinin, tereke mallarının idaresine, kullanılmasına ve bunlar üzerindeki tasarruflara katılmasının sağlanmasına ilişkin talep hakları ve ortaya çıkabilecek sorunlar “miras şirketi”ne ait meselelerdir⁶³. Şu kadarını belirtelim ki; mansup mirasçı MK.m.538’e istinaden aldığı mirasçılık belgesi ile, tereke eşyasının kendisine teslimini isteyebilir ve yine bu belgeye dayalı olarak -Tapu Sicili Tüzüğü’nün 21/a maddesi uyarınca- terekedeki taşınmazların adına tescilini sağlayabilir. Bu tescil, daha önce yasa gereğince tapu kütüğü dışında meydana gelmiş bulunan hak sahipliği değişikliğini, biçimsel olarak tapu kütüğüne aktarmak, ve tapu kütüğü’nün maddi hak sahipliği durumuna uygunluğunu sağlamak amacıyla yapıldığından kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir (MK.m.633). Ancak hak sahipliğinin tapu kütüğüne yansıtılmasının açıklayıcı olması durumunda dahi önemli bir işlevi vardır. Çünkü MK.m.633/f.2 gereğince, açıklayıcı tescil yapılmış olmadıkça, tapu kütüğü dışında miras hukuku hükümlerine (MK.m.539) göre mülkiyet veya sair bir aynı hakkı kazanan kimse (mansup mirasçı), tapuda herhangi bir tasarruf işleminde bulunamayacaktır⁶⁴.

Vasiyetname ile belirli mal vasiyetleri yapılmışsa, bu takdirde vasiyetnamenin değil, belirli mal vasiyetinin ifası musaleh tarafından talep olunabilir. Musalehler vasiyeti ifa edecek şahıs⁶⁵ veya şahıslara - ki aksi belirtilmemişse bunlar mirasçılardır- karşı vasiyetin ifası hususunda bir alacak hakkı iktisap ederler (MK.m.541). Kendilerine vasiyet edilen şey üzerinde ancak bu şeyin devri hususunda gerekli muamele yapıldıktan sonra hak iktisap ederler.

Vasiyeti ifa tarzı vasiyet konusuna göre değişecektir. Vasiyet konusu bir taşınmazın mülkiyeti ya da taşınmaza ilişkin sınırlı bir aynı hak⁶⁶ ise,

⁶³ İMRE/ERMAN, age., sh.284.

⁶⁴ KANETİ, agm., sh.100.

⁶⁵ Vasiyeti yerine getirme borcu, bir veya bir kaç mirasçıya yükletilebileceği gibi, bir vasiyet alacaklısına da yükletilebilir. Bu sonuncu halde bir alt vasiyet söz konusu olur (OĞUZMAN, age., sh.285 (93) no’lu dn.).

⁶⁶ Örneğin, sükna hakkı (MK.m.748) tesisi vasiyet edilebilir. Bunun gibi, inşaat (MK.m.751) ve kaynak (MK.m.752) hakları da vasiyet edilebilir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.265; İMRE/ERMAN, age., sh.113 (24) no’lu dn.; OĞUZMAN, age., sh.143 (285) no’lu dn.).

mülkiyet ya da sınırlı ayni hak, ancak tapuda vasiyet alacaklısı adına yapılacak tescil ile kazanılır. Terekedeki taşınmazların mülkiyeti ve taşınmazlar üzerindeki diğer sınırlı ayni hakların hak sahipliği, ölümle birlikte mirasçılara geçtiği için, vasiyet konusunun taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerindeki bir sınırlı ayni hak olması durumunda, vasiyet alacaklısı adına tapu kütüğüne yapılacak olan tescil, mirasçılardan talebine dayalı (MK.m.922) olmak gerekir⁶⁷. Mirasçılar bu sıfatlarını (ve dolayısıyla tasarruf yetkisine sahip bulduklarını) mirasçılık belgesi ile kanıtlayacaklardır. Ancak Medeni Kanun sistemine göre, taşınmaza ilişkin bir ayni hakkın iktisabı için tescil talebi şart olmakla beraber, yeterli değildir. Bundan başka, ortada tescil için haklı bir sebebin de bulunması lazımdır. Elinde tescil için haklı bir sebep mevcut olan bir kimse ancak tescil talebinde bulunabilir. Bu yüzden, vasiyet alacaklısı yararına talep edilen tescilin dayanağı olarak, vasiyetnamenin resmi bir örneğinin verilmesi gereklidir. Dolayısıyla, vasiyet alacaklısı yararına yapılacak tescili, ilke olarak mirasçılar hep birlikte isteyebilecekler⁶⁸ (MK.m.630/f.2) ve bu taleplerini hem mirasçılık belgesiyle hem de vasiyetname örneği ile destekleyeceklerdir⁶⁹. Bazı yazarlara göre, bu şekilde desteklenen talep üzerine, taşınmaz mülkiyetinin ya da sınırlı ayni hakkın doğrudan doğruya vasiyet alacaklısı lehine tescili mümkündür; mirasçılar adına bir ara tescil yapılarak, vasiyet alacaklısı adına yapılacak tescilin bu ilk tescili izlemesi gerekli değildir. Tapu kütüğünde boşluk olmaksızın zincirlemeyi sağlamak için, “iktisap sureti” sütununa “miras yoluyla intikal ve vasiyet” ifadesinin konulması

⁶⁷ “Kendilerine muayyen mal vasiyet edilenler Medeni Kanunun 633. maddesinden yararlanamayacakları gibi kanuni ve mansup mirasçılardan tapu sicil memuru önünde mülkiyeti nakleden bir irade açıklamaları olmadan tapuda işlem yapılamaz. Bunun dışında, Medeni Kanunun 541 ve 642. maddesi uyarınca mülkiyetin kendisine aidiyeti hakkında alacağı ilam üzerine hakim tarafından tescilin icrası için yazılan bir tezkere ile vasiyetnameyi ibraz ederek taşınmaz malın lehtar adına tescili sağlanabilir”. Yarg. 2. HD.’nin 15.5.1995 T. ve E.5087 / K.5644 sayılı kararı (Bkz. Yargıtay Kararları Bilgisayar Programı CD’si).

⁶⁸ Ancak miras şirketine bir temsilci atanmış ve taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisi de verilmişse (MK.m.581), o, mirasçılar adına tescil talebinde bulunabilir.

⁶⁹ Kemal Tahir GÜRİSOY, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara 1955, sh.83 vd.; KANETİ, agm., sh.104,105.

yeterli olur⁷⁰. Kanaatimizce mirasçıların, vasiyet edilen terekedeki gayri menkulü vasiyet alacaklısına temlik edebilmek için evvela kendi adlarına açıklayıcı tescili yaptırımları gerekir. Zira, vasiyet olunan bir gayri menkulün musalehe temlik bir tasarruf muamelesidir. Mirasçılar vasiyet mevzuu olan ve terekede bulunan bir gayri menkulü kanundan ötürü iktisap etmişlerse de o gayri menkul üzerinde herhangi bir temlik tasarrufları bulunmak için, tasarrufları bulunacak kişilerin, o gayri menkulün tapu kütüğüne malik olarak tescil edilmiş olmaları lazımdır⁷¹ (MK.m.642/f.3).

Eğer muris tarafından tayin edilmiş, gerekli yetkiyi haiz bir vasiyeti tenfiz memuru varsa, mirasçılar yerine tescil talebini bu tenfiz memuru yapabilecektir⁷². Bu yön, MK.m.498/f.2'nin vasiyeti tenfiz memuruna vasiyetleri yerine getirmek görev ve yetkisini tanımasının doğal bir sonucudur. O itibarla, Medeni Kanunda belirtilmemiş olmakla beraber, vasiyetnameyi açan sulh hakiminin vasiyeti tenfiz memuruna, bu görevini belirten bir vesika vermesi⁷³ isabetli olur. Ancak vasiyeti tenfiz memurunun tescil talebinde bulunabilmesi, mirasçılarının tapu siciline göre, malik olarak gözükmemeleri takdirinde mümkündür. Eğer mirasçılar malik olarak tapuya tescil edilmişlerse, tescil talebini onların yapması lazım gelir⁷⁴.

Vasiyet borçluları, vasiyeti ifa etmezse, borcun ademi ifasına ilişkin esaslar (eda veya tazminat davası) uygulanır (MK.m.541). Vasiyetin mevzuu taşınmaz mülkiyetine veya onun üzerindeki bir sınırlı ayni hakka ilişkin olup vasiyet borçlusunu tescil için gerekli beyanı tapu memuru huzurunda vermezse, vasiyet alacaklısı, MK.m.642/f.1 uyarınca açacağı "tescile zorlama davası" yoluyla taşınmazın mülkiyetinin ya da taşınmaza ilişkin sınırlı ayni hakkın kendisine tanınmasını isteyebilir. Bu dava sonucunda verilen olumlu kararın

⁷⁰ KANETİ, agm., sh.105; HOMBERGER, Tapu Sicili ve Zilyetlik, (Çev. Bertan), Ankara 1950, Art.965, Nr.24.

⁷¹ Aynı yönde GÜRİSOY, age., sh.85; OĞUZMAN, age., sh.286 (95b) no'lu dn.. REİSOĞLU'na göre mirasçılar adına açıklayıcı tescil yapılmamasına rağmen mirasçılar tescil talebinde bulunmuş ve tapu memuru da tescili gerçekleştirmişse artık yapılan tescil geçerlidir ve hukuki sonuç doğurur (Safa REİSOĞLU, Eşya Hukuku (Zilyetlik-Tapu Sicili-Kadastro) 7. Baskı, Ankara, 1984, sh.153 (58) no'lu dn.).

⁷² OĞUZMAN, age., sh.162 (370) no'lu dn.; GÜRİSOY, age., sh.86; KANETİ, agm., sh.106.

⁷³ Bu konuda bkz. OĞUZMAN, age., sh.164.

⁷⁴ GÜRİSOY, age., sh.86.

kesinleşmesi üzerine taşınmaza ilişkin hak (mülkiyet veya sınırlı ayni hak) vasiyet alacaklısı tarafından iktisap olunur ve bu kez musaleh, MK.m.642/f.2 ve Tapu Sicili Tüzüğü m.21/f uyarınca kendi lehine açıklayıcı tescil yapılmasını isteyebilir^{75,76}.

Vasiyetin konusu bir menkul mal ise, mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin nakli gerekir. Zilyetliğin nakli gerçekleştirilmezse musaleh BK.m.96 vd. hükümleri mucibince menkulün aynen teslimine yönelik bir dava açabilir.

Alacak vasiyetlerinin ifası için, alacak hakkının devrine yönelik yazılı temlik sözleşmesi yapılmalıdır. Çünkü alacak vasiyeti ancak o alacağı,

⁷⁵ KANETİ, agm., sh.105; GÜRSOY, age., sh.84,85.

⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olmuş bir olayda; miras bırakan Faki Kasım, Adilcevaz Noterliğinde düzenlenen 7.7.1967 gün ve 372 y. no'lu vasiyetname ile tapuda kendi adına olan çekişmeli taşınmazlara ait hisselerini, davalıya vasiyet etmiş ve 1.4.1972 tarihinde de ölmüştür. Vasiyetnameden yararlanan davalı, 1978 yılında vasiyetnameyi elden ve doğrudan doğruya tapu memurluğuna ibraz etmek suretiyle vasiyet konusu taşınmaz malların kendi adına geçirilmesini sağlamıştır. Bunun üzerine, miras şirketine tayin edilen mümessil, mirasçıları temsilen, musaleh aleyhine "tapu iptali ve tescil" davası açmıştır. Söz konusu davaya ilişkin Yarg. HGK. kararı şöyledir: "..... tapuda, taşınmaz mal tescil şartlarını düzenleyen Tapu Sicil Nizamnamesi'nin 19/2. maddesinde, vasiyet halinde intikalın söz konusu olduğu durumlarda, eğer tescil bir musaleh tarafından dermeyer ediliyorsa, hakimler tarafından tescil icrası için yazılan bir tezkere ile vasiyetnamenin musaddak suretinin gerekli bulunduğu, hükmüne yer verilmiştir. Her ne kadar bir vasiyetnamenin geçerliliğinin kabulü için sulh hakiminin onayı zorunlu değilse de vasiyetnameye istinaden tapuda yapılacak mülkiyet intikallerinin tescili işlemlerinde yetkili hakim yazısı veya yine hakimce verilmiş bir belgenin ibrazı gerekir. Bu şekilde yapılan mülkiyet intikali tapu malikine, hak sahiplerine karşı ileri sürülebilecek mülkiyet hakkı vermez. Kaldı ki, intikale esas alınan ve muayyen mal vasiyetini öngördüğü anlaşılan vasiyetname MK.m.482/2. maddesi koşullarını da taşımamaktadır. Ayrıca da ölüme bağlı tasarrufların iptali ile ilgili olarak açılacak iptal davalarında zamanaşımını düzenleyen MK.'un 501. maddesinin son fıkrasında, butlan iddiasının def'i yoluyla her zaman ileri sürülebileceği hükme bağlandığı gibi, geçersiz olmakla dayanaktan yoksun bulunan dava konusu taşınmaz malların tapuda yapılan intikal işlemine yönelik dava da, genel hükümler dışında, zamanaşımına tabi tutulamaz. Bu durumda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir" Yarg. HGK.'nun 7.7.1993 T., E.392 / K.508 sayılı kararı (bkz. Yargıtay Kararları Bilgisayar Programı CD'si).

musalehe temlik için, vasiyet borçlusu nezdinde, bir borç doğurur. Diğer bir deyişle, burada musalehe tanınan hak, vasiyetçinin ölümünde bu alacağın kendisine temlikini mirasçılardan (vasiyet borçlularından) talep etmekten ibarettir. O halde, vasiyet olunan alacak, temlike ilişkin BK.'nun 162 ve 163. maddeleri gereğince, yazılı temlik muamelesinin tekemmülü ile musalehe intikal eder. Eğer kanuni mirasçılar, vasiyet edilen alacağı, musalehe temlik etmekten kaçınırlarsa, bu sonucun mahkeme kararı ile elde edilmesi mümkündür (BK.m.164). Bu dava sonunda hakimın hükmü vasiyet borçlularının iradesinin yerini alır ve mahkeme kararının kesinleşmesiyle alacak musalehe geçer (kazai temlik). Böylece, musaleh vasiyet olunan alacağın alacaklısı olur⁷⁷.

Vasiyetname ile mükellefiyet yüklenmişse, bu durumda, mükellefiyetin ifasına ilişkin sorunlar ortaya çıkar. Mükellefiyet, miras bırakanın belirli bir gayeyi elde etmek üzere⁷⁸, hiç kimse lehine alacak hakkı tanımaksızın, mirasçılara (veya lehine vasiyet yapılan kimseye) yüklediği vazifedir. Örneğin, miras bırakan, mirasçılarına, evindeki kütüphanenin hafta sonları hukuk fakültesi öğrencilerine açık tutulması mecburiyetini yükleyebilir. Aynı şekilde, lehine vasiyette bulunduğu bir kişiye, ölümünün her sene devriyesinde mevlût okutup mezarının bakım ve onarım işlerini görmesini ya da her yılın belirli bir gününde kendisine vasiyet ettiği tabloları sergilemesini mükellefiyet olarak yükleyebilir.

Mükellefiyetin alakadarlara bir alacak hakkı kazandırmayıp, sadece mükellefiyet konusunun yerine getirilmesi (icrası) hususunda bir talep hakkı bahşetmesi, bu hukuki müesseseyi muayyen mal vasiyetinden ayırır. Bu sebeple muayyen mal vasiyetinin kazandırıcı bir hukuki muamele olması özelliğine mukabil, mükellefiyette böyle bir özellik mevcut değildir⁷⁹. Mükellefiyet, hiç kimse lehine bir alacak hakkı vermezse de, mirasçılarını bunu yerine getirmemesi durumunda her ilgili, bu meyanda mükellefiyetten yararlanacak kimseler mükellefiyetin yerine getirilmesini dava edebilirler

⁷⁷ GÜRSOY, age., sh.99; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.263,264; OĞUZMAN, age., sh.142; Selâhattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Haluk BURCUOĞLU / Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, sh.265.

⁷⁸ Bu gaye, bazı gayrı muayyen kimselere bir menfaat sağlama olabileceği gibi, hiç kimseye menfaat sağlamamakla beraber, miras bırakanın dini, ilmi, sosyal vs. arzularının gerçekleştirilmesine ilişkin olabilir (OĞUZMAN, age., sh.150).

⁷⁹ İNAN/ERTAŞ, age., sh.163; İMRE/ERMAN, age., sh.124,125.

(MK.m.462/f.1). Mükellefiyetin yerine getirilmesine ilişkin davada, davacı, doğrudan doğruya miras bırakan tarafından takip edilen gayenin gerçekleştirilmesini ister; yoksa onun kendisine bir eda yapılmasını talep etmesi söz konusu olamaz. Yukarıdaki örneklerde, her hukuk fakültesi öğrencisi, kütüphanenin açık tutulmasını dava edebileceği gibi, hukuk fakültesi dekanı ve üniversite rektörü de kütüphanenin hukuk fakültesi öğrencilerine açık tutulmasını dava edebilir. İkinci misale ilişkin olarak, müteveffanın mirasçıları ya da mirasçısı olmayan bir yakını, vasiyet lehtarının her yıl mevlût okutmasını veya vasiyet edilen tabloları müteveffanın arzusuna göre sergilenmesini dava konusu yapabilir. Ancak bir alacak söz konusu olmadığı için, mükellefiyetin yerine getirilmemesi sebebiyle hiç biri tazminat talep edemez.

Bütün bunların dışında, vasiyetnamede tereke mallarına ilişkin olan (vakıf kurma gibi) veya olmayan (taksim kaidelerinin düzenlenmesi gibi) başkaca tasarruflar varsa bunlar da ayrı ayrı ve teker teker ifa olunmak gerekir.

Netice itibariyle görülüyor ki, aslında, hukukumuzda, bir bütün olarak vasiyetnamenin tenfizi diye bir sorun ve müessese yoktur. Tenfiz edilecek olan, bir vasiyetname muhtevası içinde yer alan münferit maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardır. Bunların yerine getirilmesi de -yukarıda görüldüğü gibi- her biri için, kendine has özellikler gösterir.

C. Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi ve Şahsi Görüşümüz

1990'lı yıllara kadar görülen mahkeme uygulamalarına göre, kendilerine bir vasiyetname tevdi edilen sulh mahkemeleri MK.m.535-537 hükümlerini yerine getirmek üzere duruşma günü tayin ederek ilgilileri davet etmekte ve vasiyetname huzurda açılıp okunduktan sonra söz konusu tasarruf hakkında bir diyecekleri olup olmadıkları ilgililerden sorulmaktadır. Şayet bir itiraz yoksa ve vasiyetname de bir gayrı menkul vasiyetini ihtiva ediyorsa, mahkeme vasiyetnamenin tenfizine karar verip, alakalı tapu memurluğuna söz konusu gayrı menkulün musaleh adına tescili için bir tezkere yazmakta ve tapu memuru da bu tezkere ve ona bağlı olan vasiyetname suretine dayanarak gayrı menkulü musaleh adına tescil etmekte ve böylece musaleh vasiyete konu gayrı menkulün maliki olmaktadır. Ancak vasiyetname hakkında bir itiraz yapılacağı beyan olunmuş ise, mahkemeye uygun görülecek bir süre içinde ilgililerin bu konuda yetkili ve görevli mahkemeye başvurmalarına ve o mahkemeden verilecek hükmün beklenmesine karar

verilmektedir. Sulh hakiminin çoğu kez MK.m.538'den esinlenerek vereceği bir aylık süre içinde ilgililerin iptal veya tenkis davası açmaması durumunda yine vasiyetnamenin tenfizine karar verilebilmektedir.

Kanaatimizce sulh hakiminin görevi; vasiyetnameyi açarak, ilgililere tebliğ etmek, mansup mirasçı varsa isteği halinde ona bir mirasçılık belgesi vermek ve terekeye dahil mallara kanuni mirasçıların muvakkaten el koymalarına müsaade etmek, yahut resmi idareyi emretmekten ibarettir. Vasiyetnamenin açılması esnasında sulh hakimi tarafından ilgililere vasiyetname hakkında bir itirazları olup olmadığı şeklinde bir soru sorulması ve bunun cevabının istenmesi doğru değildir. Zira ortada açılmış bir dava ve ihtilaf yoktur. Burada sulh hakiminin yaptığı işlem tamamen idari niteliktedir⁸⁰. İlgililer davet edilip kendilerine vasiyetnamenin tasdikli birer sureti verildikten sonra, sulh hakiminin görevi sona erer. Menkul vasiyetlerinde olduğu gibi, gayri menkul vasiyetlerinde de, sulh hakiminin vasiyetin icrası safhası ile hiç bir alakası yoktur. Vasiyetin ifasını isteme, musalehe ait bir husustur. Belki vasiyet borçlusu vasiyeti rızai bir surette ifa edecektir. İfa etmediği takdirde, musalehin MK.m.541'e istinaden açacağı eda davası üzerine ifaya icbar edilecektir. Belki de musaleh vasiyeti hiç iktisap etmek istemeyecektir.

Yukarıda söylendiği gibi, vasiyetnamenin sulh hakimince açılmasının amacı, mirasçılara bu hususta bir itiraz fırsatı vermek değildir. Kaldı ki, sulh hakiminin mirasçılara vasiyetname hakkında bir itirazları olup olmadığını sorması mahzurludur. Zira mirasçılar vasiyetname içeriğini henüz öğrenmişlerdir ve terekenin hakiki durumu hakkında tam bir bilgi sahibi değildirlere. O anda tasarrufta bir iptal veya tenkis sebebinin mevcut olup olmadığını da bilebilecek bir durumda değildirlere. Bu yüzden mirasçıların bir beyana davet olunmaları, onları gelecekte ileri sürmeleri muhtemel olan haklarından mahrum edebilir. Medeni Kanun hükümleri (MK.m.501 ve 513) iptal ve tenkis davası açacak olan kimselere ölüme bağlı tasarrufun ve iptal sebebinin öğrenilmesinden itibaren bir senelik bir zamanaşımı süresi bahşetmiştir. Bu müddet zarfında ilgililer durumu bütün ayrıntılarıyla gözden geçirip düşünme imkanına sahiptirler. Halbuki vasiyetçinin ölümünü takip eden günlerde açılacak bir vasiyetname vesilesiyle onların bir beyana davet olunmaları bu müddeti kısaltmış olur. Çünkü hakim vaki suali üzerine, mirasçıların, vasiyetnameye bir itirazları olmadığını veya

⁸⁰ GÜRİSOY, age., sh.94; ayrıca bkz. Yarg. 2. HD.'nin 5.3.1997 T. ve E.1436 / K.2409 sayılı kararı (YKD., C.23, Sa.6, Haziran 1997, sh.905).

vasiyetnameyi kabul ettiklerini beyan etmeleri, ileride açabilecekleri iptal ve tenkis davalarından feragat manasına gelebilir. Bu itibarla, sulh hakiminin bu nevi bir sualle ilgililerin durumunu zorlaştırmaması gerekir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus da şudur: Vasiyet alacağı, miras bırakanın ölümü ile kendiliğinden doğarsa da, bu alacağın muaccel olması için, ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça⁸¹, vasiyet borçlusu mirasçının, mirası kabul etmesi veya red hakkının (özel olarak red süresinin geçmesi dolayısıyla) düşmesi gerekir (MK.m.541/c.2). Şu halde alacak hakkı mirasın açılması anında iktisap olunur; fakat ileri sürülebilmesi (talep edilebilirlik) için red hakkının kullanılması için mirasçıya verilmiş olan üç aylık sürenin⁸² geçmesinin beklenmesi lazımdır. Mirasçı eğer mirası red hakkını kaybederse (MK.m.550) o andan itibaren vasiyetin ifası kendisinden talep edilebilir. Bu veriler ışığında; vasiyetçinin ölümünü takip eden günlerde -en azından miras bırakanın ölümünden itibaren üç ay geçmeden-vasiyetnameyi açan sulh hakiminin, musalehin tenfiz talebi üzerine, mirasçılara vasiyetnameye bir itirazları olup olmadığını sorması ve sukut halinde (veya vereceği bir aylık süre içinde dava açılmadığı takdirde) tenfize karar vermesi, henüz muaccel olmayan bir alacağı dava edilebilir saymak anlamına gelir. Ne var ki, muacceliyet gerçekleşmedikçe alacaklının (musalehin) ifa talebinde bulunma yetkisi yoktur. Alacak hakkı, muacceliyetle, gerçek bir talep hakkına dönüşmüş olur. Doğup oluşmuş olduğu halde henüz muaccel olmamış (ifa günü gelmemiş) bir borcun ifa edilmesi yolundaki istem, borçlunun muacceliyet eksikliğine ilişkin savunmasıyla püskürtülür.

Vasiyetname ile lehine vasiyette bulunulan kişi veya kişiler vasiyetnameyi açan sulh hakiminden aynı zamanda tenfiz talebinde bulunmuşlarsa o takdirde meseleyi “görev” açısından da irdelemek icabeder. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 142. maddesinde, mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna istinaden, mahkemelerin görevleri ya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ya da maddi hukuktaki özel hükümlerle

⁸¹ Örneğin, miras bırakan, yaptığı vasiyetin ölümünden iki yıl sonra veya musaleh 18 yaşını ikmal ettiği zaman ifa edileceğini belirtmiş olabilir.

⁸² Bu süre, kanuni mirasçılar için, mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe, miras bırakanın ölümünü öğrendiği günden itibaren işlemeye başlar. Vasiyetname ile mirasçı nasbedilenler için ise, söz konusu vasiyetnamenin kendilerine tebliğinden itibaren işler (MK.m.546).

belirlenmiştir. 1086 sayılı HUMK.'nun 8. maddesi, sulh hukuk mahkemesinin göreceği davaları saymıştır. Bunların arasında vasiyetin tenfizine ilişkin davalara bakmak, karar vermek gibi açık, hatta kapalı bir hüküm gösterilmemiştir. Medeni Kanunun ölüme bağlı tasarrufları ve vasiyeti düzenleyen maddeleri içinde de sulh hakimine vasiyetin tenfizine ilişkin bir görev verilmemiştir. Sonuç olarak, vasiyetin aynen tenfizine ilişkin davaya sulh mahkemesinde bakılacağına dair ne Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, ne de Medeni Kanun da özel bir hüküm yoktur. Şu halde vasiyetin tenfizine ilişkin davadaki müddeabihin yani vasiyet olunan muayyen malın değerine göre görevli mahkeme tayin edilecektir⁸³. HUMK.m.1 ve Harçlar Kanunu m.16'ya göre, davacılaran dava konusunun değerini açıklamaları istenmeli, bu konuda taraflar arasında ihtilaf çıkarsa dava konusunun kıymeti mahkemece belirlenmelidir. Vasiyet edilen malın değeri 200 milyon TL. den fazla ise, sulh mahkemesi görevsizlik kararı verip davadan elini çekmelidir.

Ayrıca, "vasiyetnamenin aynen tenfizine" biçiminde hüküm kurulması da doğru değildir. Zira, HUMK.'nun 388. maddesi uyarınca, dava sonunda oluşturulan hüküm, taraflara tanınan hak ve yükümlülüklerde tereddüt yaratmayacak açıklıkta olmalıdır⁸⁴. O halde, mahkemeler infazda duraksamaya yer vermeyecek biçimde şu şeyin, şu kimseye teslimine veya şu kimse adına tesciline şeklinde açık karar vermelidirler (HUMK. m. 388/son). Hükümde başka bir belgeye atıfta bulunulamaz. Bunun yanı sıra, vasiyetname içinde yorumu gerektiren hükümler bulunabilir. Birden fazla vasiyetname aynı anda açılmış olabilir ve içlerinde değişik arzular bulunabilir. Hangi vasiyetnamenin tenfiz edileceği konusu tereddüt yaratabilir yahut birden fazla vasiyet lehtarları olup bunlardan sadece biri tenfizi talep etmiş olabilir. O itibarla mahkemeler, "vasiyetnamenin aynen yerine getirilmesi suretiyle icra olunması" biçiminde bir karar vermekten kaçınmalı ve özellikle kararın hüküm fıkrasında vasiyetnameye istinaden taraflara tanınan hak ve yükümlülükler açıkça belirtilmelidir.

⁸³ Tahir ALP / Şevki D. KABUKÇUOĞLU, Yarg. HGK.'nun 13.2.1991 T. ve E.1990/2-648 K.1991/65 sayılı kararına karşı yazılan karşı oy yazıları (Bkz. YKD., C.17, Sa.6, Haziran 1991, sh.824 vd.).

⁸⁴ Bkz. Yarg. 2. HD.'nin 22.10.1998 T., E.1998-11346 / K.1998-11322 sayılı kararı (YKD., C.25, Sa.1, Ocak 1999, sh.13,14).

İLANIN TİCARET SİCİLİNİN SAHİP OLDUĞU HUKUKİ ETKİLER ÜZERİNDEKİ ROLÜ

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin BİLGE**

I. GİRİŞ

Ticaret siciline yapılan kayıtlar bir takım hukuki etkiler doğurur. Bu hukuki etkiler, sicil kayıtlarının iç etkileri ve dış etkileri olarak, başlıca iki ana gruba ayrılarak incelenmektedir. Sicile yapılan kaydın, kayda konu oluşturan husus üzerinde hüküm ve sonuçlar doğurduğu, kurucu, bildirici ve düzeltici etkiler, sicil kayıtlarının iç etkilerini; sicil kayıtlarının üçüncü kişiler üzerinde hüküm ve sonuçlar doğurduğu, olumlu ve olumsuz etkiler ise, sicil kayıtlarının dış etkilerini oluşturur.

Sicil kayıtlarının bildirici etkisi; sicilde yer alan kayıtlar sayesinde, belirli hukuki durumların varlığının açıklanmış olması durumunu anlatmaktadır. Bildirici olmanın yanında, bir hakkın veya belirli bir hukuki sonucun doğması, bu hususun sicile tesciline bağlı ise, sicilin bu etkisine de kurucu etki denilmektedir. Sicile yapılan tescilin, kayda konu oluşturan husustaki bazı hukuki eksiklikleri ve sakatlıkları giderdiği durumlarda da düzeltici etki söz konusu olur. Sicilin dış etkilerini de şu şekilde özetleyebiliriz: Tescil ve ilan zorunlu bir husus tescil ve ilan edilmiş ise, üçüncü kişiler bu hususu bilmediklerini iddia edemeyecekleri gibi (olumlu etki-TTK.m.39/I); sicile kaydı gerekli olmasına rağmen kayıt ve ilan edilmeyen bir hususun da üçüncü kişilerce bilinmedikleri kabul olunur (olumsuz etki-TTK.m.39/II).

Sicil kayıtlarının ilan edilmesinin, iç etkilerden bildirici etkinin gerçekleşmesinde en önemli işlevi gördüğü açıktır. Bu ilanın doğal niteliği gereğidir. Bunun dışında ilan, asıl önemli işlevini sicil kayıtlarının dış etkilerinde gösterir. Doktrindeki tartışmalı hususlar da ilanın, sicil kayıtlarının dış etkilerindeki rolü konusunda doğmaktadır. Şöyle ki, sicile tescilleri zorunlu olmakla birlikte, ilan edilmeleri zorunlu tutulmamış hususlarda, sicilin dış etkileri açısından ilan şartı aranacak mıdır? Böyle durumlarda sicil bölgesi içindeki ve sicil bölgesi dışındaki üçüncü kişileri

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

birbirinden ayırarak, sicil bölgesi içerisindeki üçüncü kişilere dış etkilerin tesir edeceği kabul edilebilir mi? Biz de çalışmamızda bu gibi soruların cevabını bulmaya çalışıp, ilanın sicil kayıtlarının dış etkilerinde oynadığı rolü ele alacağız.

II. İLANIN TİCARET SİCİLİ SİSTEMİNDE ÖNEMİ

Türk hukuk sisteminde ticaret sicili, esasen tek ve merkezi bir sicil olmayıp, bir yerel siciller topluluğudur. Buna karşılık söz konusu yerel sicillerin etki alanları kural olarak kendi sicil bölgeleri ile sınırlı olmayıp, sicil kayıtları sicil bölgesi dışında kalan kişileri de ilgilendirir. Bu nedenle sicil kayıtlarının, sicil defterlerini inceleme imkanı olmayan veya bunu kolayca ve zahmetsizce gerçekleştiremeyecek olan kişilere de duyurulması gerekir.

Ticari hayatta önem taşıyan bir takım hususların kamuya duyurulması amacına sadece TTK. m.37/II'de öngörüldüğü şekilde, ticaret sicili kayıtlarının isteyen herkesin serbestçe incelemesine açık tutulması suretiyle ulaşılamaz. Üçüncü kişilerin her işte, inceleme, tasdikname isteme gibi külfetlerden kurtarılması gereklidir. Bu nedenle, sicil işlemlerinin ilan edilmesi hem ticaret sicili sisteminin amacına uygun ve hem de üçüncü kişilerin yararlarının korunması açısından bir zorunluluktur¹. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 37. maddesinin üçüncü fıkrasıyla sicil kayıtlarının ilanı öngörülmüş ve bu işin özel bir gazete ile yapılacağı belirtilmiştir².

1 Bkz., ÇEVİK, O.N., Ticaret Sicili İlanları Üzerine Bir İnceleme, BATİDER, 1977, C.9, S.1, s.136.

2 Böylece ilan işleri İsviçre'de (OR. 931) ve Almanya'da (HGB §10) olduğu gibi merkezleştirilmiş ve bir elden idare edilmesi sağlanmıştır. Bu düzenleme ile ticaret siciliyle ilgili kişilerin, özellikle tacirlerin tek bir gazeteyi okumak suretiyle bütün sicil ilanlarını takip edebilmeleri imkan dahiline girmiş olmaktadır. Yasada açıkça ifade edilmeyen, fakat özellikle tacirler hakkında dolaylı olarak mevcut bulunan sicil ilanlarını takip yükümlülüğünün, ilgililere büyük külfet yüklemekten yerine getirilebilmesi amaçlanmıştır. Nitekim, TTK. m. 37'nin gerekçesinde de şöyle denmektedir; "...çünkü her tacir tek bir gazeteyle abone olmakla ticaret hayatını ilgilendiren mühim meselelere ait ilanları kolayca okumak ve öğrenmek imkanını bulacaktır ve bu itibarla ticaret sicilindeki kayıtların herkes hakkında muteber olduğu yolundaki hukuki esasın fiilen gerçekleşmesi de mümkün olacaktır" (AKYAZAN, Sıtkı, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1971, s. 78). Şunu da belirtmek gerekir ki, Ticaret Sicili Gazetesi, aleniyeti yeterince sağlama açısından istenileni vermekten

III. İLANA TABİ HUSUSLAR

Alman ve İsviçre hukuklarında genel olarak ticaret sicilindeki kayıtların aksi öngörülmüş olmadıkça ilanı da öngörülmüşken (HGB.10, OR.931), hem Türk Ticaret Kanunu'nda hem de Ticaret Sicili Tüzüğü'nde, ticaret siciline kaydedilen sicil işlemlerinden hangilerinin ilan edileceği konusunda genel ve açık bir hüküm mevcut değildir. Türk Ticaret Kanunu'nda, sicile kaydı öngörülen hususlar özel hükümlerle ayrı ayrı düzenlenirken, bazı hususların tescil gerekliliğinden bahsedilmekte, bazı hususlar için de tescil ile beraber ilan edileceği de belirtilerek, tescil ile birlikte ilan zorunluluğu³ öngörülmektedir⁴. Fakat ilanı gereken veya gerekmeyenleri ayıran genel bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle, özel hükümlerde ayrıca ilanından bahsedilmemiş sicil kayıtlarının, ilanlarının da gerekli olup olmadığı ve bu hususlara ilişkin ilanların, kayıtların üçüncü kişilere karşı etki kazanabilmesinin bir şartını oluşturup oluşturmadığı sorunları ortaya çıkmaktadır.

Bir görüşe göre ilan, ancak yasanın emrettiği hususlarda yapılabilecek, ilanın öngörülmediği durumlarda ilan yapılamayacaktır⁵. Başka bir görüşe göre, bu sorunların çözümünde ticaret sicilinin amacının göz önünde tutularak, ona göre davranılması gereklidir. Ticaret siciline yapılan kaydın, aleniyeti amaçlaması durumunda, söz konusu kayıt ilan da edilmelidir⁶. Bir diğer görüşe göre ise, 38. maddenin gerek ilk ve gerekse ikinci fıkrası, kural olarak her sicil kaydının ilan edileceği düşüncesine dayanmaktadır.

uzaktır. Bkz., BATTAL, Ahmet, Ticaret Sicilinin Müspet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, BATİDER, 1997, C. XIX, S.1, s. 87, dpn, 12.

3 İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1997, s.61; ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul 1959, s.150; KARAYALÇIN, Yaşar, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1968, s. 304; ARSEVEN, Haydar, Yeni Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, İktisat ve Maliye 1957, C.IV, S.2, s. 58.

4 İlanı zorunlu hususlara örnek olarak bkz., TTK. m.42, 148, 157, 174, 300, 301, 246, 217,220,221, 343,390, 438 vs.

5 İMREGÜN, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, (İlkeler), İstanbul 1989, s.72.

6 KARAYALÇIN, s.304.

Dolayısıyla, herhangi bir kesin hüküm yoksa, sicile kaydedilen her konu ilana tabi olacaktır yorumu da yapılabilir⁷.

Kanaatimizce, yasal düzenlemelerde ilanı açıkça öngörülmemiş hususlarda ilanın yapılması ilgililerin isteğine bırakılmıştır. Ticaret Kanunu tescil edilen tüm hususların ayrıca ilanın da yapılmasını şart koşmamaktadır. TTK.m.37/III'e göre, ancak özel hükümlerde ilanları istenen sicil kayıtları ilan edilmek zorundadır. İlanın açıkça aranmadığı hallerde ilanın yapılması keyfiyeti tescili yaptıran kişinin isteğine bağlıdır⁸. İlane tabi kayıtların ilan olunacağını belirten TTK.m.37/III, ilana tabi hususların kural olarak aynen (özetlenmeden) ilan olunacağını düzenlemektedir⁹. Yoksa, TTK.m.37/III'den, sadece ilanı öngörülmüş sicil kayıtlarının ilan edilebileceği anlamı çıkarılamaz.

Türk Ticaret Kanununun ilana ilişkin düzenlemelerini değerlendirdiğimizde, sağlıklı bir sistem getirmediğini görmekteyiz. Bu nedenle, ilana ilişkin düzenlemeler yeniden ele alınmalı, ilanın özel düzenlemelerde öngörülmüşse yapılacağı şeklindeki mevcut düzenleme değiştirilerek, kural olarak her sicil kaydının ilan edilmesi gerektiği yolunda hükümler getirilmelidir. Ancak istisnai hallerde, özel düzenlemelerle öngörülmüşse, ilanın yapılamayabileceği belirtilmelidir. Başka bir ifadeyle, ilanın kural, ilan etmemenin istisna olacağı bir düzenleme, ticaret sicili sistemimize daha uygun olacaktır. Nitekim, Alman ve İsviçre hukuklarında, ticaret sicilindeki kayıtların aksi öngörülmüş olmadıkça, kural olarak ilanları da gereklidir (HGB.10, OR.931)¹⁰.

7 TOKSAL, Baki, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 1986, s.386; ARSLANLI, s.150.

8 KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku, 6. baskı, Konya 1997, s.101.

9 Ticaret siciline kayıt ve ilana tabi hususlar yasa veya tüzükte aksine bir hüküm olmadıkça aynen, olduğu gibi ilan edilir. Türk Ticaret Kanunu bazı hallerde ilanın özet olarak ve belirli noktalara münhasır olmak üzere yapılmasını kabul etmiştir. Örnek olarak, ticaret ortaklıklarının tescilinde ortaklık sözleşmesinin içerdiği ve sicile kaydolunan bütün hususlar ilan edilmez (TTK. m.157, 155, 300, 378, 390, 489, 501) KARAYALÇIN, s. 304, 305.

10 HGB § 10/I'e göre, kural olarak bütün kayıtların ilanı da gerekir. Ancak, istisnai durumlarda ayrıca ilana gerek yoktur. Örnek olarak, §160/II HGB'ye göre, komanditer ortakların ad, ikametgah gibi bilgileri ilan edilmemekte, sadece komanditerlerin sayıları belirtilmektedir. Yine, Alman Hukukunda ilanın sicil kayıtlarını aştığı durumlara da rastlanılmaktadır. Örnek olarak, GmbHG § 10/III, 5/IV'e göre, sermaye payı olarak ayın

IV. SİCİL KAYITLARININ DIŞ ETKİLERİNİN GEÇERLİLİĞİ AÇISINDAN İLANIN ROLÜ

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda sadece sicile kayıtlarının öngörüldüğü, ayrıca ilanlarının zorunlu tutulmadığı durumlarda, ilanın sicil kayıtlarının doğuracağı hukuki etkilere olan tesiri tartışma oluşturmaktadır.

Şöyle ki, sicile kaydedilmiş olmakla birlikte, ilanı ihtiyari olup ilan edilmemiş bir husus, olumlu etki doğurup, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek midir? Konuya olumsuz etki açısından bakarsak, ilanı ihtiyari olup ilan edilmemiş bir hususun üçüncü kişilerce bilinmediği kabul edilecek midir? Başka bir ifadeyle, sicil kayıtlarının dış etkilerinin geçerliliği konusunda ihtiyari ilanların bir gereklilik olarak kabul edilip edilmemesine göre, olumlu ve olumsuz etkiden biri son bulup diğeri geçerli olacaktır. İlan bir gereklilik olarak kabul edilirse, ilansız kayıtlarda olumlu etki doğmayacak, olumsuz etki geçerliliğini sürdürecektir. Buna karşılık, ilan bir gereklilik olarak kabul edilmezse, sicile kayıtlarla olumlu etki geçerlilik kazanacak, olumsuz etki son bulacaktır.

Bu konuda doktrinde savunulan bir görüşe göre, tescilli zorunlu olmakla birlikte ilanı zorunlu tutulmamış hususlar ilan edilmeseler dahi etkili olurlar¹¹. Çünkü, ticaret sicili, herkesin inceleyebileceği şekilde aleniyete sahiptir. Bu durum herhangi bir ilanın yapılmamasına rağmen tapu sicili kayıtlarının biliniyor kabul edilmesine benzetilebilir¹².

Biz bu görüşe katılmamaktayız. İlk olarak konuya olması gereken hukuk açısından bakarsak; ilanın amacı kamuyu, sicili incelemekten kurtarmak ve bu şekilde tescil edilmiş hususlar hakkında kolayca bilgilenmeyi olanaklı kılmaktır. Sicil kayıtlarının ilanıyla, birçok ticaret sicil çevresinin bulunması, yani merkezi bir ticaret sicilinin bulunmamasından çıkan, sicilin

getirilmesi durumunda bu husus ilanda ayrıca gösterilir. [Geniş bilgi için bkz. SCHMIDT, Karsten/BOKELMANN, Gunther, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch Handelsstand §§ 1-104, München 1996, §.10, Rn.4 vd., s. 158].

11 POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. bası, İstanbul 1995, s.139; DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988 s.176; KARAHAN, s.111.

12 DOMANIÇ, s.133.

incelenmesindeki pratik zorluklar giderilmek istenmiştir. Zira, her gün sicil memurluğuna gidilip, sicilin incelenmesi hiç kimseden beklenemeyecek bir yükümlülük olur.

Ticaret sicili sistemimiz, bir taraftan sicile kayıtları gerekli hususların belirlenmesi ve belgelenmesi için sicile kaydedilmeleri, diğer taraftan üçüncü kişilere duyurulması amacıyla da ilan edilmeleri esasına dayanır. Sicile kaydedilen bir hususun ilan olmaksızın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, ticaret sicili sisteminin temel esaslarına aykırı bulunmaktadır.

Konuya mevcut yasal düzenleme açısından baktığımızda da, ilan edilmemiş bir hususun, üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi olanaksız görülmektedir. Her ne kadar, Türk Ticaret Kanunu üçüncü kişilere etki açısından, tescil edilen tüm hususların ayrıca ilanının da yapılmasını şart koşmamakta ve TTK.m.37/III'e göre, ancak özel hükümlerde ilanları istenen sicil kayıtları ilan edilmek zorunda ise de, bir sicil kaydının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi isteniyorsa, bu takdirde ilanının yapılması şarttır. Bu şart, kaydı öngören özel hükümde ilandan söz edilmemiş olsa dahi geçerlidir. Zira, Türk Ticaret Kanunu, sicil kayıtlarının üçüncü kişilere karşı etki kazanmalarını genel bir hükümle düzenlemiştir (TTK.m.38/I). Türk Ticaret Kanununun 38. maddesinin 1.fıkrasına göre "Ticaret sicili kayıtları, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü şahıslar hakkında, kaydın gazete ile ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayınlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü takip eden iş gününden itibaren hüküm ifade eder. Bu günler, kaydın ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olan müddetlere de başlangıç olur". Madde metninden anlaşılacağı gibi, TTK.m.38/I, sicil kayıtlarının üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesinin temel şartı olarak, ilan edilmelerini öngörmektedir. Buna göre sicil kayıtları, üçüncü kişilere karşı ancak ilanla hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, istisnai olarak bir sicil kaydının ilan edilmeksizin kayıtlarla birlikte üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeye başlayabilmesi için, bunun açıkça yasada öngörülmüş olması zorunluluğu belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi sadece, özel hükümlerle öngörüldüğü takdirde bu genel hükümden ayrılmayı gerektirecek bir durum oluşur. Örnek olarak, bir limited ortaklığın ana sözleşme değişikliğinin tescilinde, söz konusu değişiklik tescili, ilan edilmeden tescille birlikte üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeye başlar (TTK.m.515, ayrıca bkz., m.482). Böyle bir özel hükmün olmadığı durumlarda TTK.m.38/I'in genel hükmünden ayrılmayı gerektirecek herhangi bir gereklilik bulunmamaktadır.

Türk Ticaret Kanununun 38. maddesinin II. fıkrasında yer alan “Bir hususun tescil ile beraber derhal üçüncü şahıslar hakkında hüküm ifade edeceğine veya müddetlerin derhal işleyeceğine dair hususi hükümler mahfuzdur” hükmünden hareketle, ilanı ihtiyari olan hususları 38/II kapsamında göremeyiz. Zira, TTK. m.38/II, yasanın açıkça üçüncü kişiye karşı etkinin sicile kayıtle başlayacağını öngörmesi durumunu düzenlemektedir.

Dolayısıyla, yasanın açıkça üçüncü kişilere karşı etkinin hemen tescille birlikte ortaya çıkacağını öngörmesi halinde, TTK.m.39/I geçerli olur. Yasada böylesi özel bir hükmün yer almamasına rağmen, ilanı zorunlu tutulmamış hususları da bu şekilde anlayarak, tescille birlikte üçüncü kişilere karşı etkili olacaklarını kabul etmek, yasanın öngörmediği, üçüncü kişiler üzerinde oldukça ağır hukuki sonuçlar doğuracak bir yorumun kabulü anlamına gelir¹³.

İlanı ihtiyari olan hususların tescille üçüncü kişilere karşı etkili olacağı görüşüne TTK.m.39/II de delil olarak getirilemez. Zira, söz konusu maddede geçen, “ilanı gerekirken ilan edilmemiş” ifadesinde belirtilen ilan gerekliliği, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmenin şartı olan ilan gerekliliğini belirtmektedir. Bu nedenle yasadaki ifade, “üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ilanı gerekirken” (istisnai hükümlerin -TTK.m.515 ve m.482- dışındaki normal durum) şeklinde anlaşılmalıdır.

Sonuç olarak bizce, sicil kayıtları üçüncü kişilere karşı, ancak ilandan sonra etki kazanırlar. TTK.m.38/I hükmü açıkça, sicil kayıtlarının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini ilan şartına bağlamıştır. Sicile kaydedilmekle birlikte, ayrıca ilanı da yapılmamış hususlarda sicilin olumsuz etkisi geçerli olmakta devam edecektir (TTK.m.38,39/II). Yasa hükmünde bu kurala sadece bir istisna tanınmıştır ki; bu da yasadaki açıkça ilan edilmeksizin üçüncü kişilere karşı etkili olabilme olanağının tanınmış olmasıdır (TTK.m.38/II). Nitekim, TTK.m.515 ve m.482 de böyle bir istisna açıkça öngörülmüştür. Bu durumlarda, istisnai olarak kaydın ilan edilmiş olması şartı aranmaksızın sicilin olumsuz etkisi giderilmiş olacaktır. Bunların dışında, ilanı ihtiyari olan hususları TTK.m.38/I hükmünden ayrı tutmak, Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlemesine açıkça aykırıdır. Bu tür kayıtları üçüncü kişilere karşı etkili kabul etmek, üçüncü kişileri yasadaki

13 ÖZTÜRK, Mesut, Die Publizitätswirkungen des Handelsregisters im Deutschen, Schweizerischen und Türkischen Recht, Tübingen 1981, s.190.

öngörülmemiş olmasına rağmen, oldukça ağır bir yükümlülük altına sokup, riskli bir konuma getirmek olacaktır.

B. Dış Etkilerin İlansız Geçerlilik Kazanacağı İstisna Hükümleri

Türk Ticaret Kanunu, ilana tabi sicil kayıtlarından bazılarının henüz ilan edilmeden, tescil tarihinden itibaren üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edeceğini kabul etmiştir (TTK. m.38/II). Bu gibi durumlarda sicil kayıtlarının etkisi, üçüncü kişiler açısından da, sicil işleminin kayda geçirilmesinden itibaren başlar.

Ticaret Kanununda sicil kayıtlarının ilanı beklemeden, sırf tescillerinin yapılmasıyla üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade etmeye başlayacağı haller olarak aşağıdaki durumları gösterilebilir: Şöyle ki, limited ortaklıklarda ortaklık sözleşmesinde yapılan her değişiklik, ticaret siciline tescil ve ilan olunur. Ancak, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin bu kararlar üçüncü kişiler hakkında, tescil tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Bu konunun düzenlendiği TTK.m.515 şu hükmü getirmektedir; “Mukavelede yapılan her değişiklik, ilk mukavelede olduğu gibi tescil ve ilan edilir. Mukavelelenin değiştirilmesi hakkındaki kararlar üçüncü şahıslar hakkında, tescil tarihinden itibaren hüküm ifade eder”. Görüldüğü gibi, yasa üçüncü kişilere karşı etkinin tescil tarihinden itibaren başlayacağını açıkça hüküm altına almıştır.

Sicil kaydının üçüncü kişiler hakkında tescille hüküm ifade etmeye başlayacağı bir başka hüküm de TTK. m.482 dir¹⁴. Bu düzenlemeye göre, komandit ortaklıklarda, “Şirketi idare ve temsil ile vazifeli olan komandite ortaklar, kollektif şirketin idare ve temsiline vazifeli ortaklar için tayin olunan hal ve şartlar dairesinde azlolunabilirler. Azil kararının tescili ile azlolunanların şirketin ilerdeki borçlarından dolayı şahsi mesuliyetleri sona erer.” Burada da sırf tescille sorumluluğun (üçüncü kişilere karşı) sona ereceği belirtilerek, TTK.m.38/II’ın temel kuralından ayrılmıştır.

Doktrinde ilan edilmeksizin üçüncü kişilere karşı etkili olacak sicil kayıtlarına, yukarıda bahsettiklerimizin dışında bazı eklemeler yapılmaktadır. Şöyle ki, kollektif ortaklık, ticaret siciline tescil olunmakla tüzel kişilik kazanır. Aksine sözleşme üçüncü kişilere karşı hükümsüz olur (TTK. m.174). Diğer ticaret ortaklıklarında da aynı durum geçerlidir (TTK. m. 256, 301, 302, 512). Söz konusu bu hükümlerden yola çıkarak, bu

14 DOMANIÇ, s.176.

durumlarda da sicile yapılan kaydın, ilan olunmaksızın üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceği belirtilmektedir¹⁵.

Kanaatimizce, yukarıda bahsedilen hükümler, ortaklığın tüzel kişilik kazanması durumunu düzenlemektedir. Sicile yapılan kayıtla ortaklık tüzel kişilik kazanır. Sicile kaydı yapılan ortaklık, normal bir ortaklık olarak faaliyetlerine başlar. Fakat, sicil kaydı ilan edilmedikçe bu husus durumdan habersiz üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Zira, bir hükmün TTK.m.38 anlamında ilan edilme temel şartının istisnasını oluşturabilmesi için, hükümde açıkça ilan olunmaksızın üçüncü kişilere karşı etkili olacağı belirtilmesi gerekir (Bkz. TTK.m.38/II). Oysa, söz konusu hükümlerde, tescille sadece tüzel kişilik kazanılacağı belirtilmektedir. Bir hususun hukuken varlık kazanması ile bu durumun üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi farklı şeylerdir. Dolayısıyla, ortaklıkların sicile tescille tüzel kişilik kazanacakları yolundaki hükümleri, ilan edilmeksizin sadece tescille üçüncü kişilere karşı etkili olacak TTK.m.38/II kapsamında istisnai hükümler olarak görmek mümkün değildir.

Diğer taraftan, yasa koyucu söz konusu hükümlerde üçüncü kişiyi korumak istemektedir. Tüzel kişiliğin kazanılmasının daha sonraki bir tarihe bırakılarak, üçüncü kişilere karşı tüzel kişiliğin henüz kazanılmadığı iddiasının ileri sürülmesi önlenmek istenmiş, bu yolla üçüncü kişiler korunmaya çalışılmıştır. Söz konusu hükümleri kayıtların ilan edilmeksizin üçüncü kişilere karşı etki kazandıkları istisnai hükümler arasında görmek ise, yasa koyucunun üçüncü kişileri koruma amacına açıkça aykırı olacaktır.

Türk Ticaret Kanununun bu düzenlemesi (TTK.m.38/II-432,515), İsviçre hukukundaki OR.933/II,932 hükümleriyle getirilen düzenlemeye uymaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında sicilin üçüncü kişiler üzerinde etkisi, bu şekilde bazı istisnai hükümlerle sırf sicile kayıtla oluşturulabilirken (olumsuz etkinin giderilip, olumlu etkinin başlaması), Alman hukukunda HGB 15/I gereğince, ilandan önce üçüncü kişilere karşı etkinlik kazanma durumu öngörülmemiştir. Bu bakımdan Türk ve İsviçre hukuku, Alman hukukundan ayrılmaktadır¹⁶.

15 ARSLANLI, s.161.

16 ÖZTÜRK, s.166. HGB.15/I açısından esas olan kaydın ilan edilmesi anıdır. Hatta, Alman hukukunda kaydın ilanından sonra da sicilin olumsuz etkisi onbeş gün süreyle devam edebilir. Şöyle ki, üçüncü kişiler ilan edilen bir hususu söz konusu onbeş gün boyunca ne bildikleri ne de bilmek zorunda olduklarını ispat ederek, ilan edilmiş sicil

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz istisnai düzenlemeler (TTK.m.482,515) ticaret sicili sistemimizin temel kurallarıyla çelişmektedir. Bir yandan sicil kayıtlarına oldukça önemli hukuki etkiler yükleyip, bu kayıtları üçüncü kişilerin hukuki konumlarını sarsabilecek duruma getirmek, diğer yandan üçüncü kişilere bu kayıtları öğrenebilme imkanını ve süresini sağlamadan bu etkilerin doğacağını kabul etmek hukuk mantığıyla açıklanamaz.

Bu nedenle hiç bir istisna tanımadan sicil kayıtlarının, en erken ilanlarının yapılması anından itibaren üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edeceğinin kabul edilmesi gerekir¹⁷. Sicil kaydına, sicile kayıt yapıldığı anda etkin olabilme hükmü tanımak, ancak ilgililer veya sicile kaydı gereken işlemin tarafları açısından gerekli olabilir. İlgililer ve işlemin tarafları açısından ise, sicil kayıtları zaten sicile kayıtlı hüküm ifade etmeye başlayacaklardır¹⁸. Üçüncü kişilerin sicile kaydı yapılan bir hususu ilanından önce bilmeleri durumunda ise zaten, TTK. m.39/II gereğince bu husus üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Bu amaçla, yasada öngörülen hallerde, bir hususun tescille beraber derhal üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade etmeye başlayacağına ve sürelerin derhal işleyeceğine ilişkin TTK. m.38/II hükmünün kaldırılması ve bu hükmün kapsamına giren TTK.m.515 ve 482'nin değiştirilmesi gerekmektedir.

C. Kayıtların Yerel Etkinlik Alanı Üzerinde İlanın Rolü

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, sadece sicile kaydı zorunlu bulunup, ayrıca ilanı zorunlu tutulmayan hususlar, ilan edilmeseler de ilgili sicil çevresi içerisindeki üçüncü kişilerce biliniyor kabul edilir. Buna karşılık, bu sicil çevresi dışında bulunan kişilere karşı ileri sürülemezler. Yani, sadece tescilli gereken, ilana tabi olmayan kayıtların etki alanı, kaydın icra edildiği sicil memurluğunun iş bölgesiyle sınırlıdır¹⁹.

kaydının kendilerine karşı ileri sürülmesini önleyebilirler (HGB.15/II). Üçüncü kişilerin yararına böyle bir süre Türk ve İsviçre hukuklarında düzenlenmemiştir.

17 Bkz. JÄNSCH/ZERRES, Handelsrecht, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1994, s.120.

18 BİLGE, Mehmet Emin, Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 209 vd.

19 ARSLANLI, s.163; İMREGÜN, İlkeler, s.78; ÜLGEN, Hüseyin, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), Ankara 1975. s.266. Bu görüşü savunan yazarlardan İmregün şöyle demektedir: "Tescil ve ilanı gerekip de sadece tescil edilen hususlar kural olarak sicil memurluğunun bağlı bulunduğu... (odanın iş çevresinde) hüküm ifade eylediği halde, ilan edilen hususlar tüm

Buna karşılık diğer bir görüşe göre; yasada ilana tabi sicil kayıtlarının tüm Türkiye'de, ilana tabi olmayan kayıtların ise sadece sicil memurluğunun iş çevresinde etkili olacağı şeklinde bir ayırım yapılmadığından, ilana tabi olmayan sicil kayıtlarının da bütün Türkiye'de etkili olması gerektiği savunulmaktadır²⁰.

Kanaatimizce, sicil kayıtlarının yerel etkinlik alanı açısından ilana tabi olan ve ilan edilmeyen sicil kayıtları şeklinde bir ayırımın yasal dayanakları bulunmamaktadır. TTK.m 38/1'e göre; "ticaret sicili kayıtları, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü şahıslar hakkında, kaydın.... ilan edildiği... günü takip eden iş gününden itibaren hüküm ifade eder". Görüldüğü gibi, Türk Ticaret Kanununda gayet açık bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, ticaret siciline kaydedilen bir husus ilan da edilmişse, kaydın yapıldığı sicil bölgesi içerisinde veya dışarısında bulunmaları fark etmeksizin tüm üçüncü kişileri etkiler. İlan edilmemiş sicil kayıtlarının ise ne sicil bölgesi içerisinde ne de dışarısında hiç kimseye karşı ileri sürülebilme olanağı yoktur. Dolayısıyla, sicil kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, tüm üçüncü kişilere karşı ancak ilandan sonra etki kazanırlar.

Yukarıda bazı hususların ilan edilmeksizin kayıtlarla birlikte derhal hüküm ifade edebileceğini belirtmiştik (TTK.m.482,515). Böyle durumlarda kaydın etki sahasına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Dolayısıyla ilana tabi olmayan sicil kayıtlarının etki alanı yasadan anlaşılamamaktadır.

Bu durumda, sicil kayıtlarının etki sahasına ilişkin olarak TTK. m.38/1'de yer alan düzenlemenin, hem ilanı zorunlu olmayan sicil kayıtlarında, hem de ilana tabi olmakla birlikte, sicile kayıtlarla beraber derhal hüküm ifade etmeye başlayacak olan sicil kayıtlarında geçerli olması gerekir. Dolayısıyla TTK.m.482 ve 515 gereğince tescil edilip, henüz ilan edilmemiş hususlar, sicil bölgesi içindeki ve sicil bölgesi dışındaki tüm üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Bu sonuç hakkaniyete aykırı görülerek eleştirilebilir. Ancak, sicil bölgesi içinde dahi, bir hususun ilan edilmeksizin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi kabul edilemez. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından olaya baktığımızda; yeni bir yasal düzenleme yapılarak kural olarak tüm sicil kayıtlarının ilanı sağlanmalıdır. Üçüncü kişilere karşı ilansız ileri sürülebilme olanağı tanıyan istisnai düzenlemeler kaldırılmalıdır.

Türkiye'ye etkindir". Yazarın "tescil ve ilanı gerekip de" ifadesinden ilanı zorunlu olduğu halde, ilan edilmemiş hususların da üçüncü kişilere karşı (sicil bölgesi içinde dahi olsa) etki kazanabilecekleri anlamı çıkmaktadır.

²⁰ POROY/YASAMAN, s. 139; DOMANIÇ, s. 176; KARAHAN, s. 111.

**AVRUPA TOPLULUĞUNUN KAMUYU
AYDINLATMAYA İLİŞKİN 9 MART 1968 TARİH VE
68/151/EEC SAYILI BİR NOLU ŞİRKETLER
HUKUKU KONSEY YÖNERGESİ***

*Çeviren:Yrd.Doç.Dr. Şükrü YILDIZ***

BİRİNCİ KONSEY YÖNERGESİ

58. Maddenin İkinci Paragrafı Anlamında Şirketler için, Üye Devletlerde,
Şirketlerin ve Üçüncü Kişilerin Menfaatine Konulmuş Bulunan Koruyucu
Hükümlerin Koordinasyonuna İlişkin

9 Mart 1968 tarihli ve 68/151/EEC Sayılı Konsey Yönergesi

AVRUPA TOPLULUĞU KONSEYİ,

AnlaŐmaya göre, Avrupa Ekonomik Topluluğunu tesis etme, özellikle
madde 54 (3) (9) ;

Kuruluşların serbestliğindeki kısıtlamaların kaldırılmasına yönelik, özellikle
VI. Başlık içindeki genel programa dayanarak¹,

Komisyonun önerilerine dayanarak,

Avrupa Parlementosu görüşlerine² dayanarak,

Ekonomik ve Sosyal Komitenin görüşlerine³ dayanarak,

Madde 54 de sağlanan işbirliği ve kuruluşların serbestliğindeki
kısıtlamaların kaldırılması hususundaki genel programdaki bu işbirliği çok
acil bir konudur. Özellikle sermayesi paylara bölünmüş Şirketlere ve

* Yönergenin çevrisinde 14.3.1968 tarihli Official Journal of the European
Communities No L 68 deki metin ve biçim esas alınmıştır.

** AÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

1 OJ No 2, 15.1.1962, p. 36/62.

2 OJ No 96, 28.5.1966, p.1519/66,

3 OJ No 194, 27.11.1961, p.3248/64.

sorumlulukları sınırlandırılmış şirketlerin çalışmalarını ulusal sınırlar dışında genişletmeleri durumunda özellik arz eder.

Bu şirketlerin hükümsüzlüğü, üstlendiği yükümlülüklerin geçerliliği ve bunların ifşaatına ilişkin ulusal çalışmaların koordinasyonunda, özellikle üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak konusunda özel önem arz eder,

Bu şirketlerin üçüncü kişilere sağlayacakları tek güvence aktif malvarlıkları olduğundan anılan durumlarda Komite kararları bu şirketler tarafından öncelikle dikkate alınmalıdır.

Şirketin esas sözleşmesi, içeriklerinin üçüncü kişiler tarafından araştırılması ve incelenmesi amacıyla ilan edilmeli ve şirkete ait bilgiler özellikle şirket temsilcilerine yetkileri ile şirketi borç altına sokabilecek kişilerde ayrıntılı bir şekilde açıklanmalıdır.

Gerektiğinde, şirket ve üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerin hukuken kesinliğini sağlamak için ve üyeler arasında hükümsüzlüğün ortaya çıkabileceği durumları, hükümsüzlüğün geriye yürümesini ve etkilerini sınırlamak için ve bu tür açıklamalara üçüncü kişilerin karşı görüş bildirmelerinde kısa bir süre belirlemek için bu yönergeyi kabul etmişlerdir.

Madde 1

Bu yönerge ile açıklanan işbirliği önlemleri üye ülkelerdeki aşağıdaki tür şirketlere uygulanabilir⁴.

BÖLÜM I

Açıklama

Madde 2

1. Her üye devlet, Yönerge kapsamına giren şirketler açısından, asgari aşağıdaki hususların üçüncü kişilerin bilgisine sunulmasını sağlamak zorundadır:

- (a) Eğer ayrı bir düzenleme söz konusu ise kuruluş anlaşması ve şirket esas sözleşmesi

4 Yönerge kapsamına üye devletlerin(Almanya, Belçika, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Hollanda) beyanına göre, sınırlı sorumlu sermaye şirketleri olarak nitelendirilen , Anonim Şirket, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirket ve Limited Şirketler girmektedir.

- (b) Şirketlerin sürelerinin uzatılmasına yönelik tüm kararları da içeren yukarıda (a) da sözü edilen esas sözleşme üzerinde yapılacak bütün değişiklikler
- (c) Kuruluş anlaşmasında ya da şirket esas sözleşmelerinde yapılacak her türlü değişikliklerle ilgili metinlerin tamamı
- (d) Şirketin kanuni organında üye olarak atananlar veya yetkinin kişisel olarak ya da bir bütün olarak kısıtlanması durumunda özel olarak görevlendirilen kişiler;
- i. Şirketin üçüncü kişiler ile ilişkilerinde veya dava muamelelerinde yetkilidir,
 - ii. Şirketin yönetimi, kontrolü veya denetiminde görev alırlar.
- Bu kişilerin şirketi tek başlarına mı veya başkaları ile birlikte mi temsile yetkili oldukları, bu açıklamalarda görev süreleri de açıkça gösterilmek suretiyle belirtilmiş olmalıdır.
- (e) En az yılda bir defa, taahhüt edilen şirket sermayesi veya kuruluş anlaşması ya da esas sözleşmede belirlenmiş çıkarılmış sermaye miktarı ile sermayede meydana gelen değişikliklerin açıklanması;
- (f) Her mali yıl için bilanço ve kar-zarar hesabı. Bilanço ile birlikte kanuni temsilcilerin kişisel özellikleri ;
- Konsey bu yönergenin kabulünden itibaren iki yıl içinde bilançonun tam ve eksiksiz olarak açıklanması hususlarını ihtiva eden bir yönergeyi kabul edecektir.
- (g) Şirket merkezinde meydana gelebilecek her değişiklik,
- (h) Şirketin faaliyetine son verilmesi
- (i) Şirketin hükümsüzlüğüne ilişkin mahkeme kararları
- (j) Tasfiye memurlarının atanması, bunların yetkileri açıkça ve özellikle kanunlarda ve esas sözleşmede düzenlenmemişse, bunların yetkileri buna ilişkin detaylar
- (k) Tasfiyenin tamamlanması ve üye devletlerde şirket kaydının sicilden silinmesi
2. Paragraf 1 in amaçları doğrultusunda BNV(Limited) olarak kabul edilen şirketler aşağıdaki şartlara uymak zorundadırlar:
- (a) Bunlar hamiline pay çıkaramazlar

- (b) Hollanda Ticaret Kanunu 42(c) maddesinde olduğu gibi kayıtlı payların sahibine her hangi bir kişi tarafından sertifika tesis edilmesi mümkün değildir.
- (c) Bunların payları menkul kıymet borsalarında fiyatlandırılmaz.
- (d) Bu şirketlerin esas sözleşmelerinde, payların üçüncü kişilere devrinden önce bunların şirketin kabulüne bağlı olduğuna ilişkin hükümlerin yer aldığı bir bölüm olmalıdır. Ancak her türlü pay devri sözleşmeleri devreden ve devralanın elle imzasını da ihtiva eden yazılı şekilde yapılmalı ve Noter tarafından imzalanmış olmalıdır. Fakat ölüm durumundaki devirlerde ve esas sözleşme izin veriyorsa, karı-koca mallarının idaresi gereğince yapılan devirlerde bu şartlara gerek yoktur.
- (e) Bu şirketlerin esas sözleşmeleri, şirketin limited şirket olduğunu veya limited şirket olduğunu belirten kısaltmaları ihtiva etmelidir.

Madde 3

1. Her taraf devlette, merkezi sicil, ticari sicil ya da şirketlere özgü olan sicilde tescili yapılmış her şirket için bir dosya açılmalıdır.
2. Madde 2'nin uygulanması açısından açıklanacak tüm belge ve bu belgelerin detayları, bu dosyada muhafaza edilmeli ve sicile kaydedilmelidir. Bu konu ile ilgili her türlü bilgide bu dosyada kayıt altına alınmalıdır.
3. Madde 2 anlamındaki bu belge veya beyanların tamamının veya istenilen kısmının bir kopyasının, yazılı istek üzerine ve idarece belirlenen fiyatın ödenmesi şartıyla elde edilebilecek şekilde hazır tutulmalıdır.
Başvuru sahibi istekte bulunmasa dahi, kopyası alınan belgelerin doğruluğunun tasdik edilmesi şarttır.
4. 2 nci Paragrafta dikkat çekilen belgeler ve bunların eklerinin bu amaçlar doğrultusunda resmi nitelikli ulusal bir gazetede ilan edilmesi üye devletler tarafından sağlanır. İlanın, bu belgelerin tam metnini veya belli bir bölümünü içerecek şekilde yapılması; ya da ilanda o belgenin sicil dosyasına tevdi edilmiş olduğuna veya tescil edilmiş bulunduğu işaret edilmesi gereklidir.
5. Eğer şirket üçüncü kişilerin bu bilgilere daha önceden sahip olduklarını ispatlayamıyorsa; bu belgeler ve ekleri Paragraf 4'e uygun olarak ilan edildikten sonra şirketçe üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Buna mukabil, ilanı takip eden on altı gün içinde yapılan işlemlere ve bu

bilgilere ulaşmanın mümkün olmadığını ispatlayan üçüncü kişilere karşı bu belge ve ekleri ileri sürülemez.

6. Üye devletler, basında açıklananlar ile sicil veya dosyalarda olan bilgiler arasında ihtilafı önleyici tedbirleri alırlar.

Yinede ihtilaf durumlarında basında yayınlanan belgeler üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Meğer ki, şirket üçüncü kişilerin elde ettikleri bilgilerin dosyalara girmiş veya sicile kaydedilmiş bilgiler olduğunu ispatlayamamış olsun.

7. Üçüncü kişiler, ilan işlemleri bitirilmeden önce de her zaman her türlü belge ve bunların eklerine dayanabilirler. Meğer ki o işlem ancak ilan ile geçerlilik kazansın

Madde 4

Taraf devletler aşağıdaki eklentileri kapsayacak şekilde belge ve mektupları düzenli olarak muhafaza ederler

-Madde 3'de sözü edilen dosyanın içinde bulunduğu şirketin kayıtlı olduğu sicil ile birlikte sicildeki kayıt numarası,

-Şirketin hukuki şekli (türü ve ünvanı), şirketin merkezinin bulunduğu yer ve şirketin faaliyetine son verildiği hususu.

Bu belgeler şirket merkezinde bulunmalı ve bilgi yazılı başvuru halinde bedeli ödenmek şartıyla elde edilmelidir.

Madde 5

Her taraf devlet bu tescil ve ilan mükellefiyetinin hangi kişiler tarafından yerine getirileceğini belirtir.

Madde 6

Şu durumlarda taraf devletler uygun cezaları uygulayabilirler.

-Bilanço ve zarar hesaplarının madde 2 (1) (f) de gösterildiği şekilde yapılmaması

-Madde 4 de istenen ticari belgelerdeki mecburi eklerin çıkarılması.

BÖLÜM II

Bir şirketin üstlendiği yükümlülüklerin süresi

Madde 7

Eğer bir şirket hukuki kişiliği iktisap etmeden önce, şirket adına işlem yapılmış ve şirketi bu işlemle bağlı tutmak mümkün değilse, başka bir anlaşma yapılmadıkça, işlemi yapan kişiler şahsen ve müteselsilen sorumludurlar.

Madde 8

Şirketi temsil yetkisine haiz olanlar ilan edilmiş ise, bunların tayinindeki herhangi bir hukuki sakatlık, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez., meğer ki, üçüncü kişilerin bu bilgilere daha önceden sahip oldukları şirketçe ispat edilemesin

Madde 9

Şirket, organları tarafından yapılan işlemler şirket konusu olarak değerlendirilmese bile, bu işlemlerle borç altına girer; yeter ki, bu işlemlerde bulunan organlar kanunların kendilerine verdiği yetkiyi aşmamış olsunlar.

Yine de, üye ülkeler bu işlemler şirket konusu dışında kaldığı durumlarda üçüncü kişinin bu işlemlerin şirket konusu dışında kaldığını bildiğini veya bunların oluştuğu durumlardan anlaşılabilirliğini ispatlarsa, şirketin borç altına girmeyeceğini öngörebilirler. Ancak, şirket organlarının yetkilerindeki sınırlamaların, özellikle esas sözleşme ile birlikte ilan edilmiş olması üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezler.

Üye ülke kanunları bir şirketi temsil yetkisini, esas sözleşme hükmü ile bir kişiye veya birden fazla kişiye birlikte hareket etmek şeklinde verilebilir. Esas sözleşmede bulunan böyle bir şart ancak genel temsil yetkisi bulunduğu durumlarda üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirler, böyle bir şarta sahip esas sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi 3. Madde de yer alan ilan mükellefiyetinin yerine getirilmiş olmasına bağlıdır.

BÖLÜM III**Şirketin Hükümsüzlüğü****Madde 10**

Bir şirketin kuruluşunda, yönetsel ya da yargısal anlamda koruyucu denetim mekanizmasına imkan sağlamayan üye devletlerin tümünde, şirketin tüzel kişilik kazanması; kuruluş anlaşması, şirket esas sözleşmesi ve bunlarla ilgili belgelerin kanundaki şekil şartlarına uygun olmasına bağlıdır.

Madde 11

Üye ülkelerin kanunları aşağıdaki şartlar haricinde şirketlerin hükümsüzlüğüne (sona ermesine) karar veremezler.

Sona erme mahkeme kararına dayanmalıdır.

Sona erme yalnızca aşağıdaki durumlarda söz konusu olabilir.

- a) Kuruluş anlaşması yoksa veya koruyucu denetim kurallarına uyulmamış ya da zorunlu kanuni merasim tamamlanmamışsa,
- b) Şirket konusunun kanuna veya kamu düzenine aykırı olması
- c) Şirketin ünvanı, ortaklar tarafından taahhüd edilen sermaye miktarı veya şirketin konusu, kuruluş anlaşmasında veya esas sözleşmede yer almamışsa,
- d) Asgari sermayeye ilişkin ulusal hukukun gerekli kıldığı şartların yerine getirilmemiş olması,
- e) Kurucu üyelerin tamamının ehliyetsizliği,
- f) Şirketlerdeki kurucu ortak sayısının ikiden az olamayacağına ilişkin ülke kanunlarına muhalefet,

Bu sayılanların haricinde, şirket hiçbir şekilde yokluk ve sona erme gibi nedenlerle dava konusu edilemez.

Madde 12

1. Mahkeme kararı ile sona ermiş şirket ile ilgili kararın üçüncü kişilere uygulanıp uygulanmayacağı sorunu Madde 3 ile çözümlenir. Eğer ülke kanunu üçüncü kişiye karara itiraz hakkı tanıyorsa, itiraz bu kararın yayımlanmasından itibaren 6 ay içinde yapılmalıdır.
2. Sona erme şirketin tasfiyesi gibi diğer sona erme işlemlerine de cevaz verir.

3. Sona erme tek başına şirketin yükümlü olduğu taahhütlerinin geçerliliğine etki etmez,
4. Her üye ülke hukuku, şirket üyelerinin aralarında yaptıkları gibi, şirketin sona ermesine yönelik düzenlemeler yapabilirler.
5. Pay sahipleri daha önceden kararlaştırılmış taahhüt edilen miktarlardaki parayı ödemek durumundadırlar.

BÖLÜM IV

Genel Şartlar

Madde 13

Üye devletler bu yönergenin ilanını takiben 18 ay içinde , kanunlarda, tüzüklerde ve idari işlemlerde yönerge şartlarının yerine getirilmesi yolunda uygun değişiklikleri yapmak durumundadırlar, ayrıca komisyonu da en kısa zamanda bilgilendirir.

Madde 2 anlamında açıklama (ilan) mecburiyeti bu direktifin ilanından itibaren 30 aya kadar yürürlüğe konamaz. Üye ülkeler 31 aralık 1970 tarihi, tüzüğün ilk değişikliği veya herhalde erken bir tarihte şirket kuruluşunun kabul edilmeyeceğine yönelik tüzüğün tam metnine ilişkin ilk açıklamaları yapabilir.

Bu yönerge belirlenen çerçeve ülke kanunlarında yapılan düzenlemeler üye ülkelere komisyona bildirecek çalışmaları yapar ve bu konuda komisyona bilgi verilir.

Madde 14

Bu yönerge tüm üye ülkelere gönderilmiştir.

9 mart 1968 de Brüksel de hazırlanmıştır.

Konsey adına Başkan M.COUBE de MURVILLE

İİK'nun 251. Maddesinin II. Fıkrası Üzerine Bir İnceleme

*Dr. Seyithan DELİDUMAN**

I. Genel Olarak

İflas aciz belgesini düzenleyen İİK'nun 251. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre; "Aciz vesikası 143 üncü maddede yazılı olan hakları verir. Fakat, müflis yeni mal iktisap etmedikçe hakkında yeniden takip talebinde bulunulamaz...".

İİK m. 251, II'de her ne kadar "müflis yeni mal iktisap etmedikçe hakkında yeniden takip talebinde bulunulamaz" denilmekte ise de, gerçekte iflas aciz belgesine dayanılarak yeniden takip talebinde bulunulabilir; fakat, müflis yeni mal iktisabında bulunmadığı yolunda itiraz ederse takibe devam olunamaz; takibe devam edilebilmesi için, borçlunun bu itirazının (def'inin) giderilmesi gerekir¹.

Demek oluyor ki, yeni takipler bir tahdide maruz bırakılmaktadır. Şunu hemen belirtelim ki, kanun koyucunun böyle bir tahdit koymuş olması, ekonomik-politik sebeplere dayanır. Zira, iflasın kapanmasından sonra borçlu aleyhine girişilecek takiplere bir sınır konulmak suretiyle, tamamı masadan karşılanmayan bir borçtan dolayı yeniden takibe girilmeden önce, borçlunun kendi ekonomik durumunu yeniden tesis edebilmesine fırsat verilmek (adeta ona rahat bir nefes alabilme ve yeniden dirilme imkanı tanınmak) istenmiştir. Aslında iflastan henüz çıkmış olan borçluya bir müddet kendine gelebilmesi için fırsat tanınması gayet yerindedir².

Borçlunun kendine gelebilmesi için, kendisine fırsat tanınması konusunda İngiliz-Amerikan hukuk sistemleri daha da ileri giderek, hakime, borçlunun iflasının kendi kusuruna dayanmadığının tesbit edilmesi halinde

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi

1 Jaeger, C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, s. 265, N.8; Berkin, M. N., İflas Hukuku, İstanbul 1971, s. 386; Üstündağ, Ü., İflas Hukuku, İstanbul 1991, s. 182.

² Jaeger, Art. 265, N. 8; Üstündağ, s. 182-183.

onu, kalan borçlarından -bir kısım istisnalar (nafaka talepleri, haksız fiilden doğan maddi tazminat alacakları ve bazı kamu hukukunda doğan alacaklar)- hariç tamamıyla kurtarabilme yetkisi verilmiştir³.

Buna karşı Alman, Fransız, Avusturya ve İtalyan hukukları ise, kalan alacağın her zaman talep edilebileceği yetkisini vermektedir⁴. Örneğin, Alman iflas kanununun 164. maddesine göre, iflasın kapanmasından sonra, tatmin edilmemiş iflas alacaklıları bu alacakları için borçlu aleyhine herhangi bir tahdit ile karşılaşmaksızın takipte bulunabilirler. Kanunumuz ise ortalama bir yol tutmuştur ve ne borçluyu borçlarından tamamen kurtarmıştır, ne de onun her zaman takip edilmesine fırsat vermiştir. Kanunumuza (m. 251) göre, borçlunun yeniden takip edilebilmesi için, onun iflasın kapanmasından sonra yeni mal iktisap etmiş olması gerekir⁵.

Haciz aciz belgesinde, iflas aciz belgesinden farklı olarak, borçlu aleyhine her zaman yeni takibe girişilebilmektedir (m. 143). Haciz aciz belgesine dayanarak yeniden takip için yeni mal iktisap etme şartı aranmamaktadır. Hatta, haciz aciz belgesinin elde edilmesinden itibaren bir yıl içerisinde takip yapılması halinde ödeme emri tebliğine bile gerek bulunmamaktadır (m. 143, III). Acaba bu farklılığın sebebi nedir? Kanun neden müflise ayrıcalıklı bir durum vermek istemiştir?.

Aslında bunun sebebini anlamak gayet basittir. İflas külli bir tasfiye şeklidir ve borçlunun bütün malları tasfiyeye dahildir. Dolayısıyla, borçlunun elinde haczi kabil hiç bir malı kalmamıştır.

Bazı yazarlar⁶, haciz aciz belgesi borçlusunun da aynı himaye (yeni mal iktisap etmediği şeklindeki himaye) den yararlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu yazara göre, madem amaç borçlunun ekonomik varlığının yeniden meydana gelmesini sağlamaktır; öyleyse, faiz alacağı bakımından aynı sonucu doğuran aciz belgelerinin, yeni mal iktisabı şartı ile takip hukuku bakımından da aynı olması gerekir.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, yukarıda da belirttiğimiz gibi iflas külli bir tasfiyedir ve bu yönüyle icradan çok farklıdır. Kanunun amacı sonuçsuz takipleri önlemektir. Sonuçsuz takip ihtimali ise iflasta

³ Blumenstein, E., Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungrecht, Bern 1911, s. 816, dn. 24; Fritsche, s. 184 (naklen: Üstündağ, s. 183)

⁴ Blumenstein, s. 816, dn. 24.

⁵ Üstündağ, s. 183.

⁶ Arık, F., Borç Ödemeden Aciz Vesikası, (Adalet Dergisi., Ankara 1943), s. 952.

icraya oranla çok daha fazladır. Zaten kanunun bu hükmünün amacı da borçlu kadar alacaklıyı da korumaktır.

İflas, müflisin mevcudu tasfiye masraflarını karşılamadığı için kapatılmış ise, müflis yeni mal iktisap etmemiş olsa bile, takip olunabilir. Çünkü, bu halde alacaklılara bir aciz belgesi verilmemiş, onlar müflisten hiç bir şey alamamışlardır. Kanun ise müflisi borçlarından affetmiyor. Dolayısıyla, bu halde, iflastan evvelki ve sonraki alacaklılar genel hükümler dairesinde müflisi takip edebilirler⁷.

II. Yeni Mal İktisabından Maksat

Yeni mal iktisabından ne anlaşılması gerektiği konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu kavramı doktrin ve mahkeme içtihatları açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır.

Konu doktrinde de uzun süre tartışılmıştır. Jaeger'e göre⁸, yeni mal iktisabı, herhangi bir aktifi değil, yeni borçlar indirildikten sonra kalan sâfi aktifi ifade eder. Reihel konuyu biraz daha açık şekliyle şöyle ifade etmektedir; Borçlunun takip yapılan andaki mevcut olan aktiflerinden, yeni, başka bir deyişle, iflasın açılmasında sonra doğmuş olup da iflas masasına girmemiş bulunan borçlarının çıkarılmasından sonra elde edilen net malvarlığını ifade eder⁹. Böyle olmasa, kanunun 265 maddesi hükmü (İİK. m. 251) lüzumsuz kalmasından başka, yeni mal iktisabının tesbitinde seri muhakeme usulü ile karar verilmesindeki zorunluluk anlaşılmaz. Mal iktisabı sâfi aktif olarak kabul edilmediği takdirde bu özel hükmün dayandığı esası teşkil eden, borçlunun yeni bir hayat kurabilmesi himayesinden de söz edilemez¹⁰.

⁷ Belgesay, M. R., İcra İflas Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, C.II., s. 442.

⁸ Blumenstein, s. 817; Jaeger, Art. 265, N. 8; Leeman, H., Die Schweizerische Verluſtschein, Bern 1907, s. 99; Fritsche ve (naklen:Leuthart, U., Die Wirkung der Konkurs-verluſtscheinforderung nach Beendigung des Konkurses. Zürher Dissertation, Brotschrift, Zürich 1958, s. 33 ve zikrettiği BGE 65 III 17).

⁹ Reihel, A., Bundesgezets über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1901, Art. 265, N. 5.

¹⁰ 1965 değişikliğinde kanundaki seri usul yerine basit yargılama Usulü kabul edilmiştir (bkz. İİK. m. 251 ve Berkin, s. 387).

Federal Mahkemeye göre¹¹, borçlunun yeni mal iktisap etmesi, onun iflas sonrası yeni aktif elde edip, buna karşı yeni pasifinin bulunmamasıdır.

Net malvarlığı teorisi olarak adlandırılan¹² bu teorinin tam olarak anlaşılabilmesi için aktif ve pasiflerden ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Aktifler:

Kanun koyucu İİK. m. 251, II hükmü ile bir yandan sonuçsuz takiplerden kaçınmak, diğer yandan da borçluya yeniden dirilme imkanını vermiştir. Borçlunun elde ettiği her yeni aktifin haczedilmesi ile borçluya tanınan yeniden dirilme birbiriyle bağdaşmaz. Borçlunun yeniden dirilmeyi sağlayabilmek amacıyla gerekli olan krediyi bulabilmesi için birtakım aktiflere sahip olması gerekir. O yüzden aktiflerin tesbitinde tüm aktifler dikkate alınmaz. Örneğin, borçlunun sosyal durumuna göre yaşaması için gerekli olan aktifler nazara alınmaz. Tabiatıyla İİK. m. 82'de haczi caiz olmayan aktiflerde nazara alınmaz¹³.

İsviçre'de tanınmış kitaplarda ve mahkeme içtihatlarında, borçlunun bir arabasının olmasının onun ekonomik ilişkiler bakımından yaşamını sürdürebilmesi için gerekli kabul edilmekte ve aktiflerin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır¹⁴. Ancak ülkemiz açısından bunun böyle olduğunu söylemek zordur.

Borçlunun sosyal yaşamını sürdürebilmesi için yaptığı harcamalar da dikkate alınmaz, ancak, onun normal sosyal yaşamının gereği olan ortalama masraftan fazla bir masraf yapması halinde, normalin üst kısmı yeni malvarlığı olarak kabul edilebilir. Örneğin, borçlunun normalden fazla büyük bir steno alması durumunda, normal stenonun fiyatı elli milyon ise onun yüzelli-ikiyüz milyona bir steno alması halinde normal fiyatı aşan kısım aktif olarak kabul edilir ve yeni malvarlığı sayılır¹⁵.

¹¹ BGE 109 III 94; 99 Ia 19 (Baumgartner, R., Die Bildung neuen Vermögens gemaess Art 265, Abs 2 SchKG, Zürher Dissertation, Broschiert, Zentralstelle der Studentschaft, Zürich 1988, s. 30).

¹² Baumgartner, s. 29.

¹³ Leuthart, s. 33.

¹⁴ Baumgartner, s. 30.

¹⁵ Baumgartner, s. 31.

Pasifler:

Aktiflerin hesaplanması zor olmamasına rağmen pasiflerin hesaplanması birtakım problemler arz etmektedir.

Bir kere, pasiflerin hesaplanmasında, iflas aciz belgesinde yazılı olan borç dikkate alınmaz¹⁶. Sadece iflasın açılmasından sonra meydana gelen pasifler dikkate alınır¹⁷. Fasif kavramına neler girer?

Lanter'e göre, borçlu bütün borçlarından sorumlu olmalıdır. Onun borçları ile yeniden dirilme esası arasında bir ilişki yoktur. Başka bir ifade ile, borçlunun yeniden dirilmesine hiç bir şey engel değildir. Çünkü borçlu ancak ilişkileri üzerine ayakta durabilir, dolayısıyla bu ilişkilerin gereği olan borçlarını yerine getirmelidir¹⁸.

Eğer bu görüş, yani borçlunun bütün borçlarından sorumlu olacağı, kabul edilmiş olsa, onun bütün borçlarını ödeme konusunda motive olması mümkün olmaz. Çünkü, o zaman borçlunun yeni malvarlığı edinmemek için pasiflerini artırmasında yarar olacaktır. Bu da müflis borçlunun ekonomik olarak rahatlama ve yeniden dirilme düşüncesi ile çelişir.

Pasiflerin hesaplanmasında tüm pasifler değil, iflasın açılmasından sonra meydana gelen pasifler hesaplanır. Borçlunun sosyal yaşamını sürdürebilmesi için yapmış olduğu birtakım harcamalar varsa bunlarda pasife dahildir. Ancak, borçlunun ihtiyaçları tesbit edilirken, onun bunu alacaklıların zararına olarak kullanmamasına dikkat edilmelidir¹⁹.

Yeni malvarlığından ne anlaşılması gerektiği konusunda son olarak şu soruya cevap aramamız yerinde olacaktır.

Acaba, iflas aciz belgesine dayanarak alacaklının borçlu aleyhine takipte bulunabilmesi için, müflisin elinde bir sermaye bulunması şart mıdır?, yoksa, müflis borçlunun normal olarak sermaye haline dönüştürebileceği bir gelirinin olması yeterli midir?

Federal Mahkeme önceleri, borçlunun çalışması sonucu elde ettiği kazançların, sermaye haline geldiği ve böylece gerçek bir malvarlığına

¹⁶ Jaeger, Art. 265, N. 8.

¹⁷ Baumgartner, s. 32.

¹⁸ Lanter, s. 123 (naklen: Baumgartner, s. 32).

¹⁹ Baumgartner, s. 33.

dönüştüğü takdirde yeni malvarlığı olarak kabul edilebileceği görüşünde idi²⁰.

Ancak Federal Mahkeme bu konudaki görüşünü değiştirmiş ve borçlunun sermaye haline dönüştürebileceği bir gelirinin olmasını yeterli görmüştür²¹. Federal Mahkeme daha sonra verdiği bir kararında da bu görüşünü şu şekilde teyit etmiştir; “Geliri kendisinin sosyal yaşamına uygun bir geçim için yeten ve artan kısmını da sermaye olarak tasarruf etmesi mümkün olan kısmı yeni mal iktisabı olarak kabul edilir”²². Yargıtay da, Federal Mahkemenin bu görüşünü paylaştığı izlenimini uyandıran bir karar vermiştir. Yargıtay’ın 22 Mart 1958 tarihli kararı şöyledir; “İflas kapandıktan sonra borçlunun çalışmakta olduğu müesseseden almakta olduğu ücretin ancak ailesi efradının geçim ihtiyacını karşıladığını ve bu kazancın mal iktisabı mahiyetinde sayılmasına imkan olmadığını...”²³. Yargıtay’ın bu kararından, borçlunun almakta olduğu ücretin, onun ailesini geçindirmek için gerekli olan miktardan fazla olması durumunda bu kısmın mal iktisabı olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır. Nitekim bu yaklaşımı Türk kanun koyucusu da paylaşmış olacak ki, 3222 sayılı Kanun ile İİK’nun 338. Maddesinde değişiklik yaparak şöyle bir hüküm getirmiştir²⁴. Bu hükme göre;

“Hakkında aciz vesikası alınmış borçlu , asgari ücretin üstünde bir geçim sürdüğü, aciz vesikası hamili alacaklının alacağına aciz vesikasına bağlanmasından en geç beş sene içinde müracatı üzerine sabit olursa, asgari ücretin üstünde kalan gelirlerinden icra tetkik merciinin dörtte birden az olmamak üzere tespit edeceği kısmını mercii kararının kesinleşmesinden itibaren en geç bir ay içinde ve aciz vesikasındaki borcun ödenmesine kadar her ay icra dairesine yatırmaya mecburdur...” (İİK. m. 338, II).

Borçlu, aldığı ücret ile kendisinin ve ailesinin geçimini sağladıktan sonra, tasarruf yapabilecek durumda olmasına rağmen, müsrifçe hareket etmesi sebebiyle böyle bir tasarruf yapmamış olsa bile, yeni mal iktisap etmiş sayılmalı ve ücretinin bir kısmını aciz belgesi hamili alacaklılar

²⁰ Jaeger, Art. 265, N. 8, s. 279; Leemann, s. 102.

²¹ BGE 79 I 115.

²² BGE 99 Ia 19; Leuthart, s. 33.

²³ İİD’nin 1958 T. 904 E. 1795 K. sayılı yayınlanmamış kararı Kuru tarafından zikredilmektedir (Kuru, B., İflas ve Konkordato, Ankara 1971, s. 346, dn. 18).

²⁴ Üstündağ, s. 184.

tarafından haczettirilebilmelidir. Ayrıca karı da aile masraflarına iştirak edeceğinden (MK. M. 190), kocanın ücretinin yeni mal iktisabı sayılıp sayılmayacağına karar verirken, karının geliri de nazara alınmalıdır²⁵.

Yeni mal iktisap edilmiş olup olmadığını belirleyebilmek için hakim, karar anını değil, takip tarihini esas almalıdır. Yani, yeni mal takibin açılması anında mevcut olmalıdır²⁶.

Federal Mahkemeye göre, "... borçlu, itiraz yolu ile yeni mal iktisap ettiğini kabul etmediği takdirde, hakim, borçlunun yeni mal iktisap edip etmediğini ve etmişse ne ölçüde ettiğini bildirmediğçe, takibe devam olunamaz. Hangi malların yeni mal sayıldığını tespit etmek sadece hakime aittir; hakim, bu konuda icra müdürünün kararına önceden teslim olamaz. Takibe, ancak hakimin yeni mal olarak kabul ettiği miktar için devam edilir ve ancak hakimin yeni mal olarak kabul ettiği malların haczine yol açabilir..."²⁷. Bundan da anlaşılıyor ki, borçlu aleyhine en erken, hakimin vermiş olduğu karardan sonra ve o kararda yeni mal olarak gösterilmiş olan mallar hakkında takip yapılabilir²⁸.

A. Yeni Mal İktisap Etmeme Def'inin Temeli ve Beneficium Competentiae Müessesesi

Acaba aleyhine aciz belgesi alınan müflis borçluya karşı takipte bulunmak için onun mal iktisap etmesini beklemek hangi esasa dayanır.

Federal Mahkeme'ye göre, Kanunun bir lütfu olan bu def'in temeli müşterek hukuktaki Beneficium Competantiae müessesesidir. Bu müessese, temeli Roma Hukukuna dayanan ve cebri icra esnasında borçlunun yaşaması için zorunlu olan malları muhafaza edebilmesi hakkını ifade eden bir müessesedir²⁹.

²⁵ BGE 79 I 113; Kuru, s. 346, dn. 18; Öztekin, S., İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi, İstanbul 1994, s. 139.

²⁶ Öztekin, s. 139.

²⁷ BGE 79 I 116; aynı yönde BGE 99 Ia 20; Leemann'a göre ise hakim kararında sadece, borçlunun yeni mal iktisap ettiğini belirtmek ile yetinmelidir. Borçlunun hangi mallarının yeni mal sayıldığını belirlenmesi alacaklıya bırakılmalıdır (Leemann, s. 116).

²⁸ Leuthart, s. 30.

²⁹ Arık, s. 952.

Jaeger³⁰ bu görüşe katılmamakta ve 251. maddedeki def'in temelini bu müesseseye dayanmadığı ve sözkonusu müessesenin kanununun 92 (İİK. m. 82), 93 (İİK. m. 83) ve 197, I (İİK. m. 184,I) maddelerinde yaşadığını ve bu maddelerde borçlunun ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için zoruri olan asgari miktarın borçluya bırakılmasını temin etmektedir. Ancak, 265 (İİK. m. 251) daha da ileri giderek borçluya yeni bir iktisadi hayat sağlama gayesin gütmüştür. Yazara göre, bu hüküm başka bir durum da ortaya çıkarmaktadır, o da, müflise karşı iflasın açılmasından sonra alacaklı olan alacaklılar ayrıcalıklı duruma sokulmuş olmasıdır. Zira, müflisin mallarına bu alacaklılar sınırsız olarak müracat edebileceği halde, aciz belgesi hamili alacaklılar ise ancak, yeni alacaklıların alacağı çıkarıldıktan sonra kalan birşey olursa bu kalan kısım üzerinde cebri icra faaliyetini devam ettirebileceklerdir.

B. Yeni Mal İktisap Etmeme Def'inin Hukuki Mahiyeti Usuli veya Maddi Hukuk Hukuk Def'i)

Yeni mal iktisap etmeme def'inin Usul Hukukuna ait bir def'i mi yoksa Maddi Hukuk'a ait bir def'i mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bu konuda farklı üç görüş bulunmaktadır.

Jaeger'in öncülüğünü yaptığı bir görüşe göre, burada maddi hukuk anlamında bir def'i sözkonusudur. Çünkü, 265. (İİK. m. 251) maddede yeni alacaklılar aciz belgesi sahibi alacaklılarına karşı korunmuştur³¹.

Bir başka görüş³² ise, burada usuli bir sınırlamanın olduğunu belirtmektedir. Bu görüş taraftarlarıncı, herşeyden önce kanunun lafzı kendilerini desteklemektedir. Çünkü, kanun "takip yapılması halinde" demektedir. Takip usuli bir terimdir, yeni mal edinme def'i de sadece usuli niteliktedir. Ayrıca kanun koyucunun amacı iflas aciz belgesi alacaklılarını tüm sonraki alacaklıların tatmin edilmesine kadar mahrum bırakmak değildir.

Bu görüş, usuli takyidi genel hukukun borçluya yaşaması için gerekli olanın kendisine bırakılması şeklinde ifade edilen Beneficium Competentiae'sine dayandırmaktadır ve demektedir ki, SchKG'nin (İsviçre İcra ve İflas Kanununun) Beneficium Competentiae'si ise sadece icrai takip

³⁰ Jaeger, Art. 265, N. 8.

³¹ Jaeger, s. Art. 265, N.8.

³² Blumenstein, s. 817; Leeman, s. 83-86.

hakkını önlemektir. Öyle ise, aciz belgesi alacağı ancak takip yoluyla ileri sürüldüğü zaman bu def'i sözkonusu olabilir, takip dışında herhangi bir şekilde ileri sürülürse bu def'i ileri sürülemez.

Favre tarafından savunulan bir üçüncü görüşe göre³³, yeni mal iktisap etmeme def'i hem maddi hukuk hem de usul hukuku alanında sonuç doğurabilir. Zürih Kanton Mahkemesi tarafından da kabul edilen bu görüşe göre, aciz belgesi alacağının takip yoluyla ileri sürülmesi halinde borçlu bu def'iyi ileri sürerse usuli nitelikte, başka bir şekilde, -örneğin, takas-, ileri sürerse maddi-hukuki niteliktedir. Yani borçlu için her iki imkanda vardır. Dolayısıyla bu def'in hukuki niteliği de duruma göre değişir.

Kanımca, bu def'in maddi hukuka ait olduğu görüşünün kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır ve kanun koyucunun amacı da borçluyu her halükarda korumak değil de, sadece icrai takiplere karşı korumak olsa gerekir ki, bunun aksini amaçlamış olsaydı bunu açıkça ifade eder ve örneğin şöyle derdi; "Borçlu bu alacağın kendisinden istenmesi halinde yeni mal iktisap etmeme def'ini ileri sürebilir". Oysa maddede "...yeni takip üzerine.." bu da göstermektedir ki, kanun koyucunun amacı borçluyu aciz belgesi borcundan muaf tutmak değil sadece sonuçsuz takiplerin önüne geçmektir. Dolayısıyla buradaki def'in usul hukukuna ait bir def'i olduğunu kabul eden görüşün daha doğru olduğu kanısındayım..

C. Yeni mal İktisap Etmeme Def'inin Geçerlilik Alanı

Yeni mal iktisap etmeme def'inin kimler tarafından ileri sürülebileceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konu doktrinde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁴, müflisin asgari geçimini mahfuz tutan "beneficium competentiae" müessesesine dayanan bu def'i sırf şahsa bağlı bir hak teşkil eder ve ancak müflis tarafından ileri sürülebilir³⁵. Çünkü, bu hükmün amacı borçluya rahat bir nefes aldirmek ve onun yeniden dirilmesine imkan vermektir. Yani hükmün amacı borçluya, onun haczedilemez mallarını bırakmak değil, onun ekonomik olarak işini yeniden kurmasına imkan sağlamaktır. Bu da sadece borçlu için sözkonusu olduğundan def'iyi ileri sürmek hakkı da sadece ona aittir.

³³ Favre, ZR 39/125; 28/176 (naklen: Leuthart, s. 24).

³⁴ Leuthart, s. 21 ve zikrettiği BGE III 17.

³⁵ BGE 35 II 686.

Bu görüşe göre, kanunun bu imkanı sadece borçluya tanıdığı bizzat kanunun metninden anlaşılmaktadır. Kanun metni "borçlu, kendisine gönderilen ödeme emri üzerine yeni mal iktisap etmediği yolunda itirazda bulunur.." bu dahi gösteriyor ki, bu itiraz sadece borçluya tanınmıştır.

Diğer bir görüş³⁶ bu defiyi alacağına bağlı medeni hukuka yönelik, sıradan bir itiraz olarak kabul etmekte ve bunun sonucu olarak da sadece müflisin değil, yeni alacaklıların ve tüm ilgililerin de bu defiyi ileri sürebileceğini kabul etmektedir.

Diğer ilgililerden kastedilen; müşterek borçlular, kefiller, yeni alacaklılar ve müflisin mirasçısıdır. Bu kişilerin durumunu tek tek ele almak gerekir.

Bir kere; müşterek borçlular ve kefiller bu defiyi ileri süremezler³⁷. Çünkü, müflisin iflas kapandıktan sonra yeni mal iktisap etmeden takip edilemeyeceği kuralı müflisin kredi bulabilmesi için kabul edilmiştir. Bu kişiler için böyle bir durum sözkonusu olmadığı için onlar bu defiyi ileri süremezler. Zira, İİK. 251. maddesinin ikinci fıkrası sadece iflas etmiş bulunan borçluyu korumayı hedef tutmuştur³⁸.

Mirasçılardan durumuna gelince, mirasçılar mirası kabul edip etmemekte tamamen serbestirler. Dolayısıyla mirası kabul eden veya miras yoluyla intikal eden mallara mirasçı sıfatıyla tasarruf eden mirasçılar mirasın borçlarından sorumludurlar. Yukarıda belirttiğimiz kredi bulma durumu da müflisin ölümü ile sona erer. Bu düşüncelerden hareketle mirası kabul eden mirasçının sorumluluğunun Medeni Kanun'a göre böyle bir def'i ile sınırlandırmaya imkan yoktur. Zira, mirasçının mirası reddetme imkanı vardır³⁹. Mirası kabul eden bir mirasçı, tereke borca batık bile olsa kayıtsız şartsız kabul etmiş sayıldığından mirasçıya bu def'i hakkını tanımak Medeni Kanun hükümlerine uymaz.

Yeni alacaklıların bu defiyi ileri sürüp süremeyeceği konusu son derece tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar⁴⁰, bu def'inin şahsi bir def'i olması sebebiyle yeni alacaklılar tarafından ileri sürülemeyeceği görüşündedirler. Diğer bir

³⁶ Jaeger, Art, 265, N. 8.

³⁷ Blumenstein, s. 818.

³⁸ Üstündağ, s. 187.

³⁹ BGE 65 III 58 (Amon, K., Grundriss Des Schuldbetreibungs und Konkursrecht, Bern 1980, s. 366).

⁴⁰ Reihel, s. 385; Blumenstein, s. 817; Leuthart, s. 21 ve zikrettiği BGE 65 II 17.

kısım yazarlar⁴¹, haklı olarak şu gerekçelerle, bu defin yeni alacaklılar tarafından ileri sürülebileceğini savunmaktadırlar.

Bir kere borçlunun malvarlığının bir kısmı sadece aciz belgesi alacaklılarına tahsis edilmiştir. Başka bir ifade ile, borçlunun malvarlığının sadece sâfi aktif kısmı bu alacaklara tahsis edilmiştir.

Borçlunun malvarlığının değişik kısımlarının başka başka borçlardan sorumlu olması medeni hukuk ilkelerine aykırı değildir. Örneğin, Medeni Kanun'unun 204. maddesine göre, mal birliğinde evli kadın bazı borçlarından sadece mahfuz malları ile sorumludur, diğer borçlarından ise bütün malları ile sorumludur ve kadın mahfuz malları ile sorumlu olduğu borçlar için takip edildiğinde mahfuz malı bulunmazsa itiraz yoluyla bu defiyi ileri sürebilir. Bunun gibi borçlunun yeni mal iktisabında bulunmadığı hallerde, eski borçlara tahsis edilecek bir malvarlığı bulunmaması dolayısıyla alacaklıların bu anlamda yeni alacaklıların bu defiyi ileri sürebilmeleri gerekir⁴².

Yeni alacaklılara böyle bir hakkın tanınmaması durumunda, onların, eski alacaklıların takiplerinden çekinerek borçluya kredi açmaktan kaçınmalarına sebep olur, bu da kanun 251 madde ile borçluya sağlamak istediği himayenin etkisiz kalmasına sebep olur. Bu yüzden yeni alacaklılara itiraz yolu ile bu defiyi ileri sürmeleri imkanının tanınması gerekir.

Müflis, yeni mal iktisap etmediği hakkındaki itirazı, borcu ödemiş ve alacaklının haklarına halef olmuş olan kefile (BK m. 496) karşı da yapabilir⁴³.

D. İleri Sürülmesi ve İncelenmesi

Aciz belgesi hamili alacaklı, müflis borçluya karşı, iflastan sonra yeni bir takip yapabilir. Müflis bu yeni takip üzerine kendisine gönderilen ödeme emrine, yeni mal iktisap etmediği yolunda itiraz etmek isterse (m. 251, II), bunu ayrıca ve açıkça bildirmek zorundadır. Zira, borçlu itiraz sebeplerini değiştiremez ve genişletemez ve yeni mal iktisap edilmediği hakkındaki itiraz, alacaklının dayandığı senet (aciz belgesi) metninden anlaşılan bir itiraz sebebi değildir (m. 63; 62, IV).

⁴¹ Jaeger, Art. 265, N. 8; Spitz (naklen: Leuthart, s. 21, dn. 20).

⁴² Berkin, s. 390.

⁴³ Vaud Kanton Mahkemesi, 11.12. 1963 (Kuru, s. 345, dn. 16).

Müflis ödeme emrine karşı süresinde yaptığı itirazda, yeni mal iktisap etmediğini bildirmişse, bu itiraz ile takip durur. Bunun üzerine alacaklı, itirazın kaldırılması için tetkik merciine (m. 68) başvurabilir⁴⁴. Tetkik mercii, müflisin yeni mal iktisap edip etmediği hakkındaki ihtilafı genel hükümler⁽⁴⁵⁾ ve basit yargılama usulüne göre (HUMK, m. 507-511) karara bağlar (m.251,II c.3). Alacaklı tetkik merciinde müflisin yeni mal iktisap ettiğini

⁴⁴ 538 sayılı Kanundan önce, müflisin yeni mal iktisap etmediği hakkındaki ihtilaf mahkemede alacaklının açacağı davada karara bağlanırdı.. Bu usul alacaklının işini dolayısıyla takibi çok uzatacağından, bu itirazın da diğer itirazlar gibi tetkik merciinde incelenmesi daha uygun bulunmuş ve madde buna göre değiştirilmiştir. müflis ödeme emrine sadece yeni mal iktisap etmediği sebebine dayanarak itiraz ediyorsa, alacaklı itirazın kaldırılması için tetkik merciine başvurmaya (m. 68) mecburudur; m. 67'ye göre itirazın iptali davası açamaz. buna karşılık borçlu hem yeni mal iktisap etmediği hem de başka sebeplere (örneğin, borcu olmadığı, m. 230, 251, I c. 2) ödeme emrine itiraz ederse, alacaklı itirazın kaldırılması (m. 68) veya iptali (m. 67) yollarına başvurmakta serbest olmalıdır. Borçlunun tetkik merciinde itirazın kaldırılması halinde, tetkik mercii önce borçlunun yeni mal iktisap etmediği itirazını incelemesi, bu itirazı haklı görürse, diğer itiraz sebeplerini incelemeden, alacaklının itirazın kaldırılması talebini reddetmelidir. Buna karşılık, itirazın iptali davasında (m. 67), mahkeme borçlunun yeni mal iktisap etmediği kanısına varsa bile, diğer itiraz sebeplerini (özellikle, müflisin borcu kabul etmemiş olması halinde, borcun mevcut olup olmadığını) incelemesi gerekir. Zira, müflisin yeni mal iktisap etmemiş olması, alacaklının ona karşı dava açarak alacağının mevcut olduğunu tesbit ettirmesine ve onu borcu ödemeye mahkum ettirmesine engel değildir (Kuru, s. 344, dp 12).

⁴⁵ Böyle olunca, borçlunun yeni mal iktisap etmediğini hususu sadece 68. maddedeki belgelerle değil, her türlü delile (bilirkişi, şahit ve yemin dahil) ıspat edilebilecektir.

ispatlamakla yükümlüdür⁴⁶. Mehz kanunda bu ihtilafı çözüme yetkisi tetkik merciiine değil mahkemeye aittir⁴⁷.

Yeni mal iktisap edildiği iddiasına karşı itirazda bulunulduktan sonra rızaen kısmi bir ödemede bulunmak yeni mal iktisabı defini hükümsüz bırakmaz, yani borçlu bu sebeple eski borcunun ödenmeyen kısmı için takip edilemez⁴⁸.

⁴⁶ Alacaklı müflisin bazı mallarının bulunduunu ispat eder ve fakat bunların iflastan sonra iktisap edildiğini ispat edemez ve bu malların haczi caizse, bu malları masaya girmiş(m. 184,I) fakat tasfileden hariç kalmış mal olarak kabul ederek, iflas dairesinin m. 255'e göre harekete geçmesini isteyebilmelidir (Kuru, s. 345, dn15).

Tetki mercii müflisin yeni mal iktisap ettiği kanısına varırsa ve başkaca da itiraz sebebi yoksa, müflisin itirazını kesin olarak kaldırır (m. 68) başka itiraz sebepleri de varsa (örneğin, borcu ödendiği veya hiç mevcut olmadığı, m. 230, 251,I c. 2). tetkik mercii bunları incelemeye geçerek, m. 68'e göre (bazan m. 68a'ya göre, örneğin müflis senet altındaki imzayı inkar etmişse) gereken kararı verir (Kuru, s.345, dn. 14).

⁴⁷ Blumenstein, s. 819; Jaeger, Art. 265, N.11.

⁴⁸ Berkin, s. 391.

6183 SAYILI AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDAKİ KANUN (AATUHK)'A GÖRE HACİZDEN DOĞAN İSTİHKAK İDDİALARI

Dr. Seyithan DELİDUMAN / Arş. Gör. Murat ERDEM***

I. GENEL OLARAK

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun¹un kapsamı bu kanunun 1. ve 2. maddelerinde belirtilmiş olup, bu konularda İcra İflas Kanunu hükümleri uygulanmaz. Ancak, İcra İflas Kanunu hükümlerine nazaran farklı düzenlemeler söz konusu olsa bile, müessese olarak büyük benzerlikler bulunmakta olup², bunlardan birisi de istihkak prosedürüdür. Bu yüzden bu prosedür hakkında kısa bir açıklama yapılması yararlı olacaktır.

İstihkak kelimesi sözlük anlamı olarak hak alma, hak kazanma, hak isteme, hak kazanılan şey anlamlarına gelmektedir. Terim olarak hak sahibi olmak anlamına gelmektedir³. İstihkak davası ise taşınır veya taşınmaz mal üzerinde mülkiyet ya da diğer bir ayni hak iddiası ile açılan davadır⁴.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun kamu hukuku açısından icra hukuku etkisi gösterir. Bu Kanun kapsamında kalan

*- A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD.

** - A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD.

121.07.1953 tarihinde kabul edilen ve 1.1.1954 tarihinde yürürlüğe giren 6183 sayılı Kanun için bkz. RG. sayı 8469; değişikliği için bkz. 2975 sayılı Kanun, RG. Sayı 18306).

2 Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s. 1, dn. 1.

3- Kanık T., İstihkak Davaları, Adalet Dergisi 1951/4, s. 560; Kayganacıoğlu, M., İcra Hukukunda İstihkak Davası, Yargıtay Dergisi 1982/4, s. 639; Eriş, G., Hacizden Doğan İstihkak Davaları Ankara 1994, s. 13.

4- Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku, C. 2, İstanbul 1990, s. 962; Dalamanlı, L., Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları, AD. 1961/9-10, s. 902; Uyar, T., İcra Hukukunda İstihkak Davaları, Manisa 1985, s. 1; Kayganacıoğlu, s. 639; Eriş, s. 13.

alacaklar, Devlet ve bu düzeyde kabul edilen kurum ve kuruluşlar tarafından devlet gücü bizzat kullanılarak tahsil edilir⁵.

“Kanundaki Terimler” kenar başlığını taşıyan 3. maddede 6183 sayılı Kanun’daki terimlerden ne anlaşılması gerekeceği açıklanmıştır. Bunlardan “kamu alacağı” 6183 sayılı kanun uyarınca tahsil olanağı bulunan her türlü alacağı içerir. “kamu borçlusu veya borçlu” terimi, kamu alacağını ödemek zorunda olan gerçek ve tüzel kişileri, bunların kanuni temsilcilerini, “alacaklı kamu idaresi” terimi devleti, il özel idarelerini ve belediyeleri, “tahsil dairesi” terimi kanunu uygulamakla görevli daire, servis memur veya memurlarını; “mal” olarak geçen terim, menkul, gayrimenkul mallarla her çeşit hak ve alacakları ve para cezalarını, “takibat giderleri” terimi kamu alacağının tahsili için sarf olunan her türlü giderleri ifade eder⁶.

AATUHK uyarınca yapılacak uygulama ve kovuşturma kamu alacağını tarh ve tahakkuk ettiren vergi dairesince yapılır.

Özel hukuktan doğan alacaklarda olduğu gibi, kamu alacağının takibatı da tahsil (vergi) dairesinin kamu borçlusuna gönderdiği ödeme emri ile başlar. Ödeme emri vadesi gelmiş kamu alacağının ödenmesi için gönderilir. Ödeme emrinin konusunu ise tahakkuk etmiş ve kamu borçlusuna tahakkuku tebliğ edilmiş alacaklar teşkil eder (m.54). Burada ödeme emrini çıkaracak merci icra müdürlüğü değil tahsil dairesidir. Ödeme emrinde borçluya kamu alacağının 7 gün içinde ödenmesi veya mal bildiriminde bulunması tebliğ edilir (m. 55).

Ödeme emrinin tebliğine ve verilen 7 günlük süreye rağmen borç ödenmemişse tahsil dairesi m. 54 gereğince haciz kararı verip bunu borçlu ve kamu idaresinin yararları ile bağdaştırmaya özen göstererek uygular.

Tahsil dairesi haczi gerek kendisinin tesbit ettiği gerekse borçlunun mal bildiriminde beyan ettiği mal, hak ve alacaklar üzerinde uygulayabilir. Haciz, tahsil dairesi tarafından görevlendirilecek memura yaptırılır ve haciz

5 - Oysa özel hukuktan doğan alacaklarda alacaklının doğrudan doğruya devlet gücünü kullanma olanağı yoktur (Şimşek, E., Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi, - Açıklamalar ve İctihatlar-, Ankara 1990, s. 32-33). Alacaklı ancak alacağını ancak Devletin bu iş için görevlendirdiği organlar (İcra ve İflas Daireleri) aracılığıyla tahsil edebilir.

6 - Geniş bilgi için bkz. Şimşek, s. 60 vd; Ünlü, M. C., Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 1995, s. 71 vd.

işlemleri, düzenlenen haciz tutanağı ile belgelenir. Haciz, tutanağın o yerin en yüksek idare amiri tarafından onaylanmasıyla tamamlanır (m. 64)⁷.

6183 sayılı Kanununun 66. ve 67. maddeleri istihkak iddialarını düzenlemektedir. Bu maddeler İcra İflas Kanununun istihkak iddiası ile ilgili maddeleri (İİK. m. 96 vd.)⁸ ile büyük benzerlik gösterir. Ancak itiraz süreleri farklıdır. Farklılıklar ilgili maddeler incelendikçe açıklanacaktır.

II. İSTİHKAK İDDİASININ İLERİ SÜRÜLMESİ

A. ÜÇÜNCÜ ŞAHIS ELİNDE HACZEDİLEN MALLARA KARŞI İSTİHKAK İDDİASININ İLERİ SÜRÜLMESİ

6183 sayılı Kanununun 67. maddesinde bu konuda şu düzenleme getirilmiştir:

“Haczedilen mal borçlunun elinde olmayıp da o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia eden üçüncü bir şahıs elinde ise keyfiyet, haczi yapan memur tarafından haciz tutanağına geçirilir. Malın borçluya ait olduğu iddiasında bulunan tahsil dairesi keyfiyeti alacaklı amme idaresine bildirir. Alacaklı amme idaresi, bildirme tarihinden itibaren 15 gün içinde dava açmadığı takdirde istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır.

Borçlu ile birlikte ikamet etmekte olan şahıslar tarafından istihkak iddiasında bulunulduğu takdirde mal borçlunun elinde sayılır”.

Bu maddenin ilk fıkrasında genel hükümlere paralel olarak “zilyetliğin mülkiyete karine olduğu” varsayımından hareket edilerek malı elinde bulunduran üçüncü kişilerin haklarının nasıl korunacağını düzenlemiştir. Aynı hüküm İİK. 99. madde hükmünde de yer almakta ve haczedilen eşyanın üçüncü kişilerin elinde olup da bunlar tarafından istihkak iddia edilmesi durumunda dava açma yükü alacaklıya yükletilmektedir. Kural

7- Mahalli en büyük memuru ibaresi vali ve kaymakamları ifade eder. Ancak, kanununun 64. maddesinde “mahalli en büyük memurluğu” ifadesi kullanılmış olduğundan haciz tutanağının bizzat ve mutlaka vali ve kaymakam tarafından tasdiki gerekmez. Valilik ve kaymakamlık mühürü ile bu makamlar adına, vali ve kaymakam tarafından yetkili kılınacak bir memur vasıtasıyla da tasdik yapılması mümkündür. (Ünlü, s. 627).

8 - Geniş bilgi için bkz. Uyar, T., İcra Hukukunda İstihkak İddiaları, ABD 1976/1, s. 40 vd.

olarak haczi yapan memur borçlunun elinde olmamakla beraber borçluya ait olduğuna kanaat getirdiği bir mala haciz uygulamak yetkisine haizdir⁹.

Kanunda malın üçüncü kişi elinde haczi halinde üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması gerekeceği kabul edildiğinden şayet üçüncü kişi haciz anında hazır olduğu halde istihkak iddiasında bulunmamışsa haciz memurunun 67. maddeye göre işlem yapması gerekmez. Bu gibi durumlarda mahcuz mal gerçekten üçüncü kişiye ait olsa bile üçüncü kişinin borçlunun borcu nedeniyle malın haczine rıza gösterdiği kabul edilerek haciz yapıp satış aşamasına gelinir. Üçüncü kişi haciz sırasında hazır olup da istihkak iddia ederse, haczi yapan memur bu iddiayı tutanağa geçirir ve durumu alacaklı kamu idaresine bildirerek bu tarihten itibaren 15 gün içinde dava açmazsa istihkak iddiası kabul edilmiş sayılarak haciz kendiliğinden kalkar¹⁰.

Görülüyor ki; burada dava açma yükü alacaklı kamu idaresine yükletilmiştir. Dava açma süresi ise, üçüncü kişinin istihkak iddiası haciz sırasında bildirilmişse haciz tutanağının, dilekçe ile yapılmışsa dilekçenin tebliğinden itibaren 15 gündür. Bu süre İİK. 99. maddesinde 7 gündür. İstihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin dava açmasını engelleyen bir kanun hükmü de yoktur.

Borçlu ile birlikte oturan kişilerin istihkak iddiasında ise yasal varsayım alacaklı yararınadır. 66. madde açıklamasında da belirtildiği gibi, bu halde, haciz konusu mal borçlunun elinde sayılır¹¹. Bu fıkra hükmü İİK'nun 97/a maddesinin karşılığıdır.

Bu yasal varsayımın aksini isbat yükü ileri süren üçüncü kişilere düşer. Bazı durumlarda bu varsayım yeterince gerçekçi olmayabilir ve aynı değerle başka bir varsayım ile karşılaşılabılır. Örneğin, birlikte oturmakta olan karının özel eşyası ya da kocanın borçlu karısı için yapılan hacizde meslek, sanat ve kişiliğine ait eşyalar bulunabilir. Bu durumda haczedilen eşyanın borçluya ait olup olmayacağının her olayın kendi özelliği içinde çözümlenmesi gerekir. Aynı konuda İİK. 97/a maddesinde "Birlikte oturan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibariyle kadın,erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale

9- Şimşek, s. 518.

10- Şimşek, s. 518-519.

11- Ünlü, 653; Eriş, s. 17.

icabı olanlar bunların” olduğu hükme bağlanmıştır¹². Her ne kadar bu yasal karine 6183 sayılı kanunda yer almamışsa da, kamu alacaklarının tahsil usulünde her zaman karşılaşılabılır ve yorum yoluyla uygulanabilir. Birlikte oturan kimselerin kendilerine özgü mal varlıklarının olması doğaldır. Bu gibi hallerde istihkak iddiası olağan ve gerçeğe uygun bulunduğundan aksini isbat alacaklıya yükletilmelidir¹³.

Hacizli mal; borçlu, alacaklı ve üçüncü kişiden ayrı bir dördüncü şahsın elinde de bulunabilir. Bu dördüncü kişi malı borçlu için muhafaza ettiğini açıklarsa, bu durumda da hacizli mal borçlunun elinde sayılır¹⁴.

B. BORÇLU ELİNDE HACZEDİLEN MALLARA KARŞI İSTİHKAK İDDİALARI

6183 sayılı kanunun 66. maddesinde bu başlık altında getirilen düzenleme şöyledir:

“Borçlu elinde bir malı üçüncü şahsın mülkü veya rehni olarak gösterdiği yahut üçüncü bir şahıs tarafından o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia edildiği takdirde, haczi yapan memur bunu haciz zaptına geçirir. Keyfiyet, iddia borçlu tarafından yapılmışsa üçüncü şahsa, üçüncü şahıs tarafından yapılmışsa borçluya bildirilir.

Tahsil dairesi, haciz zaptını aldığı tarihten itibaren 7 gün içinde iddiayı reddetmediği takdirde istihkak iddiasını kabul etmiş sayılır. Üçüncü şahıs, tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde itiraz etmediği takdirde istihkak iddiası dinlenmez.

İstihkak iddiası tahsil dairesince kabul edilmez veya borçlu tarafından istihkak iddiasına itiraz edilirse, 7 gün içinde mahkemeye müracaat etmesi lüzumu, tahsil dairesince üçüncü şahsa bildirilir. Müddetinde dava açılmadığı takdirde istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır”.

Bu maddede çözümü gösterilen husus istihkak davası öncesi aşamada ileri sürülen istihkak iddiası ve bunun doğurduğu sonuçlardır. İstihkak iddiası genel hükümlerde olduğu gibi 6183 sayılı kanunda da kamu idaresinin alacağını elde etmesinde karşılaştığı hukuksal bir engeldir.

12- Kuru, s. 1051. 13. HD 22.3.1982, 1703/2003; 13.HD 25.12.1981, 7290/8491 (Uyar, s. 332-333); 15. HD 21.8.1985, 693/1966 (YKD 1986/6, s. 845-846).

13- Şimşek, s. 519.

14- Postacıoğlu, s. 388; Eriş, s. 17.

Tahsil dairesini gerek ihtiyati haciz sırasında gerekse ödeme emrinin tebliğinden sonra yaptığı hacizlerde borçlu ve üçüncü şahıslar hacze konu eşyanın üçüncü bir şahsa ait olduğunu ileri sürebilirler.

İstihkak iddiası yalnız borçlu ya da üçüncü kişiler tarafından yapılabilir:

66, I madde hükmünde açıkça, borçludan ve üçüncü kişilerden söz edilerek istihkak iddiasının bunların dışında kalan kimseler tarafından yapılamayacağı kabul edilmiştir. Örneğin, Üçüncü kişinin babası hacizde hazır olup malın borçluya değil kendi oğluna ait olduğunu ileri süremez¹⁵. Aynı şekilde, borçlu adına başka bir kimse istihkak iddiasında bulunamaz¹⁶. Yani borçludan başkasının haczedilen malın 3. kişiye ait olduğunu söylemesi istihkak iddiası olarak kabul edilemez¹⁷.

İstihkak iddiasının dayanağı mülkiyet ve rehin hakları ile sınırlı değildir:

İİK. 96. maddesinde olduğu gibi, 6183 sayılı kanunun 66, I maddesinde de "mülkiyet ve rehin hakkından" söz edilmişse de bu sözlerin geniş olarak yorumlanmasında hukuki zorunluluk vardır. Doktrin ve uygulamada mülkiyet ve rehin dışındaki haklara dayanılarak da istihkak iddiasında bulunulabileceği kabul edilmiştir. O halde intifa hakkı, irtifak ve sükna hakları, tapu kütüğüne yazılan şerhler, şuf'a, vefa ve iştirak hakları hatta hapis hakkı istihkak iddiasına konu edilebilir. Alacaklara yönelik istihkak iddiasını önleyici yasal bir hükümde mevcut değildir. Ayrıca tapu kütüğüne yazılan satış vaadi nedeniyle istihkak iddia edilmişse, kişisel hakka dayanarak üçüncü kişiye tescil davası açmak üzere süre tanınmalı ve sonucu beklenmelidir¹⁸.

Tahsil dairesine borçlu olan kişi, üçüncü kişilerden alacaklı olabilir. Bu alacak üzerinde başka bir üçüncü kişi, bu alacağın takip borçlusunun değil de kendisine ait olduğunu istihkak iddiası şeklinde ileri sürebilir¹⁹.

15- Bu sözler haciz tutanağına yazılmış olsa bile, geçerli bir istihkak iddiası yapılmış sayılmaz. (Şimşek, s. 501). Böyle bir iddiada, eğer üçüncü kişi babası ile birlikte oturuyorsa, aynı tarihte haczi öğrenmiş sayılacağından, 7 gün içinde bizzat istihkak iddiasında bulunmak zorundadır (İİK. m. 96, III, c. 2).; " ... borçlunun babası veya kardeşi tarafından borçlu veya 3. kişi adına istihkak iddiasında bulunulamaz" (13. HD 20.11.1973, 773/782 : Kayganacıoğlu, s. 644 dn. 9).

16- 12. HD 1.10.1979, 6050/7415 (Kayganacıoğlu, s. 644).

17- Kayganacıoğlu, s. 644.

18- Şimşek, s. 501; Ünlü, s. 630.

19- Ünlü, s. 630.

Çalınmış ve kaybedilmiş eşya istihkak iddiasına konu edilebilir:

Kaybolmuş ya da çalınmış eşya borçlunun zannedilerek haczedilmiş ise, asıl malik bunların kendisine ait olduğunu ileri sürerek istihkak iddiasında bulunabilir. Buna göre, tahsil dairesi üçüncü kişiye ait çalınmış veya kaybolmuş bir malı haczetmiş ve satmışsa, malın gerçek maliki bu malı iyi niyetli alıcıdan beş yıl içinde (MK. m. 102) geri isteyebilecektir²⁰.

İstihkak iddiasının haciz tutanağına yazılması zorunludur:

İstihkak iddiası haczi yapan memur tarafından haciz tutanağına geçirilir. Bu husus iddianın yapıldığının tek kanıtı olup özellikle uygulanacak sürelerin saptanmasında ve istihkak davasının kimin tarafından açılacağına önemi büyüktür. Yasal süreler içinde ayrıca dilekçe ile de istihkak iddiası ileri sürülebilir.

C. İSTİHKAK İDDİASININ TEBLİĞİ ve SONUÇLARI

İster haciz tutanağına yazılsın ister hacizden sonra bir dilekçe ile ileri sürülsün tahsil dairesi istihkak iddiasını derhal alacaklı kamu dairesine tebliğ eder. Haciz sırasında ileri sürülen ve tutanağa geçirilen iddialarda tutanağın, dilekçe ile yapılan iddialarda ise dilekçenin tebliği suretiyle alacaklıya duyurulur. Bundan başka, borçlu tarafından ileri sürülen istihkak iddiasının üçüncü kişiye, üçüncü kişinin ileri sürdüğü istihkak iddiasının da borçluya tebliğ edilmesi zorunludur (m. 66. I)²¹.

İİK'nun. 96. maddesinde istihkak iddiası için ittıla tarihi esas alındığı halde, 6183 sayılı kanunda böyle bir hükme yer verilmediğinden tebliğ gerekmektedir²².

66, II madde hükmünde alacaklı kamu idaresi haciz tutanağını aldığı tarihten itibaren 7 gün içinde borçlunun üçüncü kişi yararına veya üçüncü kişinin kendi adına yaptığı istihkak iddiasını red etmediği takdirde istihkak

21- Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1998, s. 252. Çalınmış veya kaybolmuş bir malın açık artırma ile satılmış olması durumunda tahsil dairesine karşı, iyi niyetin korunması açısından zilyedliğe ve satışa öncelik tanınmalıdır (Şimşek, s. 502).

21- Berkin, M. N., İcra Hukuku Rehberi, İstanbul (tarihsiz), s. 287; Şimşek, 502; Ünlü, s. 530.

22- Şimşek, s. 502; Ünlü, s. 630.

iddiası dinlenmez²³. Aynı hüküm İİK. 96,112 madde de mevcut olup itiraz için alacaklı ve borçluya 3 gün süre tanınmıştır.

66. maddenin ikinci fıkrasında itirazın tahsil dairesi tarafından yapılacağından söz edilmiş ise de bu deyim tahsil dairesinin hem alacaklı hem de haciz uygulayıcısı olduğu hallerde geçerli olup genelde tahsil dairesi diğer kamu dairelerinin tahsil edilmek üzere kendisine aktardıkları alacağını tahsil eden durumunda olduğu için istihkak iddiasını kendisinin öğrenmesi yeterli olmayıp bunu asıl alacaklı kamu dairesine duyurması zorunludur²⁴. İstihkak iddiasının tahsil dairesince kamu dairesine tebliğ edildiği hallerde itirazın asıl alacaklı idare tarafından yapılması gerekir.

Bu konuda 66. ve 67. maddeler arasında çelişki vardır. 66. madde de tahsil dairesinin haciz tutanağını aldığı tarihten itibaren 7 gün içinde itirazı reddedebileceğinden, 67. madde de ise tahsil dairesinin üçüncü kişi elinde bulunan malın haczini asıl alacaklı kamu dairesine bildireceğinden ve bunun dava açabileceğinden söz edilmiştir. Her şeyden önce haczi uygulayan tahsil dairesinin haciz tutanağını alması (tebellüğ etmesi) olanaksızdır. Çünkü bu tutanağı düzenleyen ve haczi uygulayan esasen kendisidir. Bu konuda 66. ve 67. maddelere bir açıklık getirilmesi ve İİK. 96. ve 97. maddelerine uygun hale getirilmesi gerekir. Borçlunun üçüncü kişi yararına ileri sürdüğü istihkak iddiası yeterli olmayıp, üçüncü kişinin bunu doğrulaması ve 7 gün içinde tahsil dairesine dilekçe ile veya bizzat müracaat ederek yapılan hacze itiraz ile istihkak iddiasında bulunması gerekir. Bu süreden sonra yapacağı itiraz geçerli sayılmaz²⁵. İİK'nda bu süre 3 gündür.

Üçüncü kişinin istihkak iddiası alacaklı kamu dairesi veya borçlu tarafından kabul edilmediği takdirde istihkak davası açmak için kendisine 7 günlük süre verilir. Üçüncü kişi süresinde dava açmadığı takdirde istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır (m. 66, III). Yani malın borçlu elinde haczi halinde kural olarak dava açma yükü üçüncü kişidedir. Ancak tahsil dairesinin veya alacaklı kamu dairesinin mahkemeye başvurarak haczin devamını ve satışın yapılmasını sağlamak için istihkak iddiasının kaldırılmasını istemesini engelleyen bir hüküm yoktur. Çünkü alacaklı idarenin açacağı davada kamu alacağının bir an önce tahsilini sağlamak, kanıtları değerlendirerek alacağını ilama bağlamak gibi bazı yararları olabilir. Tahsil dairesi veya alacaklı kamu dairesi istihkak iddiasını

23- Berkin, s. 287.

24- Şimşek, s. 502.

25- Şimşek, s. 505.

başlangıçta reddettiğinden herhangi bir süreye tabi olmaksızın bu davayı açabilir. Ancak davanın açılması hacze konu edilen malların borçluya ait olduğu yolundaki ispat yükünü değiştirmez. Mal borçlu elindeyken haczedildiğine göre kural olarak mülkiyet karinesi borçlu ve dolayısıyla alacaklı tahsil dairesi yararına olmuştur (İİK. 97/a m., MK. 901. m.). Aksini ispat yükü üçüncü kişidedir. Borçlu ile birlikte oturanlar istihkak iddiasında bulunmak konusunda üçüncü kişi durumundadırlar. 67, II madde de borçlu ile birlikte ikamet eden kişiler tarafından istihkak iddia edildiği takdirde malın borçlunun elinde sayılacağı kabul edilerek yasa koyucu zilyetlik kuralından ayrılmış, borçlunun zilyetliğine onunla birlikte oturanların zilyetliğine göre öncelik tanınmıştır²⁶.

26- Şimşek, s. 504.

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİME MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARIN UYGULANMASI

*Yavuz KAPLAN**

I. 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 çözümlüyle 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 etmelerinin 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 seçmekte 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 görüşlerden 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

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Arş. Gör..

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 kurallarını seçmemiş olmaları halinde, hakemlerce milli olmayan kuralların uygulanmasından; uyuşmazlığa öncelikle, *lex mercatoria* denilen 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 uyuşmazlığa 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 uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan kanunlar ihtilafı kurallarını veya doğrudan uygulanacak maddi hukuk kurallarını seçmemiş olmaları halinde de izlenmelidir.

Gerçekten, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı 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, uyuşmazlığı milletlerarası bir platforma oturtmak istediklerinin açık bir göstergesidir.

Milletlerarası ticari tahkimde, milli olmayan hukuk kurallarının seçimi, tahkimin amacına ve tarafların menfaatlerine daha uygun düşmektedir. Özellikle devlet veya devlet kuruluşları ile özel şahıslar arasındaki sözleşmelerde ve farklı ekonomik ve politik sistemlerden gelen taraflar arasındaki sözleşmelerde, milli 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 olacaklardır. 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 veya 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 düzenlemelerle, milletlerarası sözleşme hükümlerine yer verilecektir.

II. GENEL OLARAK MİLLİ HUKUK DIŞI 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 fikri, ticari ve ekonomik bakımdan uygundur. Zira, taraflar arasında yapılan milletlerarası ticari sözleşmeler, herhangi bir devletin milli kanunu 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

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.

hakemlikten veya milletlerarası hakem kararlarından bahsetme olanağı yoktur⁴.

Ancak günümüzde, milletlerarası ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıkları çözüme bağlayacak devletler üstü bir mahkeme bulunmadığı için, milletlerarası uyuşmazlıkların 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 uygulamasında genel kabul görmüş uygulamalar ile hukuki teamüller gösterilmektedir⁶.

Milli olmayan kurallar 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 karşılaştıklarında, *lex fori*'nin kurallarını uygulamak zorundadırlar. Aksi halde pozitif hukuka aykırılık söz konusu olacağından, kararın bozulması gerekecektir. Milli olmayan kurallar 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 kurallar yönünde kullanmaktadırlar⁷.

Nitekim, milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin milli hukuk rejimleri dışında aranması gerektiğini savunan görüşe göre, taraflar uyuşmazlığa bir devlet mahkemesi yerine, milletlerarası ticari tahkim kurumu veya değişik milletlere mensup hakemlerin bakmasını isteyebilmelidirler. Bu istek, onların uyuşmazlığın milletlerarası bir

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.

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 belirlenen kuralların uygulanması mümkün olmalıdır. Milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak ortaya çıkan bu kurallar "lex mercatoria" olarak adlandırılmaktadır⁹. Tanınmış Fransız hukukçu Rene David, bir memleket hâkiminin milletlerarası ticari uyuşmazlıkları giderebilme konusunda, uyuşmazlığın 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 uyuşmazlıklara 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

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.6, İstanbul 1990, sh.487, dn.243.

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. maddelerini verebiliriz.

III. MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARA TABİ OLMA NEDENLERİ

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda milli olmayan kuralların uygulanması düşüncesinin temelinde, milletlerarası tahkim prosedürünün milli hukuk sistemlerinin kısıtlayıcı ve engelleyici kurallarından kurtarılarak, 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 itibariyle birbirinden farklıdır. Bu fark milli mevzuatta ve mahkeme kararlarında vurgulanmıştır¹⁴. Milletlerarası ticari tahkim sadece bir devlet hukuku ile bağlantılı olmayıp birden çok 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 *lex 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

12 AKINCI, sh.61.

13 ŞANLI, Tahkim Yerinden Ayrılma, sh.176.

14 AKINCI, sh.62.

15 LEW, sh.61.

16 AKINCI, sh.62.

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 işlemeye devam edecektir¹⁷.

IV. III. MİLLETLERARASI TİCARİ HAKEM KARARLARINA MİLLİ HUKUK DIŞI 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 uyuşmazlığa 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 veya ihtilafi 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 ihtilafi sistemlerinin sıkı sıkıya uygulanması ile ortaya çıkacak çözümleri dışladığı da açıktır¹⁸.

Tarafların aralarındaki ihtilafi belli bir devlet mahkemesine değil de, bir milletlerarası ticari hakemlik müessesesine veya başka ülke kökenli hakemlere sunmaları, onların ihtilaflarını milletlerarası bir düzeyde

17 AKINCI, sh.63: ŞANLI, Tahkim Yerinden Ayrılma, sh.176-177.

18 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.248.

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 veya milletlerarası nitelikte sayılan bir 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 hayatının tahkime bağlayıcı niteliğini verecek 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 konuyla 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".

19 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.249.

20 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.249.

21 AKINCI, sh.64.

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 bulunmayışı, 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 Usul Kanunu'nda da 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, bütününe bertaraf edilmesini de mümkün kılmıştır²⁴.

22 AKINCI, sh.87.

23 AKINCI, sh.88-89.

24 AKINCI, sh.90-91.

Çalışmamız açısından, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nu incelediğimizde, Kanun'un İsviçre'de verilmiş olan, milletlerarası nitelikli ticari tahkimi, 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.

V. IV.MİLLİ HUKUK DIŞI 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 kaldıracaktır²⁶.

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, belli bir hukuki statüye sahip olmaması nedeniyle temelsiz olduğu ve uygulamada birçok hukuki sorunlar doğuracağı şeklinde görüşler de mevcuttur²⁷.

Şimdi milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması ile ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz itirazların neler olduğunu inceleyelim.

25 AKINCI, sh.91.

26 AKINCI, sh.64.

27 AKINCI, sh.64-65.

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 ev sahipliği 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.

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

28 AKINCI, sh.65.

29 AKINCI, sh.64-65.

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), İÜHF, C.24, 1-4' den Ayrı Bası, İstanbul 1961, sh.6-7.

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 mahkûm olduğunu iddia etmektedir. Bu konuda özellikle de 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 mesned 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 kısım 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

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.

milletlerarası anlaşmaların dahi, daima, temellerini bir milli hukuktan alarak düzenlendikleri 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 hukuklardan kaynaklanmaktadır. Zira, bu çok taraflı sözleşmelerden yararlanılması olanağını doğuran, tahkimi kontrol eden devletin, o 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. Tahkim yeri ülkesinin bu yardımı, tahkim sözleşmesi ve şartının uygulamaya konmasından, koruyucu tedbirlerin alınmasına kadar olan geniş bir yelpazede 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,

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.

36 MANN, sh.157.

37 AKINCI, sh.69.

tahkim yeri ülkesinde cereyan eden tahkimi, bu ülkenin hukuk düzeninin denetlemeye yetkili olduğu iddia edilmektedir³⁸.

D. Milli Hukuk Dışı 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 mahkûm 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.

VI. V. MİLLİ HUKUK DIŞI 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 denetleme ya kurum tarafından, ya da tenfiz ülkesinin yetkili makamları tarafından yapılacaktır.

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.

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. maddede 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 tâbi 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 hakem kararlarını, milletlerarası kamu

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.

düzenine uygunluk açısından denetleyebileceklerinin kabul edilmesi, bu konudaki muhtemel istismaların önüne geçilmesini sağlayacaktır. New York Sözleşmesi'nin 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 tenfiz engeli olarak ayrıca düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız Hukukunda 1981 tarihinde çıkarılan bir yasa ile, milletlerarası kamu düzenine aykırılık kavramının tenfiz engeli olarak 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

45 ÖZTEKİN, G.: 1958 Tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları - V(1)E Maddesi, Basılmamış Tez, İstanbul 1993, sh.166 vd.

46 NOMER, E.: "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı", MHB, Y.4, S.1, 1984.

47 ÖZTEKİN, sh.168.

48 AKINCI, sh.75-76.

yeri ülkesi mahkemelerinin, hakem kararlarının haiz olması gereken asgari hakkaniyet standardını denetlemesine izin veren hükümler içermektedir. Örneğin, New York Sözleşmesinin 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 mahkemelerinin tahkim üzerindeki denetimlerinden vazgeçilmesi olgusu, klasik görüşe taraf olan bazı yazarların iddia ettiği gibi, bu tür hakem kararlarını başıboş hale getirmeyecektir. Özellikle devletin taraflardan birini oluşturduğu uyuşmazlıklarda, 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.

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.

Konuyla ilgili bir başka itiraz da, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin kararı denetleme yetkilerinin kısıtlanması halinde, kaybeden 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.

Örneğin, MÖHUK.45.madde, saydığı nedenlerden birinin varlığı halinde, tenfiz yeri mahkemesinin hakem kararının tenfizini reddedebileceğini hükme bağlamıştır. 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

53 AKINCI, sh.77.

54 BERGER, K.P.: Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1992, sh.252; LEW, sh.59; ÖZTEKİN, sh.168; ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.49, 404 vd.

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 talebinin reddedilebilecek olmasıdır.

Bu şekilde, milletlerarası ticari 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 kaldırmıştır. İsviçre ise, aynı konuda ve aynı şartlarla, taraflara iptal yetkisini bertaraf eden bir sözleşme yapabilme izni vermiştir⁵⁷.

Bu gelişmeler çerçevesinde, milletlerarası ticari hakem 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 aykırılığının denetimi ile sınırlı olmalıdır.

55 BERGER, sh.253 vd.

56 AKINCI, sh.79.

57 AKINCI, sh.79.

Herhangi bir milli hukuk sistemine bağımlı olmaksızın verilmiş olan hakem kararlarını, milletlerarası hukukun bir parçası olarak kabul etmek ve bu kurum ile milli hukuklar ve milletlerarası sözleşmeler arasında gerekli uyumu sağlamaya çalışmak, zaten bu konuda giderek gelişmekte olan liberal eğilimlere de uygun olacaktır⁵⁸.

VII. MİLLİ HUKUK DIŞI 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 nedenle, 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

58 AKINCI, sh.80.

59 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk. sh.252.

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 hizmetlerin 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.

Milletlerarası ihtilafların çeşitliliği gözönüne alındığında, tahkim müessesesinin bu ihtilaflara uygun olma özelliğini fazlasıyla taşıdığını görmekteyiz. Tahkim, ihtilafların herbirinde tarafların tâbiyetlerini, ihtilafın 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 daimi bir yargı müessesesi olan adli mahkemelere karşılık, hakem mahkemelerinin bariz üstünlükleridir. Bu özelliklerinden dolayı tahkim müessesesini, milletlerarası ticari uyuşmazlıkları çözenin 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.

60 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk. sh.252.

61 ELVERDİ, İ.: TOBB Tahkim Rehberi, Ankara 1990, sh.3-4.

62 ELVERDİ, sh.4.

63 AKINCI, sh.81; ELVERDİ, sh.4.

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 değişiklik ile, 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 inisiyatifine 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.

Böylece, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuklardan soyutlanmasının, milletlerarası ticaretin bir gereksinimi olarak ortaya

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.

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 Kararlarının 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,

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; ANSAY, sh.132.

hakemler kendiliklerinden belli bir ülkenin usul hükümlerini uygulayabilirler⁷⁰.

3. 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesindeki Düzenlemeler

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların esasına 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 serbesttirler. 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.

Görüldüğü gibi, Sözleşmenin bu hükmü, öncelikle tarafları hukuk seçimi konusunda serbest bırakmıştır. Bu hükmün ikinci cümlesinde öngörölmüş olan, milletlerarası ticaret hakemlerinin, ihtilafın türü bakımından uygun olacak kanunlar ihtilafı kuralını belirlemede, hangi bağlama noktalarını esas alacakları hususu ise, açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu hükümden anlaşılan, 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. Oysa, Sözleşme'nin VII.maddesinin amacı, uyuşmazlığın türü ve mahiyetine en uygun olan kanunlar ihtilafı kural veya sistemine ulaşmak değil, esas

70 SCHWAB: Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, München 1979, sh.387.

71 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.253.

72 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.255; YURTSEVEN, sh.43 vd.

sorunun çözümünde en uygun maddi hukuk normlarının uygulanmasını sağlamaktır. Bu nedenle milletlerarası bir uyumsuzluğun çözümü ile karşı karşıya kalan hakemlerin, milletlerarası veya en azından milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarına bağlanmaları uygun olacaktır. Ancak, dava konusu uyumsuzluğun 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, uyumsuzluğun mahiyetine uygun telakki edilemez. Nitekim, 1981 tarihli Fransız Milletlerarası Ticari Tahkim Kararnamesi'nin 1496.maddesi, bu bakımdan duyulan bir endişenin sonucu olarak, uyumsuzluğun mahiyetine uygun maddi normların mevcudiyeti halinde, hakemlerin bunları herhangi bir kanunlar ihtilafı kural veya sisteminden geçmeksizin, doğrudan uyumsuzluğun 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 uyumsuzluklarda, tarafların esasa uygulanacak hukuku belirli bir milli hukuk sistemine tabi tutmak zorunda olmadıkları hususu, 1965 tarihli *Washington* (Dünya Bankası) Sözleşmesi'nin

73 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.256-257.

74 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.258.

75 LEW, sh.298.

42(1).maddesinde ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu hüküm gereği, hakemler, uyuşmazlığı, tarafların kararlaştırmış olduğu kurallara göre çözeceklerdir. Bu hükümden anlaşılan, taraflara tanınan bu seçim hakkının, milli hakların, millî hakların seçimini de kapsadığı yolundadır⁷⁶.

Ancak, Washington Sözleşmesi'nde, taraflardan birini devletin oluşturduğu uyuşmazlıklarda, taraf devletin hukukunun uygulanacağı yönündeki klasik anlayış korunmuştur. Bu Sözleşme'nin düzenlemeyi amaçladığı yatırım ihtilaflarına konu teşkil eden milletlerarası akitler, genellikle taraf devletin bağımsızlığı, millî kalkınması, yer altı ve üstü zenginlikleri ile yakından ilgili olduğu için, taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, kamu menfaatleri mülâhazasıyla, 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, millî 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, tbligatın usule uygun olarak yapılmamış bulunması ve hakemlerin tahkim

76 AKINCI, sh.84.

77 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.284.

78 BERGER, sh.V vd.

sözleşmesinde kendilerine verilmiş olan yetkiyi aşarak karar vermiş olmalarıdır⁷⁹.

VIII. SONUÇ

Seminer ödevimizde, 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

79 AKINCI, sh.85.

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 nedenle, herhangi bir milli hukuk sistemine tabi olmayan hakem kararlarına olumsuz bir 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.

KAYNAKÇA

I.GENEL ESERLER

- 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.6, İstanbul 1990.
- SCHWAB. :Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, 4.Auflage, München 1979.

II.TEZ VE MONOGRAFİLER

- 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.

III.MAKALELER VE TEBLİĞLER

- ANSAY, T. : "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması ve Yeni Türk Devleti - Özel Hukuku Kanunu", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1986, 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.535-556.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : "Yabancı Hakem Kararı Kavramı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.1-16.

IV. DİĞER BELGE VE METİNLER

- Avrupa (Cenevre)-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.

3167 SAYILI KANUN'A GÖRE HUKUKİ VE CEZAI AÇIDAN KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDESİNİN MEYDANA GELMESİ İÇİN GEREKLİ OLAN KOŞULLAR

*Arş. Gör. Mustafa YASAN**

I. GİRİŞ

TTK m. 692 vd'da düzenlenen, iktisadi mahiyeti ödeme aracı, hukuki mahiyeti ise havale olan çek ve özellikle karşılıksız çek keşidesi müesseseleri, TTK'nun ilgili hükümleri (TTK m.695) haricinde ayrıca, 19.03.1985 tarihinde kabul edilen 3167 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun" da tanzim edilmiş bulunmaktadır.

Çeke münhasır özel bir kanun olan 3167 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce, TTK m.695'te sadece özel hukuk açısından tanzim edilen karşılıksız çek keşidesi, TBMM'nin 1929 tarihli yorum kararında da belirtildiği üzere; müstakil bir suç teşkil etmeyip, TCK m.503'te düzenlenen dolandırıcılık suçunun özel bir nevi olarak kabul edilmekte ve ancak dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için gerekli olan şartların gerçekleşmesi halinde cezai bir müeyyideye tabi olmaktadır¹. Ancak, dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için aranan hususların ispatının karşılıksız çek keşidesi

* Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı .

¹ Merih Kemal Omağ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1992, s.44; Süheyl Donay, Son Değişiklikler Açısından Çek, İstanbul 1988, s.185; Seza Reisoğlu, 3167 Sayılı Çek Kanunu'nun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar Ve Öneriler, Batider 1989, C.XV, S.2, s.3; Faruk Erem, YD., Ekim 1986, C.XII, S.4, s.410, 411; Sahir Erman, Karşılıksız Çek, Batider 1981C.XI, S.2, s.123 vd.; Zeki Hafizoğulları, 3167 Sayılı Kanun ile Öngörülen Suçun Sınırları, Batider Aralık 1988, C.XIV, S.4, s.21; Mustafa Güven, YD. Temmuz 1988, C.XIV, S.3, s.238; Talih Uyar, Karşılıksız Çek Keşide Etmek Suçu, ABD 1987, S.5/6, s.671; Çetin Oğuzoğlu, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamada Bono ve Çek Sorunları, İstanbul 1988, s.185.

bakımından zor hatta imkansız olması, yorum kararı ile kabul edilen çözümün uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamaya iktifa edememesi ve bu durumun çeke olan itimadın sarsılmasına ve dolayısıyla tedavülünün azalmasına sebep vermesi üzerine, karşılıksız çek keşidesinin özel bir kanun ile suç olarak kabul edilmesi ve bu müstakil suçun özel bir cezayı ve hukuki müeyyideyi gerektirmesi zorunlu hale gelmiştir. Sıraladığımız bu ihtiyaçları karşılamaya yönelik olarak yürürlüğe sokulan 3167 sayılı kanunun kabulü ile artık müstakil bir suç niteliğine bürünen karşılıksız çek keşidesine, bu sebeple öncelikle cezai ve kural olarak hukuki açılardan doğrudan ilgili kanun maddeleri ve bu maddelerde öngörülen cezai ve hukuki müeyyideler tatbik olunacaktır.

Söz konusu kanunda, adından da anlaşılacağı üzere, çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunmasına yönelik hükümler ile bu korumayı sağlamak amacıyla karşılıksız çek keşidesi halinde uygulanacak olan cezai ve idari müeyyideler tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bu açılardan bakıldığında, kanunun, yürürlüğe girmesindeki tarihi gelişimi de dikkate alarak kabul edilmesindeki saikin, çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunması marifetiyle ticari güven ortamını temin etmek ve bu sayede çek kullanımının yaygınlaşmasını sağlamak olduğunu söyleyebiliriz².

Karşılıksız çek keşidesi, gerek uygulamada gerekse doktrinde halen üzerinde tartışmaların mevcut olduğu çok geniş bir alanı ilgilendirmektedir. Konunun tüm yönleri ile ele alınıp incelenmesi, hukuki ve cezai müeyyideleri, bankacılık tatbikatında ortaya çıkan problemler ve bir suç olarak karşılıksız çek keşidesinin mahiyeti, değil bir makale çalışması, müstakil ders kitaplarına dahi sığması mümkün olmayan bir hacimi oluşturmaktadır.

Çek ve hususiyle karşılıksız çek keşidesi müesseselerinin hem TTK hem de TTK'ya nazaran daha özel nitelik arz eden 3167 sayılı kanunda tanzim edilmeleri dolayısıyla doktrinde ve Yargıtay kararlarında iki kanundaki düzenlemelerin içtimal meselesinden kaynaklanan tartışmalarla ve çelişik kararlarla halen karşılaşılmaktadır. Söz konusu tartışmaların çözümü için bir yandan TTK'ndaki çek ve karşılıksız çek rejiminin, bir yandan da 3167 sayılı kanunun sistematığının eksiksiz bir şekilde incelenmesi

² Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi, C.IV, İstanbul 1990, s.769; Oruç Hami Şener, Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemi 3167 Sayılı Çek Kanunu İle Cezalandırılabilir mi, ABD 1988, S.2, s.239; Omağ, agm, s.44; Donay, age, s.98.

gerekmektedir. Bu inceleme, çalışmamızın özellikle 3167 sayılı kanuna hasredilmesi sebebiyle makalemizde yer almamaktadır. İki kanunun içtimal meselesinin sağlıklı bir şekilde çözümü, müstakil bir çalışmayı gerektireceğinden başlı başına bir makale konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Karşılıksız çek keşidesine özel olarak 3167 sayılı kanunun hasredilmesi ve 3167 sayılı kanunun ilgili maddeleri uyarınca³ çıkarılan tebliğlerin ve yönetmeliklerin doğrudan düzenleyici etkiye sahip olmaları, sadece karşılıksız çek keşidesinin incelenmesinin dahi geniş ve tafsilatlı bir alana yayılmasına sebep olmuş ve söz konusu durum doktrin ve Yargıtay kararları arasındaki görüş ayrılığının meydana gelmesine de etki etmiştir. Çalışmamızda bu tartışmalara da yeri geldiğinde değinilecektir.

Çalışmamızın içeriğinde sadece karşılıksız çek keşidesi müessesesinin meydana gelmesi için aranan hususlar yer alacağından, karşılıksız çek keşidesi gerçekleştiği takdirde meydana gelecek olan; özellikle muhatap banka ve karşılıksız çek keşide eden yönünden doğacak hukuki ve cezai sonuçlara yer verilmeyecektir.

Yukarıda arz edilen gerekçe ile çalışmamızda, 3167 sayılı kanun'un sistematigi baz alınarak karşılıksız çek keşidesinin unsurları üzerinde durulacak ayrıca 3167 sayılı kanuna muhalefet şeklinde adlandırılan, tatbikatta oldukça sık bir şekilde kendine yer bulan suçun, meydana gelmesi için 3167 sayılı yasada belirtilenlerin haricinde ek hususların gerçekleşmesinin gerekli olup olmadığı noktasındaki tartışmaya da çalışmanın hacmi elverdiği ölçüde değinildikten sonra sonuç bölümü ile çalışmamız sona erecektir.

II. KARŞILIKSIZ ÇEK

A. TANIM

Karşılıksız çek hususunda TTK m.695'teki ifadeye rağmen doktrinde farklı tanımlarla karşılaşsak da genelde tüm tanımlamalarda yer alan unsurların aynı olduğunu ancak bu unsurların sıralanmalarının farklılık arz ettiğini görmekteyiz. Kanundaki ifadeden yola çıkarak tanımlamaların tümünün odağında keşidecinin hesabında yeterli mevduatın bulunmamasına rağmen keşide edilen çekin, karşılıksızlık sebebiyle muhatap banka

³ Bak 3167 Sayılı Kanun madde 3, 6, 11.

tarafından ibraz edene ödenmemesi yer almakta iken, doktrinde ayrıca muhatap banka ile keşideci arasında geçerli bir çek anlaşmasının bulunmamasının da karşılıksız çek keşidesine sebebiyet vereceği ileri sürülmüştür⁴. Ancak uygulamada ortaya çıkan, keşidecilerin çeklerini bankaların kendilerine vermiş oldukları çek karneleri üzerinde tanzim etmeleri gerektiği yönündeki teamül ve bu çek karnelerinin keşideciye banka tarafından verilmesinin TTK m.695 f.1 uyarınca zımni bir çek anlaşması olacağı görüşü, yukarıda tatbikatta ortaya çıktığını zikrettiğimiz teamülün doktrinde de kabul görmesine neden olmuş ve bununla birlikte, çek anlaşmasının bulunmaması sebebi ile karşılıksızlığın ileri sürüldüğü davalara ve takiplere yine aynı teamül gereği tatbikatta rastlanılmamıştır⁵.

Çek karnelerinin baskı şekli, içeriği ile ilgili düzenleme yapma yetkisi 3167 sayılı kanunun 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Türkiye Bankalar Birliği'nin görüşünü almak koşuluyla Merkez Bankasına verilmiş ve Merkez Bankası 3167 sayılı kanuna tabi çek karnelerinin geçerlilik şekline ilişkin şartları içeren düzenlemeyi 24 Eylül 1985 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 18878 sayı ve 1 sıra numaralı tebliği ile yürürlüğe koymuştur. Bu düzenleme bankaların çek hesaplarını açarken, çekle ilgili bankacılık muamelelerini yaparken Merkez Bankasının tespit ettiği ölçülere ve şekle uygun olarak bastırdıkları çek karnelerini kullanmalarını zorunlu hale getirmiş ve bu zorunluluk uyarınca hesap sahiplerinin bankaların bastırdıklarının haricindeki çek karneleri ile çek işlemlerini yapmaları tebliğ uyarınca en azından tatbikatta imkansız hale gelmiştir. Sadece bankaların tebliğe uygun olarak bastırdıkları çek yapraklarını kullanabilen hesap sahiplerine söz konusu zorunluluk uyarınca banka tarafından çek karnelerinin verilmesi ise yukarıda da açıkladığımız gibi zımni bir çek anlaşması olarak kabul edilmektedir⁶.

⁴ Sıtkı Eroğlu, 3167 Sayılı Çek Yasası'nın Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar, Batider 1989, C.XV, S.2, s.18; Nurdut İnan, Özel Hukukta Karşılıksız Çek, Batider Aralık 1981, C.XI, S.2, s.106; Haluk Atalan, Hukuki ve Cezai Açından Çek, AD Mayıs-Haziran 1990, S.3, s.39.

⁵ Omağ, agm, s.45.

⁶ Kanaatimce çek karnelerinin şekline ilişkin olan ve bankaları (ya da özel finans kurumlarını) bağlayan bu düzenlemeye aykırı şekilde hazırlanmış düzenlenen çekler ve çek yaprakları da hukuken hiç bir geçersizlik müeyyidesi ile karşı karşıya değildir. Çünkü; çekin geçerlilik şartlarını içeren düzenleme sadece ve sadece TTK m.692'dir. Daha sonra da tartışacağımız üzere 3167 sayılı kanun ve uyarınca çıkarılan tebliğ ve

Karşılıksız çekin tanımı hususunda son olarak, 3167 sayılı kanunun 16. maddesi 1. fıkrasında ; “ibraz süresi içerisinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edildiğinde, muhatap banka tarafından yeterli karşılığının bulunmaması sebebi ile kısmen de olsa ödenmeyen çeklerdir” şeklinde dolaylı olarak tanımlanarak doktrinde kısmen de olsa mevcut tartışmanın sona ermesini sağlayacak şekilde bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır.

B. UNSURLARI

3167 sayılı kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasındaki tanımda yer alan ve yukarıda zikrettiğimiz ifadeye göre; karşılıksız çek keşidesinin ve karşılıksız çek keşidesine müeyyide olarak bağlanan hukuki sonuçların gerçekleşebilmesi için gerekli olan unsurlar şu şekilde sıralanabilir;

-Bankaya ödenmesi amacıyla ibraz edilen çekin hukuki anlamda geçerli bir çek olması için gerekli unsurlara sahip olması gerekir⁷. Bir başka deyişle karşılıksız çek keşidesine konu olacak çekin hukuken geçerli bir çek olması gerekir.

yönetmeliklerde çekin geçerlilik şartlarına ilişkin ek düzenlemelerin getirilmiş olduğu iddiası dinlenemez. Tebliğ uyarınca getirilen düzenleme sadece bankaların uyacakları itina ve özen kurallarına münhasırdır. Tebliğ çek için geçerlilik şartları değil bankalara çekle işleyen hesap açarken ve çek ile ilgili bankacılık işlemler yapılırken uymaları gereken kuraları ihtiva etmektedir. Bu suretle bankalar çekle ilgili işlemler yaparken tebliğe uymayan çek karne ve yaprakları ile işlem yapmayacaklardır. Yapmamalarının sebebi tebliğe uymayan çekin geçerli olmaması değil tebliğe uygun olmamasıdır. Yaptıkları takdirde ise çek, geçerlilik yönünden hiç bir engelle karşı karşıya değildir. Tebliğe uymayan çek karneleri ile işlem yapmalarının müeyyidesi, bankaların 3167 sayılı kanunun 3. maddesi uyarınca m.2’de genel itina ve dikkat gösterme yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle m.15’te zikredilen cezai müeyyidelerden ibarettir.

⁷ Murat Yusuf Akın, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, 1995 C.IX, S.1-3, s.415; Omağ, agm, s.46; Şener, agm, s.242; Ayrıca hukuken geçerli olmayan çeklerin de karşılıksız çek keşidesi eylemi ve dolayısı ile suçuna sebebiyet verebileceği ileri sürülmüştür. Bunun için bkz.Sami.Selçuk, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, Ankara 1986, s.123.

-Çekin muhatap bankaya veya diğer bir şubesine TTK m.708'de belirtilen kanuni ibraz süreleri içerisinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden daha önceki bir tarihte ibraz edilmesi gerekir⁸.

-Çek bankaya ibraz edildiğinde keşidecinin hesabında çekte yazılı meblağı karşılayacak miktarda mevduatın bulunmaması gerekir⁹.

-Muhatap bankanın çekte yazılı olan miktarı keşidecinin hesabında yeterli mevduatın bulunmaması sebebiyle kısmen dahi olsa ödememesi gerekir.

Şimdi, kanundaki tanımdan çıkardığımız bu unsurların ayrıntılı incelemesine geçebiliriz.

1. ÖDENMESİ İÇİN İBRAZ EDİLEN ÇEKİN TTK ANLAMINDA GEÇERLİ BİR ÇEK OLMASI GEREKİR

TTK m.692'de çekin geçerliliği için çekte bulunması gereken unsurlar 6 bent halinde sıralanmış bulunmaktadır. Bu maddeye göre;

Çek kelimesi (senet metninin Türkçe'den başka bir dilde yazılmış olması halinde o dilde çek anlamına gelen yabancı dildeki ifade)¹⁰(TTK m.692 b.1).

Kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi için havale edildiğine dair kayıt(TTK m.692 b.2).

Muhatabın adı ve soyadı(TTK m.692 b.3). Çekte muhatap sadece bankalar ve özel finans kurumları olacağından adı ve soyadı ibaresini banka ya da özel finans kurumunun ticaret ünvanı olarak anlamak gerekir¹¹.

Ödeme yeri(TTK m.692 b.4).

⁸ Ahmet Zeyneloğlu, Çekin Muhatap Bankaya İbrazi Zorunludur, YD Nisan 1976, S.2, s.141 vd. ;Nurcan İpek, TTK ve 3167 Sayılı Kanun Açısından Çek, Argumentum, Yıl 3, S.32, s.565; Omağ, agm, s.47; Oğuzoğlu, age, s.189; Eroğlu, agm, s.17; Akın, agm, s.416, 417.

⁹ Omağ, agm, s.48; Erman, agm, s.127; Eroğlu, agm, s.18; Akın, agm, s.417.

¹⁰ Çek İngilizce'de "check", Almanca'da "scheck, Fransızca'da "cheque" anlamına gelmektedir.

¹¹ Özel Finans Kurumlarının adlarının banka olmamasına rağmen işleyişlerinin ve organlarının TTK'ya ve dolayısıyla çekte münhasır hükümlere tabi olmaları sebebiyle, çekle işleyen hesap açabilmeleri 16.12.1983 gün 83/7586 sayılı kararname ve eki karar ile tanzim edilmiştir.Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gönen Eriş, Açıklamalı İçtihatlı Çek Hukuku, 1995 Ankara, s.363.

Keşide yeri ve tarihi¹²(TTK m.692 b.5).

Keşidecinin imzası(TTK m.692 b.6).

geçerli bir çek için mevcudiyeti aranan kayıtlardır.

a. 3167 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinde Yer Alan Kayıtların Çekin Geçerliliği Noktasında Etkisi.

TTK'nda çekin unsurlarını ihtiva eden hükmü açıkladıktan sonra, 3167 sayılı kanunun 2. maddesinde muhatap bankalara yükletilen "çekle işleyecek hesap açılırken, çek karneleri verilirken ve kanun tarafından bankalara

¹² Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 20.09.1994 tarih ve 7580/11206 tarihli bir kararında çekte keşide tarihi olarak gösterilen tarihin imkansız bir tarih olması sebebiyle çekin bankaya ibrazına ve karşılığının bankada keşidecinin hesabında bulunmadığının tespit edilmesine rağmen geçerli bir çek olarak kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir. Özel Dairenin kararına karşı Yargıtay Ceza Genel Kurulu yerel mahkemenin direnme kararı temyiz edilmek suretiyle önüne gelen dosyada özel dairenin çekte keşide tarihi olarak imkansız bir tarih gösterilmesinin doğrudan çeki geçersiz hale getirmeyeceğine hükmetmiştir. Ceza Genel Kurulu'na göre çekte keşide tarihinin bulunması çekin geçerliliği için yeterli bir geçerlilik koşuludur. Bu tarihin gerçeği yansıtmasına en azından geçerlilik koşulu olarak gerek yoktur. Ancak keşide tarihi olarak gerçeği yansıtılmamakla birlikte imkansız bir tarih gösterilmişse mesela 31 Nisan 1999 tarihi söz konusu ise bu durumda geçerli bir çek olmadığı yönündeki neticeye doğrudan ulaşılmasını mümkün görmemiştir. Ceza genel kuruluna göre bu gibi hallerde çekin üzerinde yazılı keşide tarihi olarak imkansız bir tarih gösterilmişse, keşidecinin geçerli bir tarih belirtme düşüncesini tespit edebileceğimiz ölçüde çeki geçerli kılmak ancak 31 Nisan değilde 32 Nisan olarak bir tarih belirtilmişse bu durumda keşidecinin geçerli bir çek meydana getirme saikini taşımadığı sonucuna ulaştığımız için burada geçerli bir çekten bahsetmek imkanımız yoktur. (YCGK.13.02.1996 T, E.1995/10-378, K.1996/13 Türiye Barolar Birliği Dergisi, 1996/3 s.443 vd.). 3167 sayılı kanunun saikinin çek hamilini koruak suretiyle çek tedavülünün artmasını sağlamak olduğu düşünülürse ceza genel kurulunun çeki geçerli kılabilmek için keşidecinin iradesin ve gayesini göz önünde bulundurarak ikili bir ayrıma giderek sonuca ulaşması kanaatimce isabetlidir. Zira bu halde çekin geçerliliğini mümkün kıldığımızda hamilin 3167 sayılı kanunda belirtilen korumalardan faydalanması söz konusu olabilecektir. Bunun aksi halde çeki doğrudan ikili bir yoruma gitmeksizin geçersiz olarak kabul ettiğimizde 3167 sayılı çek kanunundan hamilin karşılıksız çek keşidesinin gerçekleşmesi ve karşılıksız çek ile ilgili hükümlerden istifade edebilmesi mümkün olmamaktadır ve bu netice de kanunun saikine tamamıyla tezat oluşturmaktadır.

yükletilen ödevler yerine getirilirken basiretin ve gerekli itinanın gösterilmesi” mesuliyeti ve bu mesuliyetin özel bir tezahürü niteliğinde bulunan çek karnelerinin düzenlenmesine de değinmek gerekmektedir.

3167 sayılı kanunun 2. maddesi tarafından bankalara, çek karneleri verirken, çekle işleyecek hesap açarken ve 3167 sayılı kanunda zikredilen görevleri yerine getirirken TTK m.20 f.3’te belirtilen basiretli bir tacir gibi davranarak işlemlerin gerektirdiği basireti ve itinayı gösterme mükellefiyeti yüklenmektedir. Hemen akabinde ise 3. maddenin 1. fıkrasında, bankaların çek karnelerinin her yaprağına çekle işleyen hesabın bulunduğu şubenin adını ve keşidecinin hesap numarasını yazmaya mecbur olduklarına dair ifade yer almaktadır. Maddede belirtilen ve bankalara yükletilen ödevin kaynağını 2. maddede yer alan bankaların itina ve basiret gösterme yükümlülüğünde aramak doğru olacaktır. Ancak bu noktada bir tartışma konusu vardır ki, o da bankalara yükletilen ve 3. maddede yer alan mükellefiyetin kaynağı değil, bu mükellefiyetin yerine getirilmemesi halinde keşide edilen çekin doğuracağı hukuki sonucudur.

Yukarıdaki paragrafta anlatıldığı şekilde, bankaların 3167 sayılı kanunun basiret ve itina ile ilgili hükümlerine ve özellikle 3. maddesine tezat teşkil eden çekin hukuki sonucu hakkındaki doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; 3167 sayılı kanunun 3. maddesinde zikredilen, çek yapraklarının üzerinde yer alması gereken unsurların yokluğu halinde ortada hukuken geçerli bir çek mevcut değildir. Zira, kanunda zikredilen unsurlar TTK’nda belirtilen unsurlara ilaveten aranması gereken, geçerlilik için zorunlu unsurlardır ve 3167 sayılı kanunun daha yeni (Lex Posterior) ve özel bir nitelik arz etmesi (Lex Specialis) bu gerekliliğin gerekçeleri olarak gösterilebilir¹³.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, 3167 sayılı kanunun 3. maddesinde yer alan unsurları ihtiva etmeyen bir çek de hukuken geçerli bir çek durumundadır¹⁴. Zira çeklerin geçerlilikleri için aranan kanuni unsurlar, TTK m.692 de açık ve sınırlı sayı ilkesine bağlı bir şekilde zikredilmektedir. 3167 sayılı kanun TTK’ya nazaran daha özel bir nitelik arz etse de bankaların çek yapraklarının üzerine düşmeleri gereken kayıtların çeklerin

¹³ Hamdi Yasaman, Kırkıncı Yılında Türk Ticaret Kanunu, Çek, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı ve Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlileri Değerlendirmeleri, İstanbul 1997, s.223;Donay, age, s.99; Rcisoğlu, age, s.17.

¹⁴ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s.1066.

kanuni zorunlu unsurları oldukları yönünde herhangi bir hüküm kanunda mevcut değildir¹⁵.

Bu iki görüşün yanında ayrıca, 3167 sayılı kanundaki kayıtların yokluğunun, sadece çekin karşılıksız çıkması halinde 3167 sayılı kanundaki hukuki ve cezai imkanlardan istifade imkanını ortadan kaldıracığını, bunun yanında çeklerin geçerliliğine bir etkisinin olmayacağını ileri süren yazarlara da rastlanmaktadır¹⁶.

Doktrinde mevcut olan bu tartışma karşısında 3167 sayılı kanunun ek zorunlu unsurlar getirip getirmediğine karar verirken dikkat etmemiz gereken husus, ilgili unsurların bankaların genel itina ve basiret gösterme yükümlülüklerinin düzenlendiği 2. maddenin hemen akabinde 3. maddede yer almış olmasıdır¹⁷. Kanunun 2. ve 3. maddesinin birlikte sistematik yoruma tabi tutulmaları ile çek yapraklarının her birine çekle işleyen hesabın bulunduğu şubenin adının ve keşidecinin hesap numarasının yazılmasının, bankaların basiret ve itina gösterme yükümlülüklerinin özel bir tezahürü olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayım. Kanun metninde sarıh bir şekilde söz konusu kayıtların, çeklerin geçerliliklerini etkileyecek kayıtlar olarak kabul edilmemiş olması da düşüncemizin isabetli olduğuna bir delil teşkil eder. Bu durumda sonuç olarak, TTK m.692'de zikredilen hususların mevcudiyeti çeklerin geçerliliği için yeterlidir. Ayrıca 3167 sayılı kanunun 3.maddesinde zikredilen hususların yokluğu çekin hukuken geçerliliğini etkilemez. Ancak bu kayıtların çek yaprağında yer almamış olması, bankalara kanun tarafından yükletilen "basiretli davranma ve itina gösterme" mükellefiyetin yerine getirilmemesi anlamına geleceğinden bankaların cezai sorumluluğuna (3167 sayılı kanun m.15) gitmekten başka bir sonucun meydana geleceğini hele de çekin geçerliliği için aranan hukuki şartlarının yerine gelmediğini ileri sürmek yukarıda izah edilen gerekçeler ışığında anlamsız kalacaktır¹⁸. Kaldı ki ; yukarıda da zikrettiğimiz şekilde kanunun,

¹⁵Reha Poroy - Ünal Tekinalp , Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 1995 , s. 283; Omağ , agm , s.43; Domaniç , age, s.770.

¹⁶ Güven, agm, s.242.

¹⁷ 3167 sayılı kanunun 3. maddesinin son fıkrasında en son olarak 4358 numaralı ve 02.04.1998 tarihli kanun ile yapılan değişiklik ile bankalara, çek karnesi verdikleri müşterilerinin açık kimlik ve adresleri ile vergi kimlik numaralarını T.C. Merkez Bankasına bildirme ve bunlara ilişkin belgeleri ise hesapların kapatılmalarını izleyen beşinci yılın sonuna kadar saklama mükellefiyeti getirilmiştir.

¹⁸ Domaniç, age, s.564.

isminden anlaşılacağı üzere yürürlüğe girmesinde göz önünde tutulan saiklerden bir tanesi de hamilin korunmasıdır. Bu açıdan bakıldığında da 3167 sayılı kanundaki unsurların yokluğunda çeki hukuken geçersiz bir çek olarak kabul edersek, çek hamilini kanunun koruması dışına çıkarmış, yüksek faiz oranları, düzeltme hakkı vasıtasıyla alacağına daha kolay ve hızlı ulaşma fırsatı ve keşideci hakkındaki cezai müeyyidelere keşidecinin tabi olma zorunluluğunu ortadan kaldırmış oluruz ki bu sonuç da hamilin haklarının korunması ve dolayısıyla kanunun saiki ile ne ölçüde bağdaşmaktadır tartışılabilir¹⁹. Zira; 3167 sayılı kanunun getirdiği unsurların mevcut olmaması halinde çeki geçersiz olarak kabul edersek, hamil ne kanunun kendine tanıdığı imkanlardan istifade edebilir ne de çekin geçersiz olması sebebiyle müracaat borçlularına başvurabilir. Bu açık ve net handikapın da kanun koyucu tarafından istenmediğinin açık olduğu kanaatindeyim.

b. Hukuken Geçerli Bir Çek Bahsinde Özel Durumlar

Son olarak bu bahiste değinilmesi gereken bir husus daha vardır ki o da; adı çek olmasına rağmen TTK anlamında çek niteliğini haiz olmayan senetlerin TTK ve 3167 sayılı kanundaki çekle ilgili hükümlere tabi olmayacakları gerçeğidir. Bu durumdaki, yani TTK'da belirtilen nitelikleri taşımayan ve 3167 sayılı kanuna tabi olmayan çeklere örnek olarak seyahat çeki ve posta çeki gösterilebilir.

İki paragraf yukarıda da değinildiği üzere TTK m.695'te belirtilen şartları haiz olan bir çekin, 3167 sayılı kanunun 3. maddesinde yer alan unsurları ihtiva etmemesi, muhatap banka ile keşideci arasında çek anlaşmasının olmaması ve keşidecinin hesabında yeterli mevduatın bulunmaması halleri dahi, TTK anlamında geçerliliği için olumsuz hiç bir etkiye sahip bulunmamaktadır. Çekin geçerliliği ile bu kavramları birbirine karıştırmamak gerekir.

Hukuken geçerli bir çek mevzuunda değinilmesi gereken bir başka nokta da; hukuken geçerli olmayan bir çekin karşılıksız çıkması halinde ortada 3167 sayılı kanuna muhalefet değil, şartlarının mevcudiyeti halinde TCK m.503 vd.' da yer alan ve 1929 tarihli TBMM yorum kararında da zikredilen "dolandırıcılık" suçundan bahsedilmesi gerekliliğidir²⁰.

¹⁹ Omağ, agm, s.47.

²⁰ Donay, age, s.100.

2. ÇEKİN HAMİL TARAFINDAN MUHATAP BANKAYA İBRAZ EDİLMESİ GEREKİR

Karşılıksız çek keşidesi ve buna bağlı olarak karşılıksız çek suçundan bahsedebilmek için gerekli olan 2. husus; çekin hamil tarafından TTK m.708'de gösterilen ibraz sürelerinde veya çekin üzerinde yazılı keşide tarihinden daha önceki bir tarihte muhatap bankaya veya bankanın diğer bir şubesine ibraz edilmiş olmasıdır²¹. TTK m.708 f.1 ve f.2'ye göre ibraz süreleri, çekin keşide edildiği yer ile ödeneceği yerin (çekin üzerinde açık olarak belirtilmemiş ise muhatap bankanın bulunduğu yer) aynı olması halinde 10 gün, farklı olması halinde bir ay, farklı kıtalarda yer alması halinde ise üç ay olarak tespit edilmiştir²².

3167 sayılı kanunun 4. maddesi'nde belirtildiği üzere, çekin muhatap bankaya az önce zikredilen süreler içerisinde ibraz edilmesi halinde banka, keşidecinin hesabında karşılığın bulunması durumunda (karşılık kısmen de olabilir tamamen de) çek bedelini hamile ödemek yükümlülüğünü haizdir. Söz konusu yükümlülüğü, çekin muhatap bankaya veya bir başka şubesine kanunda zikredilen şekillerde ibraz edilmiş olması şartı ile kabul etmek daha isabetli olacaktır kanaatindeyim. İbraz sürelerinin geçirilmesinden sonraki ihtimallerde mecburiyet terimini mezuniyet şeklinde anlamak ve algılamak gerekmektedir²³. Zira; kanuni süreler geçirildikten sonra ibraz edildiğinde çekin karşılığının keşidecinin hesabında bulunmasına rağmen çek anlaşmasında açık olarak bankaya çekin kanuni sürelerinden sonra ibraz edildiğinde bedelin ödenmesi veya ödenmemesi mükellefiyeti yükletilmemişse muhatap banka 3167 sayılı kanunun 4. maddesinin aksi ifadesine göre kendisine ibraz edilen çeki ödeyip ödememekte bir yetki ve serbestiye sahip bulunmaktadır. Bankanın bu yetki ve serbestisinin tek sınırlaması Medeni Kanun'da yer alan iyiniyet ve doğruluk dürüstlük kuralları ile Ticaret Kanunu'nda yer alan "basiretli bir tacir gibi davranmak yükümlülüğü" olabilir.

²¹ 4358 Numaralı ve 02.04.1998 tarihli kanun ile 3167 sayılı kanunun 4. maddesi 1. fıkrasında yapılan değişiklik ile muhatap bankanın çek hesabı açılmış olan şubesi dışındaki herhangi bir şubesine ibraz edilen çekin karşılığı o şube tarafından provizyon istenmek ve hamilin vergi kimlik numarası tespit edilmek suretiyle ödeyeceği tanzim edilmiş bulunmaktadır.

²² Öztan, age, s.1275.

²³ Poroy-Tekinalp, age, s.284.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta daha vardır ki o da ibraz süreleri geçirildikten sonra ibraz edilen çekin karşılığının keşidecinin hesabında bulunmaması halinde karşılıksız çekten bahsetmek imkanımızın olmamasıdır. Zira; karşılıksız çekin meydana gelmesi için aranan kanuni şartlardan bir tanesi de TTK m.708'in tayin ettiği sürelerde veya keşide tarihinden daha önceki bir tarihte çekin ibraz edilmiş olmasıdır (3167 sayılı Kanun m.16 f.1).

3167 sayılı kanunun 4. maddesi 1. fıkrasına göre muhatap bankanın hesabın açıldığı şube dışındaki bir başka şubesine de çekin ibrazının yeterli olacağı ancak, bu halde hesapta bulunacak karşılığın şube tarafından provizyon istenerek ödeneceği hüküm altına almıştır.

3. ÇEKİN KARŞILIKSIZ ÇIKMASI GEREKİR

a. Genel Olarak

3167 sayılı kanunun 5. maddesine göre karşılıksız çekten bahsedebilmek için çekin, keşidecinin hesabında çekte yazılı meblağın kısmen yada tamamen bulunmaması sebebiyle muhatap banka tarafından karşılıksızlığı ileri sürülerek ödenmemesi gerekmektedir²⁴. 4. maddeye göre ise karşılıksızlığın tespiti için çekin bankaya ibraz edildiği an dikkate alınmalıdır. Kısaca çekin hamil tarafından ödenmesi için bankaya ibraz edildiği anda ve bu ibrazın yukarıda arz edilen şekilde yapılmış olması şartıyla karşılığının kısmen yada tamamen bulunmaması, karşılıksız çek keşidesi eylemi ve dolayısı ile suçunun tespiti için önem arz etmektedir²⁵. Keşide anında, yeterli mevduatın bulunup bulunmaması karşılığın olup olmaması açısından hiç bir önemi haiz değildir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, keşide anında yeterli mevduatın bulunup ibraz anına kadar bu mevduatın keşideci (hesap sahibi) tarafından çekilmesi suretiyle ödenemeyecek hale getirilmesi, çekin karşılıksız bırakılmasına yol açabilir. Aynı şekilde keşide anında yeterli mevduatın olmayıp ibraz anına kadar bu karşılık tedarik edildiği takdirde ise karşılıksız çekten bahsedemeyiz.

²⁴ Özcan, age, s.1276.

²⁵ Poroy-Tekinalp, age , s. 275 vd .; Omağ , agm , s. 47 ;Aksi görüş için bkz . Atala, agm, s. 39 ; Erem , agm , s.415; Erman, agm, s.132; Öza, age, s.1279.

b. Karşılıksızlık Hakkında Muhtelif İhtimaller

Çekte yazılı olan kayıtsız şartsız meblağın hangi cins para birimi ile ödeneceği kararlaştırılmış ise, kararlaştırılan cins para birimi ile ödenmemiş olmasını karşılıksız çek keşidesi fiiline sebep veren bir durum olarak kabul etmek gerekir. Bu ihtimalin söz konusu olabilmesi için “aynen ödeme” kaydının çekin üzerinde yazılı olması gerekmektedir. Bu durumda başka cins para birimi ile çekin ödenmiş olması halinde ödemenin ve karşılığın kabul edilmesi çeki muhatap bankaya ibraz eden hamilin onayına bağlıdır. Hamil, ödemeyi aynen kayıt yerine geçecek şekilde kabul etmemiş ise karşılıktan bahsetme olanağımız yoktur²⁶.

Çekte karşılıktan bahsetmemek için gerekli olan hususlardan bir tanesi de keşidecinin çekle işleyen hesabında en az çekte yazılı meblağ kadar mevduatın bulunmasının gerekliliğidir. Aksi bir durumda, kısmen dahi olsa keşidecinin hesabında çekte yazılı meblağı karşılayacak bir mevduatın bulunmaması halinde de kısmi karşılıksızlıktan bahsedebilir. Bu durumda da kısmen karşılıksız çıkan çekte karşılığı bulunmayan miktar hakkında karşılıksız çekle ilgili hükümler ve müeyyideler söz konusu olacaktır²⁷.

Keşidecinin çekte yazılı meblağı, ibraz süreleri içerisinde, hesabında bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmesi ile karşılıksız çekten bahsetme imkanımız kalmamaktadır. Keşidecinin yeterli karşılığı hesabında bulundurma yükümlülüğü ibraz süreleri ile mahduttur. Bu sebeple ibraz sürelerinin geçmesinden sonra ibraz edilen çekin hesapta yeterli mevduatın bulunmaması sebebiyle ödenmemiş olması halinde karşılıksızlıktan bahsedemeyiz²⁸. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, keşide edildiği anda mevcut olan karşılığın, daha sonra keşidecinin ibraz süreleri içerisinde bankaya karşılığın ödenmemesi için talimat vermesi veya mevcut karşılığı hesaptan çekmesi suretiyle kısmen ya da tamamen karşılıksız bırakılması halinde de karşılıktan bahsetmek imkanımız yoktur.

Çek bedelinin yeterli mevduat olmasına rağmen karşılığa tekabül eden miktarı üzerinde haciz veya rehin söz konusu ise doktrindeki bir görüşe göre çekin karşılıksızlık sebebi ile ödenmemiş olduğunu kabul etmek gerekir²⁹.

²⁶ Poroy-Tekinalp, age, s.284.

²⁷ Omağ, agm, s.48; Öztan, age, s.1278.

²⁸ Erman, agm, s.132 ;Akın, agm, s.417 ;Zeyneloğlu, agm, s.141 vd.

²⁹ Omağ, agm, s 48.

Bir başka görüşe göre ise, bu halde karşılıksızlık sebebi ile ödenmemeden bahsetmek imkanına sahip değiliz³⁰.

Kanunun açık ifadesine göre karşılıksız çekten bahsetmek için bankada yeterli mevduatın bulunmaması gerekmektedir. Kanunun bu ifadesini söz konusu meblağ üzerinde istenildiği anda tasarrufta bulunulamama olarak genişletici yorum yaparak algıladığımız takdirde tartışma, haciz veya rehin gibi hallerde yeterli mevduatın olmasına rağmen ödenmediğinden, bu gibi hallerde karşılıksız çekten bahsetmek imkanını tanıyarak sona erdirilebilir. Kanunun kabul edilmesindeki saikin, yukarıda da arz edilen şekilde hamillerin korunması vesilesiyle çeke olan güveni artırıp tedavülünü artırmak olduğu gerçeği karşısında, birinci görüşün daha isabetli olacağı kanaatindeyim. Zira, çek kullanma suretiyle hamilin itimadına mazhar olarak ticari bir tasarrufta bulunan kişinin çeki kullanırken, keşidesinden önceki tarihlerde haciz veya rehini bilmesi, sonraki tarihlerde ise öngörmesi mükellefiyetini üstlenmesi gerekliliği, çek ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulup çekin tedavülünü artırmak amacıyla vazgeçilemez bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıardan bakıldığında çekin karşılıksızlık haricindeki bir sebepten dolayı ödenmediği iddiaları da geçersiz kalacaktır. Zira çek, kanaatimce haciz veya rehin hallerinde karşılığın hukuken anlamsız kalması ve doktrinde de kabul edildiği üzere³¹ serbestçe tasarrufa müsait bir konumda olmaması sebebiyle, kısaca karşılıksızlığın özel bir nevi yüzünden ödenmemiş olacaktır.

4. KARŞILIKSIZ ÇEKİN ÖDENMEMİŞ OLMASI GEREKİR

Karşılıksız çekten bahsedebilmek için gerekli olan 4. unsur, bankanın kendisine ibraz edilen çekteki bedeli karşılıksızlık sebebiyle hamile ödemiş olmasıdır.

Banka, tamamen veya kısmen mevcut olan karşılığı 3167 sayılı kanun m.4 c.1 uyarınca hamile kanuni sürelerinde ibraz edilmesi şartıyla ödemek zorundadır. 4. maddenin 2. cümlesinde ise ibrazın muhatap bankanın çek hesabı açılmış olan şubesi dışındaki bir başka şubesine yapılması halinde çekin karşılığının provizyon istenerek ibraz edilen şube tarafından ödeneceği açık olarak tespit edilmesine rağmen, tatbikatta bankaların, maddenin açık ifadesine aykırı bir şekilde, hesabın bulunduğu yerden başka bir şubeye ibraz

³⁰ Müge Tekil, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997, s.128.

³¹ Omağ, agm, s.48.

halinde provizyon istemekten ve karşılığı hamile ödemekten imtina ettikleri görülmektedir. Bankaların 3167 sayılı kanunda kendilerine yükletilen mükellefiyetlerinin tipik bir ihlalini teşkil eden bu durumda, 3167 sayılı kanunun 15. maddesinde öngörülen idari para cezası müeyyidesinin tatbikine muhatap olmaları gerektiği kanaatindeyim³².

Burada karşılıksız çekten bahsedebilmek için dikkat edilecek olan husus, 3167 sayılı kanunun 5. maddesinde de açık bir şekilde belirtildiği gibi bankanın çek bedelini ödememesinin karşılıksızlık sebebine dayanmasıdır³³. Bu husus ayrıca çekin üzerine yazılarak da tespit edilir ve çek o halde hamile iade edilir (3167 sayılı kanun m.5). Bankaya ibraz edilen çekteki meblağ, karşılığın bulunmaması haricindeki bir sebep ile (çekin geçerliliği için gerekli şekil şartlarına sahip olmaması, bankada o anda bankacılık işlemlerinin men edilmesi gibi...) hamile ödenmemişse karşılıksız çekten bahsetmek imkanımız yoktur.

Karşılıksızlık haricindeki bir sebep yüzünden ödenmediğinin tespiti halinde ise, hesapta yeterli mevduatın bulunmaması ihtimalinde dahi karşılıksız çekten bahsetmek imkanımız yoktur. Zira karşılıksız çekten bahsedebilmek için çek bedelinin ödenmemesinin sebebinin karşılıksızlık olması ve bunun çek üzerine kayıt düşülerek tespit edilmesi gerekir³⁴.

Günümüz bankacılık uygulamasında bazı hallerde muhatap bankanın keşidecinin çekle işleyen hesabında yeterli mevduatın bulunmamasına rağmen çek bedelini hamile ödemekte olduğunu görmekteyiz. Bu durumda banka, keşidecinin bir başka şubede veya aynı şubede bulunan başka bir hesaptan talimat olması halinde virman suretiyle, veya talimat olmaması halinde ise çek bedelini bizzat ödeyerek karşılık tedarik etmeye çalışmaktadır³⁵. Bankalar bu son yolu genelde itibarı yüksek ve sürekli

³² Bankanın, tabi olduğu 3167 sayılı kanunun 15. maddesindeki cezai müeyyideden ziyade ayrıca hukuki olarak keşideci ile arasında aktedilen çek anlaşmasına aykırı davranması dolayısıyla keşideciye karşı, genel olarak BK m.41'i ilgilendirdiği ölçüde çekle ilgili tüm kişilere karşı mesuliyetleri de devam etmektedir.

³³ İnan, agm, s.106; İpek, agm, s.567.

³⁴ Tekil, age, s.127.

³⁵ Omağ, agm, s.49, 50; İnan, agm, s.106. Keşidecinin çekin üzerinde yazılı hesapta karşılığının bulunmamasına rağmen aynı şubede bir başka hesapta veya bir başka şubedeki hesaptaki mevduattan ödenmesi halinde pek tabii karşılıksız çek-keşidesi fiili ve suçu gerçekleşmemiş olur. Ancak herhangi bir virman veya bir başka talimat olmaması halinde çekin keşide edildiği hesapta karşılığın bulunmamasına rağmen

kendileri ile çalışan ancak keşide ettikleri çeki karşılıksız kılarak itibarları muhtemelen sarsılacak olan ve bu sebeple kaybetmek istemedikleri müşterilerinin keşide ettikleri çeklerde kullanmayı tercih etmektedirler. Bu hallerde çekle işleyen hesapta yeterli mevduatın bulunmamasına rağmen karşılıksız çekten bahsedemeyiz. Zira banka hamile çekte yazılı meblağı ödeyerek karşılıksız çekin son unsuru olan ve yukarıda da değindiğimiz “ödenmeme” şartının gerçekleşmesine mani olmaktadır.

Keşidecinin hesabında çekte yazılı meblağı karşılayacak mevduatın bulunmasına ya da bulunmayıp banka tarafından kredi temin edilerek ödenmesine rağmen, bankanın çek üzerine karşılıksız ibaresini koyması halindeki durum ise tartışmalıdır. Ancak bu durumda tartışmalara girmeden önce söyleyebileceğimiz husus; hataen konan karşılıksız kaydına rağmen çekin karşılıksız çek niteliğini kazanamayacağıdır³⁶. Zira, karşılıksız çekten bahsedebilmek için karşılıksız kaydının keşidecinin hesabında çekte yazılı miktarı karşılayacak mevduatın bulunmamasına dayanarak konmuş olması gerekir. Bu sebeple yukarıda izah edilen ve yeterli karşılığın mevcudiyetine rağmen hataen konan karşılıksızlık kaydı, çeki karşılıksız çek haline getirmemektedir³⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bankanın gerçeğe aykırı bir şekilde karşılıksız şerhi vermiş olmasını ve bu sebeple keşidecinin karşılıksız çekin hukuki ve cezai neticelerine maruz kalmasını bankanın ağır kusuru olarak kabul etmiş, bankanın bu ağır kusuru ile keşideciye(hesap sahibine) vermiş olduğu zarardan birinci dereceden sorumlu olacağına ve maddi ve manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir³⁸.

Muhatap bankanın kendisine ibraz edilen çekte yazılı meblağı karşılık³⁹ olmamasına rağmen ödeyebileceğini yukarıda görmüş bulunuyoruz. Bu

birbaşka hesapta çek bedelini ödemeye yetecek mevduatın bulunması karşılıksız çekin gerçekleşmesini tek başına engelleyen bir durum olarak kabul edilemez: Aynı görüşte bkz. Öztan, age, s.1277.

³⁶ Poroy-Tekinalp, age, s.252; Öztan,age, s.1279.

³⁷ Bu halde banka 3167 sayılı kanunun m.2 uyarınca m.15'te belirtilen cezai müeyyideye tabi olmakta ayrıca yine TTK m.20'nin genel çerçevesinde keşideciye karşı çek anlaşmasını ihlal ve kusurunun yine TTK m.20 çerçevesinde tespiti ile haksız fiil sorumluluğu ile bağlı kalmaktadır.

³⁸ YHGK, 23.12.1987 E.1987/11-472, K.1987/1088 (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/2 s.325).

³⁹ Nurkut İnan, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s.53.

ödeme muhatap banka tarafından karşılığın yokluğu bilinerek yapılan bir ödeme olabileceği gibi hataen yapılan bir ödeme de olabilir. Her iki durumda da aşağıda görüleceği gibi bankaların ödedikleri meblağın ve ödemelerinin nitelikleri ile tahsil edebilmeleri doktrinde tartışmalara sebebiyet vermektedir.

Yukarıda da bahis olunduğu üzere keşidecinin hesabında çek yaprağının üzerinde yazılı meblağı karşılayacak yeterli mevduatın bulunmaması halinde dahi banka, müşterisini kaybetmemek amacıyla ve bankanın menfaatlerini de nazara alarak çek üzerindeki yazılı meblağı hamile ödeyebilir. Bu durumda karşılıksız çek söz konusu olmaz ve banka, müşterisinin 3167 sayılı kanundaki özel ve mevzuatta yer alan genel hükümlere göre müeyyidelere tabi olmasını engellemiş olur. Bankanın yapmış olduğu bu ödemenin niteliği ve müşteriden ne şekilde talep edileceği doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde mevzu ikili bir ayırım yapılarak irdelenmeye çalışılmıştır. Bankanın keşideci ile arasında kredi sözleşmesi mevcut ise ödeme aradaki kredi sözleşmesinin bir gereği, edimlerin ifası olarak karşımıza çıkmaktadır. Banka yaptığı bu ödemeleri ise kredi sözleşmesinin hükümlerine dayanarak hesap sahibinden faiziyle birlikte talep edebilir. Banka ile müşteri (keşideci) arasında mevcut bir kredi sözleşmesi yok ise doktrinde söz konusu ilişkinin ödünç sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür⁴⁰. Ayrıca, bankanın hamile yaptığı ödemenin vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edilebileceği de savunulan görüşler arasındadır⁴¹.

Hem 3167 sayılı kanunda hem de TTK'nun çekle ilgili maddelerinde, bankanın karşılık bulunmamasına rağmen yapmış olduğu ödemeleri hangi hukuki ilişkiye dayanarak talep edebileceği yönünde özel bir düzenleme mevcut değildir. Problemin çözümünü doktrinde ileri sürülen hukuki ilişkilerde aramaktan ziyade TTK m.21 ve m.22'de aramak gerektiği kanaatindeyim. Söz konusu maddeler tacir olmanın sebebiyet verdiği ödevler ve yetkilere münhasır maddelerdir. İlgili maddeler uyarınca tacirler yapmış

⁴⁰ Poroy-Tekinalp, age, s.254.

⁴¹ Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara 1989, s.111; Sabih Arkan-Celal Göle, Karşılıksız Çeki Ödeyen Bankanın Keşideciden Talep Hakkı, Batıder Haziran 1984, C.XII, S.2-3, s.51 vd.; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.Hikmet Sami Türk, Karşılıksız Çeki Ödeyen Banka Keşideciden Ceza İsteyebilir mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII, Nisan 1991 Ankara, s .71 vd.

oldukları hizmetler dolayısı ile ücret ve yapmış oldukları masraflar ve ödemeler için ise faiz talep edebilirler. Bu açılarından bakıldığında banka tarafından hamile yapılan ödemelerin (karşılık bulunmamasına rağmen yapılan ödemelerin) talep edilebilmesi için doktrinde ileri sürülen hukuki ilişkilere dayanma zorunluluğunu hissetmektense kanunda doğrudan öngörülen ücret ve faiz talep edebilme müessesesine gidilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyim. Zira bankanın hesapta yeterli mevduat bulunmamasına rağmen çek bedelini hamile ödemesi müşterisi lehine yapılmış bir hizmet ve bu hizmeti yerine getirirken kasasından çıkan meblağ da TTK m.21 ve TTK m.22'de zikredilen masraf olarak kabul edilebilir. Tabii arada mevcut bir kredi sözleşmesi var ise bu durumda ödemelerin kredi sözleşmesinin bir gereği olduğunu ve bu ödemelerin de kredi sözleşmesine dayanılarak talep edilebileceğini kabul etmek gerekir.

5. CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN KARŞILIKSIZ ÇEK SUÇUNUN OLUŞABİLMESİ İÇİN MANEVİ UNSURUN ARANIP ARANMAYACAĞI MESELESİ

Karşılıksız çek keşidesi suçunun oluşabilmesi için keşidecinin kusurunun aranıp aranmayacağı hususu da yani manevi unsur da doktrinde tartışmalara sebebiyet veren bir başka konudur. Zira, tatbikatta tüm önleyici müeyyidelere rağmen çok sık işlenen ve ağır müeyyidelere sebebiyet veren karşılıksız çek keşidesi suçunda klasik ceza hukuku ilkelerine aykırı şekilde, suçun unsurlarının tümünün bulunup bulunmadığına bakılmamakta ve aslında özel hukuk niteliği arz eden bir ilişkiden ceza hukukunu ilgilendiren neticelerin doğmasına yol açılmaktadır.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, 3167 sayılı kanundaki karşılıksız çek suçunun oluşabilmesi için öncelikle keşidecinin çeki bilerek ve isteyerek karşılıksız olarak keşide etmesi gerekir. Aksi takdirde karşılıksız bırakma kastı olmadan, hataen karşılıksız çek keşide eden keşidecinin, 1-5 yıl arasında hapis cezasına mahkum edilmesi gibi çok ağır sonuçların doğması, hakkaniyete ve kişilerin hürriyetlerinin güvenliğine aykırı bir durum oluşturmaktadır⁴². Ayrıca keşideci ve hamil arasındaki güven ilişkisine dayanan ve vade söz konusu olmayan çekte, keşideciye dolaylı yoldan bir kredi sağlmasına imkan veren "postdate çek"te,

⁴² Hafizoğlu, agm, s.21vd.; Erem, agm, s.419, 421; Donay ise kanunun sistematığının kasta dayanmayan sorumluluk olduğunu kabul etse de bu durumu eleştirmekte ve suçun oluşabilmesi için karşılıksız bırakma kastının aranmasının gerektiğini ileri sürmektedir (Donay, age, s.107).

keşidecinin karşılıksız bırakma kastı olmamasına rağmen, hamilin keşideci ile aralarındaki zımnî anlaşmayı ihlal ederek çeki keşide tarihinden önce ibraz etmesi halinde de sadece kanunun lafzına bakıldığında karşılıksız çek keşidesi suçunun oluşabilmesi gibi sakıncalar da az önce arz edilen eleştirilerin farklı dayanakları olarak karşımıza çıkmaktadır⁴³. 3167 sayılı kanuna muhalefetin bir cürüm niteliğini haiz olması da yazarların, söz konusu suçun oluşabilmesi için keşidecinin çeki karşılıksız bırakma kastı ile keşide etmesi gerektiği yönündeki düşüncelerini ileri sürmelerine sebebiyet vermektedir.

Bu hususta doktrindeki bir başka görüşe göre ise, 3167 sayılı kanun ile dolandırıcılık suçuna münhasır hükümlerin sebep olduğu ve başlıca sui niyetli keşidecilerin kanuni takibattan mahrum kalmaları suretiyle çeki olan itimadın zedelenmesi şeklinde özetlenebilen sakıncalar bertaraf edilmek istenmiştir. Bu sebeple, kanun, objektif suçun gerçekleşebilmesi için tıpkı neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ve kastı aşan adam öldürmede olduğu gibi kusursuz sorumluluk esasını kabul etmiştir⁴⁴. Zira; kanunun nihai saiki çek kullanımını yaygınlaştırmak ve bu amacını gerçekleştirmek için postdate çeklerde olduğu gibi istisnaen keşideci hakkında bazı sakıncalı haller olsa dahi her halükarda karşılıksız çek keşidesini cezalandırmaktır. Netice itibarıyla ikinci görüşe göre keşidecinin 3167 sayılı kanunda belirtilen suçun faili olabilmesi için karşılıksız bırakma kastı ile çeki keşide etmiş olmasına gerek yoktur⁴⁵. Yargıtay da, 3167 sayılı kanunda zikredilen suçun şekli bir suç olduğunu, bu sebeple; kanunda izah edilen karşılıksız çek keşidesinin iradi olarak gerçekleştirilmesinin suçun oluşabilmesi için yeterli olduğunu, ayrıca keşidecinin kasıt ya da taksirinin bulunmasına lüzum olmadığını yerleşen içtihatlarında hükme bağlamıştır⁴⁶.

Doktrindeki ilk görüş 3167 sayılı kanuna muhalefet suçunu dolandırıcılık suçunun (TCK m.503) özel bir nevi olmasa dahi söz konusu

⁴³ Postdate çek, çekte vadenin olmaması sebebiyle uygulamada gelişen ve kabul gören bir çek türüdür. Keşide tarihi olarak gerçek keşide tarihi değil daha ileri bir tarih çekin üzerine düşülmekte ve bu sayede keşideciye gerçek keşide tarihi ile yazılı keşide tarihi arasındaki süre kadar bir kredi tanınmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy-Tekinalp, age, s.246.; Mahmut Güler, Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/2, s.171.

⁴⁴ Eriş, age, s.41.

⁴⁵ Öztan, age, s.1282,1283.

⁴⁶ Y. CGK 09.10.1989 7-243/280 (YKD, C.XVI, Yıl 1989, S.3, s.428-431).

suçun tümü ile mücerret olunmamış bir tezahürü olarak görmektedir. Hiç bir kasıt olmamasına rağmen karşılığı bulunmadan hataen keşide edilen çekte, taraflar arasında zımnen kararlaştırılan (postdate çekte söz konusu) tarihten daha önce ibraz edilen çeklerde, keşidecinin karşılıksızlık sebebiyle cezalandırılmaya tabi tutulmasının, ceza hukukunun tarihi müesseselerinden olan objektif sorumluluk müessesesinden kalma bir suça sebep verdiği ve bu nedenle istisnai bir nitelik taşıdığı da gerçektir.

Ancak yukarıda da arz ettiğimiz gibi kanunun amacı çekle ödemelerin yaygınlaştırılmak ve bunu tesis edebilmek için gerekli olan tüm önlemleri almaktır. Bu manzara karşısında Ceza Hukuku ilkeleri ile Ticaret Hukuku ilkeleri tezat oluşturuyor gibi görünmektedir. Yukarıda özetlediğimiz tartışmanın çözümü kanaatimce yine 3167 sayılı kanunda yer almaktadır. 3167 sayılı kanunun kabulunu zorunlu kılan sebeplerin tarihi gelişimini de dikkate aldığımızda ve kanunun çekin yaygınlaşması için gereksinimleri karşılamak saikini haiz olduğu gerçeği karşısında keşidecinin kastının aranmaması gerektiği sonucuna ceza genel hukuku ilkeleriyle bağdaşmasa dahi ulaşmış bulunuyoruz. Kaldı ki, kanun karşılıksız çek keşidesi kastını taşımayanlar için ilgili maddelerinde(m.7, m.8, m.16) düzeltme hakkı ve onun özel tezahürlerini kabul ederek bir yandan çeke olan itimadı tesis etmiş, bir yandan da iyiniyetli ve masum keşidecilere cezai takibat ve müeyyidelerden tamamen kurtulma imkanı sağlamıştır. Bu sayede yukarıda işaret edilen ilk görüş sahiplerinin çekincelerinin de giderilmiş olması gerekir. Sonuç olarak Yargıtayın da kabul ettiği gibi, suçun oluşabilmesi için, karşılıksız çek keşidesi iradi olmak koşuluyla 3167 sayılı kanunda zikredilen karşılıksız çek keşidesi suçu şekli bir suçtur ve gerçekleşebilmesi için hamilin çeki muhatap bankaya veya bir başka şubesine kanuni ibraz süreleri içerisinde⁴⁷ veya üzerinde yazılı keşide tarihinden daha önceki bir tarihte ödenmesi için ibraz ettiğinde keşidecinin hesabında yeterli mevduatın bulunmaması sebebiyle karşılıksızlığından dolayı banka tarafından çekin ödenmemiş olması yeterli ve gerekli olacaktır kanaatindeyim⁴⁸. Bunun dışında yararlanma, zarar veya kasıt gibi hususların varlığını aramak yersizdir⁴⁹.

⁴⁷ İbraz süreleri hakkında bkz. yuk. II-B-2.

⁴⁸ Aynı yönde görüş için bkz.Eriş, age, s.582.

⁴⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında Karşılıksız Çek suçunun meydana gelmesi için gerekli olan koşulları sıralarken maddi koşulların yanında ayrıca inceleme konumuz haricinde kalan ve ibraz edilen muhatap bankanın bağlı olduğu usuli işlemlerin yerine

Suçun şekli nitelik taşımasından dolayı cezai takibatın yapılabilmesi için önemli olan, suçun işlendiği anı ve suçun işlendiği yeri tespit edebilmemizdir. Buna göre; şekli suç niteliğinden hareket ettiğimizde karşılıksızlığın meydana geldiği an olarak ibraz edildiği vakit muhatap bankanın, hesabın bulunduğu veya bir başka şubesinin çekin üzerine keşidecinin hesabında yeterli mevduatın bulunmaması sebebiyle karşılıksız ibaresini koyduğu anı, suçun işlendiği yer olarak da ister hesabın bulunduğu banka olsun isterse aynı bankanın bir başka şubesi olsun çekin ödenmesi için ibraz edildiği banka şubesinin bulunduğu yeri kabul edebiliriz⁵⁰. Suçun işlendiği anın ve suçun işlendiği yerin tespiti özellikle cezai muhakemenin tabii olduğu zamanaşımı ve yine cezai muhakemenin başlayabileceği yetkili muhakeme organlarının tespitinde önem kazanmaktadır.

III. SONUÇ

Uygulamada bonadan sonra en çok kullanım alanına sahip olan ve paranın küçük kardeşi şeklinde tanımlanabilen⁵¹ çek ve ona bağlı olarak karşılıksız çek keşidesi, karşılıksız çek keşidesinin hukuki ve cezai neticelerinin incelenmesi giriş bölümünde de bahis olunduğu üzere eğer tüm yönleri ile söz konusu olacak ise bilimsel bir makale, yüksek lisans seminer, hatta yüksek lisans ve doktora tezi çalışmaları dahi hacim itibarıyla yeterli olmayacaktır.

getirilmesi şartlarını da suçun meydana gelebilmesi için olmasa da cealandırılabilmesi için gerekli olan koşullar arasında kabul etmiştir. Bu karara göre karşılıksız çek suçunun cealandırılabilmesi için yukarıda belirttiğimiz şekilde karşılıksız keşide edilen çekin bankaya hamil tarafından ibraz edilmesinin yanında ayrıca muhatap bankanın keşideciye düzeltme ihtarnamesinin usulüne uygun şekilde tanzim edilip tebliğ edilmesi gerekmektedir (YCGK, 1995/10-378 Esas, 1996/13 Karar 13.02.1996 Tarih Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1996/3, s.443vd.). Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu daha önceki 06.03.1989 Tarih, 1989/7-39 Esas, 1989/94 Karar sayılı ilamında 3167 sayılı kanunda yazılı karşılıksız çek keşidesi suçundan bahsedilebilmesi için yine kanunda düzenlenen ihtar ve düzeltme hakkı ile ilgili usulu işlemlerin meydana gelmesinin gerekmediğine buna mukabil söz konusu usuli işlemlerin karşılıksız çek keşide eden keşideci hakkında cezai takibatın gerçekleşebilmesi için gerekli takip şartları olduğuna hükmetmiştir. (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989/6, s.969).

⁵⁰ Öztan, agc, s.1286,1287.

⁵¹ Uyar, agm, s.671.

3167 sayılı kanunda kabul edilen suçun şekli bir suç olup olmadığı hususunda bulduğumuz çözüm yolu her ne kadar ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşmamakta ve bu konuda ceza hukukçuları başta olmak üzere bir kısım hocalarımızın yoğun eleştirilerine maruz kalmakta ise de tarihi gelişimini sunduğumuz kanunlaştırma hareketinin gerekçelerine baktığımız zaman ve 3167 sayılı kanunun saikini de mihenk taşı olarak kabul ettiğimizde ihtilafların çözümünde 3167 sayılı kanunun baz alınarak suçu şekli bir suç olarak kabul ettiğimi tekrar belirtmekte yarar görmekteyim.

Sonuç bölümünde, arz ettiğim ihtilaflı konulardan sadece suçun niteliği ile ilgili olan tartışmaya haiz olduğu öneme binaen tekrar değinmiş bulunuyorum. Suçun hukuki niteliği dahil tüm ihtilafların çözümünde 3167 sayılı kanunun baz alınmasının, yorum yaparken 3167 sayılı kanunun saikinden hareketle gayi yorum yapılmasının ve 3167 sayılı kanundaki hükümleri başka kanunlardaki hükümlere kıyasen uygulama imkanının 3167 sayılı kanunun mahiyeti ve niteliği imkan verdiği ölçüde mümkün olduğunun belirtilmesinde sonuç olarak yarar görmekteyim.

Tarih itibariyle henüz yeni diyebileceğimiz 3167 sayılı kanuna ve kanunda öngörülen müeyyidelerin ağırlığına rağmen, halen ihlallerin sayısının hiç küçümsenmeyecek kadar yoğunluk arz etmesinin sebebi olarak kolay bir şekilde kanunun yetersizliği ileri sürülebilse de, kanaatimce bankaların kanundaki yükümlülüklerini ihlal etmeleri ve ihlallerin, kanuna rağmen müeyyidesiz kalması, ülkenin ekonomik ve ticari hayatının içinde bulunduğu ortamın çeklerin karşılıksız kalmasına ya da bırakılmasına sebep vermesi ve dejenere olan toplumsal değerler arasında ahde vefa (pacta sunt servanda) nın yer alması başlıca sebepler olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- AKIN, Murat Yusuf, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, 1995, C.IX, S.1-3.
- ARKAN, Sabih-GÖLE, Celal, Karşılıksız Çeki Ödeyen Bankanın Keşideciden Talep Hakkı, Batider Haziran 1984, C.XII, S.2-3.
- ATALAN, Haluk, Hukuki ve Cezai Açından Çek, Adalet Dergisi, Mayıs-Haziran 1990, S.2.
- DOMANIÇ, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi, C.IV, İstanbul 1990.
- DONAY, Süheyl, Son Değişiklikler Açısından Çek, İstanbul 1988.
- EREM, Faruk, Çek Kanunu ve Karşılıksız Çek, Yargıtay Dergisi Ekim 1986, C.XII, S.4.
- ERİŞ, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Çek Hukuku, Ankara 1993.
- ERMAN, Sahir, Karşılıksız Çek, Batider 1981, C.XI, S.2.
- EROĞLU, Sıtkı, 3167 Sayılı Çek Kanunu'nun Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar, Batider 11989, C.XV, S.2.
- GÜLER, Mahmut, Sonraki Tarihli Çekler Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/2, s.171.
- GÜVEN, Mustafa, Kusurlu Karşılıksız Çek ve Karşılıksız Çek Suçu, Yargıtay Dergisi Temmuz 1988, C.XIV, S.3.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, 3167 Sayılı Kanun İle Öngörülen Suçun Sınırları, Batider Aralık 1988, C.XIV, S.4.
- İNAN, Nurkut, Özel Hukukta Karşılıksız Çek, Batider 1981, C.XI, S.2.
- İNAN, Nurkut, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara, 1981.
- İPEK, Nurcan, TTK ve 3167 Sayılı Kanun Açısından Çek, Argumentum, Yıl:3, S.32.
- OĞUZĞLU, Abdullah Çetin, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamada Bono ve Çek Sorunları, İstanbul 1988.
- OMAĞ, Merih Kemal, Özel Hukuk Açısından Karşılıksız Çek, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1992.
- ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 1995.

- REİSOĞLU, Seza, 3167 Sayılı Çek Kanunu'nun Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler, Batider 1989,C.XV, S.2.
- REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara 1989.
- SELÇUK, Sami, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, Ankara 1986.
- ŞENER, Oruç Hamdi, Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemi 3167 Sayılı Çek Kanunu M.16 ile Cezalandırılabilir mi?, Ankara Barosu Dergisi 1988,S.2.
- TEKİL, Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997.
- TÜRK, Hikmet Sami, Karşılıksız Çeki Ödeyen Banka Keşideciden Ceza İsteyebilir mi? , Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII,Nisan 1991, Ankara.
- UYAR, Talih, Karşılıksız Çek Keşide Etmek Suçu, Ankara Barosu Dergisi S.5-6.
- YASAMAN, Hamdi, Kırkıncı Yılında Türk Ticaret Kanunu,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı ve Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlileri Değerlendirmeleri, İstanbul 1997.
- ZEYNELOĞLU, Ahmet, Çekin Muhatap Bankaya İbrazı Zorunludur, Yargıtay Dergisi Nisan 1976,S.2.

İKTİSAT EĞİTİMİ VE PİYASA EKONOMİSİ*

*Metin UÇAR***

1980'li yılların sonlarından itibaren, aslında başarısızlıkları daha önceden anlaşılmiş olan merkezden planlanan ekonomilere sahip sistemlerin siyasal olarak da çöküşü, piyasa ekonomisinin zaferi olarak ilan edildi. Bu zafer havası, tarihin bu önemli dönüm noktasından önce de piyasa ekonomisini savunan iktisatçılar da dahil olmak üzere bu konularla ilgilenen bir çok insana, 20. yüzyıl boyunca piyasa ekonomilerinin de hem teorik hem de pratik olarak “müdahale” tehdidiyle karşı karşıya olduğu gerçeğini unutturmuş görünüyor. Bugün halâ devam ettiğini gözlemleyebildiğimiz bu tehdidin bir çok nedeni olabilir. Fakat bu makale yalnızca, tehdidin kaynaklarından biri olduğuna inanılan iktisat eğitimi üzerinde duracaktır. Başka bir ifadeyle, bu makalenin amacı iktisat eğitiminin bir piyasa ekonomisinin kuruluşu ve işleyişi üzerinde olumsuz etkilere sahip olduğu önermesini tartışmaktır¹.

İşi “iktisat”ı anlamak ve anlatmak olan üstelik bu işten para da kazanan birinin, iktisat eğitiminin günümüzün hakim kavramı olan piyasa ekonomisi üzerinde olumsuz etkilere sahip olduğunu iddia etmesini yadırgayanlar olacağını tahmin ediyorum. Buna karşılık söylenebilecek sözlerden ilki, bu durumun, iktisatçılar da dahil olmak üzere insanların her zaman ve her yerde “homo-economicus” olmadığını gösteren bir kanıt olabileceğidir. İkincisi ise, bilimin yalnızca evreni ve toplumu anlamamıza yarayan içsel gelişimini tamamlamış bir araç olmadığıdır. Schumpeter'in ifadesiyle “her bilimin ilk buluşu kendini buluşudur. Belirli sorulara kaynak oluşturan bir dizi birbiriyle ilintili olgunun varlığının bilinci, doğal olarak analitik çabaların gerekli

* 10.04.1999 günü Liberal Düşünce Topluluğu üyelerinin katılımıyla Erzincan'da yapılan “2000'li Yıllarda Türkiye: Ekonomik ve Siyasi Liberalizm” konulu panelde yapılan konuşmanın temel metnidir, Liberal Düşünce Dergisi 1999 Yaz-15.de yayınlanmıştır.

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi; Ekonomi-Maliye Bölümü.

1 J.A. SCHUMPETER, History of Economic Analysis, New York, Oxford University Press, 954, s. 107; aktaran: Ayşe BUĞRA, İktisatçılar ve İnsanlar, Remzi Kitabevi, İstanbul 1989, s.40.

koşuludur”. Fakat bu kendini buluş anlık ve tam bir keşif değildir. Bilim, kendine özgü yöntemlerle eşyayı ve olayları irdelerken, bu iş esnasında kullandığı yöntemler ve sonuçlar üzerindeki tartışmalar da devam eder. Ancak, bu makalenin amacı yöntem tartışmalarından bahsetmek değil, iktisat biliminin eğitim kurumlarında aktarılma sürecinin ve yönteminin öğrencilerin düşünce dünyasında piyasa ekonomisi hakkında, iktisat biliminin kendisinden -kastedilmeksizin- kaynaklanan olumsuz izlenimler bıraktığı önermesini tartışmaktır. Burada kullanılan “iktisat bilimi” adlandırması, herkesin tahmin edebileceği gibi, piyasa ekonomisine ve liberal demokrasiye zaten karşı olan sosyalist veya diğer bazı sofistike yaklaşımları kasdetmemektedir; tam aksine, iktisat literatüründe “Klasik İktisat”, “Neo-klasik İktisat” veya “Liberal İktisat” olarak bilinen ve günümüzde “piyasa ekonomisi” şeklinde yaygın olarak kullanılan anlamıyla “iktisat”tır. Her ne kadar, 1930'lardan günümüze kadar bazı iktisat öğretileri, liberal iktisatın yöntemlerini kullanarak sosyalizmi haklı çıkaran sonuçlara varmayı başarmış ve öğrencilerine bunları aktarmışlarsa da (söz konusu dönemin bazı ders kitapları kütüphanelerimizde delil olarak hala durmaktadır ve belki de bazı eğitim kurumlarında bugün de okutulmaktadır) burada etkilerinden endişe duyulan iktisat eğitimi bu da değildir. Kastedilen, yaklaşık bir asırdır iktisat kitaplarında, piyasa ekonomisinin tanımıyla başlayan, işleyişiyle devam eden ve öğretiler tarafından samimi bir şekilde piyasa ekonomisi veya liberal iktisat diye anlatılan iktisadın ta kendisidir.

Her ne kadar, daha önce, iktisat içi yöntem tartışmalarına girmeyeceğimizi söylesek de, iktisat eğitiminin kastedilen olumsuz etkilerinin önemli bir bölümü yöntemden kaynaklandığı için kısaca bu konuya değinmek zarureti vardır. 17. ve 18. yüzyılda fizikteki gelişmeler toplumsal konularla ilgilenen düşünürleri büyük ölçüde etkilemiş ve bu etki doğa bilimi yöntemlerini sosyal araştırmalarda kullanma çabalarına yol açmıştır. Bilindiği üzere ünlü fizikçi Newton bir kaç yasadaki hareket ederek bütün evreni açıklayacak bir model geliştirmişti. Bu yasalar, dünyanın, ayın ve gezegenlerin yörüngelerinin büyük bir doğrulukla hesaplanmasına olanak veriyordu. Newton mekaniğine göre, fiziksel bir sistemin belli bir zamandaki -buna başlangıç zamanı diyoruz- durumunu, yani konum ve hızlarını biliyorsak diğer herhangi bir zamandaki durumunu da kestirebiliriz²

2 David RUELLE, Rastlantı ve Kaos, çev: Deniz Yurtören, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu, Ankara 1994, s. 26.

Fizikteki bu gelişmeler, sosyal düşünürleri, toplumu da bir kaç yasa çerçevesinde açıklayabilecek bir teori arayışına itmiştir. Bu etki doğrultusunda, modern sosyal düşünürler, toplumu evrensel bir hareket yasasından yola çıkarak açıklamaya çalışmışlardır. Nitekim, iktisat biliminin kurucusu sayılan Adam Smith'in ilk kitabı, Newton'ın fizikte kullandığı yöntemi önce ahlak felsefesine sonra da iktisada uygulamaya çalıştığı "Astronomi Tarihinin Gösterdiği Üzere Felsefi Araştırmaları Yöneten ve Yönlendiren İlkeler" adını taşımaktadır³.

Nasıl Newton işe maddenin hareketini tanımlayarak başladıysa, iktisatçılarda insan davranışını tanımlayarak başladı. Bu, literatüre "homo-economicus- olarak geçen çıkarları peşinde koşan insan varsayımdır. Bu varsayım gerekliydi, çünkü ancak davranışları öngörülebilir insan bugüne kadar süregelen iktisat bilimini mümkün kılabilirdi. Başka bir ifadeyle, o günkü bilim anlayışına göre "bilimin varolabilmesi için benzer koşulların benzer sonuçlara yolaçması gerekiyordu. (Bugün parçacık fiziğinde, benzer koşulların benzer sonuçlara yolaçmadığı görülmekle beraber, bilim varlığını sürdürüyor)⁴.

İktisat öğreticisinin piyasa ekonomisini anlatmak hususundaki ilk sıkıntısı bu "ekonomik insan" varsayımından kaynaklanır. Bu varsayım tahtaya ilk yazıldığında öğrenciler arasında bir hareketlenme olur; kimi kızgın, kimi alaylı bakışlarla tahtaya ve hocasına bakmaya başlar. Bencil ve çıkarları peşinde koşan insan tipi hoşlarına gitmez ve bunda pek de haksız sayılmazlar. Çünkü, Ayşe Buğra'nın isabetle dikkat çektiği gibi "Aslında kişisel çıkar peşinde koşan, ekonomik faaliyetlerinde yalnızca çıkar duygusuyla hareket eden rasyonel birey tipi, Smith'in ve diğer iktisatçıların çoğunun benimsedikleri insan idealleriyle ve genel geçer ahlak değerleriyle kesin bir uyumsuzluk içeriyordu. Bu durum, pek çok iktisatçıyı sözkonusu davranışsal varsayımın 'aslında' ne ifade ettiğiyle ilgili açıklamalar yapmaya itiyordu. Bu açıklamalarda iktisatçılar, insanların bencil ve çıkarıcı yaratıklar olduklarını öne süren ve bunun iyi bir şey olduğunu savunan kimseler olmadıklarını kendilerine ve herkese kanıtlamaya çalışıyorlardı. Fakat "ekonomik insan" varsayımının yaratıcıları olan iktisatçıların kendileri de ekonomik faaliyetlerinde yalnızca maddi çıkar hırsıyla hareket eden insanı, hem ahlaki açıdan oldukça sevimsiz, hem de insan gerçekliğini yansıtmak

3 Ayşe BUĞRA, İktisatçılar ve İnsanlar, Remzi Kitabevi, İstanbul 1989, s. 46-47.

4 Richard FEYNMAN, Fizik Yasaları Üzerine, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu, Ankara 1995, s.172

açısından son derece sınırlı bulmalarına rağmen doğa bilimlerinde başarıyla uygulanan yöntemleri iktisada uygulamak ve insan üzerinde zorlayıcı baskılara gerek bırakmasızın işleyen bir toplum düzeninin kavramsallaştırılması amacıyla bu varsayımdan vazgeçmediler⁵. Hayek ise “Adam Smith ve izleyicilerinin rasyonel insan tipini geliştirdikleri veya ekonomik davranışları rasyonalist bir psikolojiden kaynaklanan varsayımlarla izah ettikleri...” görüşüne karşı çıkmaktadır. O’na göre “... durum hiç de böyle değildir. Onlar, insanların tabiatı itibarıyla tembellige, gevşekliğe, tedbirsizliğe, israfa daha yatkın olduklarını, ancak şartların zorlamasıyla ekonomik davranır ve araçlarını dikkatle amaçlarına uydurur hale gelebildiklerini düşünmüşlerdir. Yani, ille de bu terimi kullanmak gerekirse, insanların irrasyonel davranmaya daha meyilli olduklarına inanmışlardır⁶. Diğer yandan, metodolojik tartışmalarla ilgilenenler, sonuçta bunun bir varsayım olduğunu, dolayısıyla konunun abartılmasına gerek olmadığını düşünebilirler. Hem Hayek’in uyarısını hem de ikinci görüşü önemli bulmakla beraber, bu varsayımın diğer bütün sonuçlarını görmezden gelsek bile, McCloskey’in iktisatta matematik kullanımı için kullandığı ifadeyle bunun “kötü bir halkla ilişkiler politikası” olduğunu söyleyebiliriz⁷. Çünkü, ekonomik insan varsayımıyla başlayan iktisat eğitimi, daha ilk anda piyasa ekonomisini genç öğrencilerin zihninde ahlaki sorgulamayla karşı karşıya bırakmaktadır.

İktisat öğreticisinin piyasa ekonomisini anlatmaktaki ikinci zorluğu “Tam Rekabet Piyasası” varsayımıyla ilgilidir. Bilindiği üzere iktisatçılar piyasaları tam rekabet piyasası ve eksik rekabet piyasaları olarak ayırmaktadır. Buna göre, tam rekabet piyasası hipotetik olarak tanımlanmış ve ulaşılmaya çalışılan bir piyasadır. Gerçek hayattaki piyasalar eksik rekabet piyasalarıdır. Bu varsayımın iktisat eğitimindeki tehlikesi ise bir piyasa ekonomisinden umulan faydaların ancak tam rekabet şartlarında ortaya çıkacağı, böyle bir piyasa da olmadığına göre eksik rekabet piyasalarına müdahale edilmesinin faydalı olabileceği sonucunu doğurmasıdır. Hayek’in dikkat çektiği gibi, tüm ekonomi boyutunda tıpa tıp

5 Ayşe BUĞRA, a.g.e. , s. 44-46.

6 F. A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, London and Chicago, 1948, s. 11; aktaran, Atilla YAYLA, *Özgürlük Yolu-Hayek’in Sosyal Teorisi*, Turhan Kitabevi, Ankara 1993, s. 97-98

7 D.N. MCCLOSKEY, *The Rhetoric of Economics*, Madison Wisconsin: University Wisconsin Press, 1985; aktaran: Ayşe BUĞRA, a.g.e. , s. 204.

aynı (homojen) malın üretilmesi, işlem maliyetlerinin sıfır olması ve hepsinden önemlisi kişi ya da firmaların tam bilgiye sahip olması gerçek yaşamda yoktur ve de olamaz. Gerçek yaşamda, mallar oldukça birbirlerinden farklı (heterojen), araştırma-işlem maliyetleri kaçınılmaz ve bilgi piyasadaki kişi ya da firmalar arasında dağılmış durumdadır. Her üretici, yalnız kendi malının piyasası ile ilgili bölgesel, kısmi ve yanlış olması muhtemel bilgilere sahiptir. Rekabetçi piyasada tüm faaliyetler bu eksik bilgiye dayanır⁸. Bu nedenle “tam rekabet şartları rekabetçi faaliyetlerin olmadığı bir durumu ifade eder ve asıl sorunun ne olduğunu gizler. “Açıktır ki herkesin her şeyi bildiğini varsaydığımızda çözülecek bir şey yoktur ve gerçek problem, varolan bilginin ne kadar çoğunun kullanılmasının nasıl başarılacağıdır. Bu, rekabetçi bir toplum için en iyi bilen insanları nasıl bulacağımız sorusunu değil, fakat kendi özel işi için yeterli bilgiye sahip olmayan insanların bu işi başarması için nasıl bir kurumsal düzenleme gereklidir sorusunu ortaya çıkarır”⁹. Başka bir ifadeyle “...rekabet, tıpkı bilimdeki deney gibi, her şeyden evvel bir keşif yöntemidir. Keşfedilecek olguların zaten bilindiği varsayımından hareket eden hiç bir teori onu layıkı veçhile ifade edemez. Hepsi birlikte, her zaman hesaba katılacak hiç bir önceden belirlenmiş bilinen ya da 'verili' olgular yelpazesi yoktur. (...) Gerçek mesele, yüzbinlerce insan arasında dağılmış, fakat bütünüyle kimseye verilmemiş bilgi, beceriler ve bilgi edinme fırsatlarının optimum kullanımına en iyi ne şekilde yardımcı olabileceğimizdir. Rekabet insanların bilgiyi edindiği ve birbirlerine ilettikleri bir süreç olarak görülmelidir; onu, sanki bütün bu bilgi başlangıçta herhangi bir kişi tarafından elde edilebilirmiş gibi değerlendirmek, rekabeti hiç anlamamaktır”¹⁰.

İktisat eğitiminin yöntemden kaynaklanan diğer bir mahzuru, yöntemin basitleştirici niteliğinin sonucudur. Yunanca kökenli ekonomi sözcüğü “ev idaresi” anlamına gelir. Yalnız buradaki ev, kan bağlarının birleştirdiği bir aileden çok, bir yetki alanını belirler. Yani, yalnızca biyolojik anlamda bir

8 J. GRAY, “Hayek on the Market Economy and the Limits of State Action” D. HELM (1989) (ed.): The Economic Borders of The State, Oxford University Press; aktaran Turan YAY, F. A. Hayek'te İktisadi Düşünce, Ezgi Kitabevi Yayınları, Bursa 1993, s. 59

9 F. A. HAYEK, a.g.e. , s. 95; aktaran Turan YAY, a.g.e. , s. 59.

10 F.A.HAYEK, Hukuk, Yasama ve Özgürlük - Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni, çev: Doç. Dr. Mehmet Öz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1997, s. 103

baba olarak göremeyeceğimiz “paterfamilias”ın çocukları ve köleleri, karısı ve mülkü üzerindeki yetki alanı...¹¹ Her ne kadar modern zamanlarda, özellikle makro yaklaşımların etkisiyle ülke ekonomilerinin tek bir örgüt olarak tasarlanması ekonomi kavramının anlamında kaymalara yol açmış olsa bile, Hayek’in ifadesiyle “doğru anlamda ekonomi, teknik anlamda bir örgüttür; yani tek bir kuruluşun bildiği araçların kullanımının bilinçli olarak tasarlanmasıdır. Oysa piyasanın kozmosu böyle tek bir amaçlar ölçeğiyle ne yönetilir ne de yönetilebilir; aksine, ayrı ayrı bütün üyelerinin değişken ve karşılaştırılabilir olmayan çok sayıda amacına hizmet eder”¹². Oysa, iktisat eğitimi, pozitif iktisadın kullandığı yöntemin sonucu olarak, iktisadi olayları ve ilişkileri basitleştirmek eğilimindedir. İktisat kitapları piyasanın kozmosundan çok, piyasa içindeki ekonomik birimlerin (firma, aile gibi) davranışlarını varsayımlar yardımıyla basitleştirerek tek bir amaç, yani maximizasyon -en çoklaştırma - çerçevesinde analiz etmektedir. Bundan daha önemlisi, basitleştirilmiş, yani değişken sayısı kontrol edilebilecek kadar aza indirilmiş matematik modeller kullanılarak, ekonomik olay piyasanın kozmosundan soyutlanmaktadır. Bunun sonucunda, tahtaya çizilmiş grafikler üzerinde bir kalem darbesiyle faiz oranları düşürülüp yatırımlar artırılabilir. Faiz oranlarını düşürmek için ise para piyasası grafiği üzerinde para arzı eğrisini sağa kaydırmak, yani para arzını artırmak kafidir. Bu büyüleyici mekanizmayı gören bir öğrencinin ülkede ekonominin kötü olmasından gaflet ve delalet içinde olan ekonomi yöneticilerini sorumlu tutması kaçınılmazdır. Bu durum, öğrencinin zihninde ekonomiye müdahaleyi meşrulaştıran bir sonuçtur. Oysa para arzının artırılmasının diğer muhtemel sonuçları yalnızca modelin dışında tutulmuştur, gerçek hayatın dışında değil. Geleneksel analizlerin dışında kalan ve bu tür tehlikelere dikkat çeken görüşler, iktisat kitaplarının sonlarında, yani “birde böyle enteresan şeyler söyleyenler var” kısmında bir kaç satırlık yer işgal etmektedir.

Para arzının, iktisat kitaplarında bağımsız bir değişken olarak ele alınması tesadüf değildir. Friedman’ın dikkat çektiği gibi “devletin para sisteminden sorumlu olması çoktan beri kabul görmüştür. Devletin eylemde bulunacağı başkaca ekonomik etkinlik alanlarından hiç birisinde bu denli

11 Ayşe BUĞRA, age. s. 21.

12 F.A. HAYEK, Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük - Sosyal Adalet Serabı, çev: Musafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1995, s. 150

düzenli bir kabul büyük bir olasılıkla yoktur”¹³. Oysa para arzındaki değişmelerin nisbi fiyatlar üzerindeki etkisi piyasa ekonomisine inanan bir iktisatçının asla küçümsemeyeceği kadar önemlidir. Bu konuda Hayek şöyle demektedir: “Halkın ve, korkarım ki, pek çok şöhretli ekonomistin dahi anlayamadığı şey, bu süreçte hizmetler için önerilen fiyatların, değişik insanların yaptıklarının karşılıkları vazifesini değil, fakat onlara kendileri ve genel çıkar için neler yapmaları gerektiğini gösteren sinyaller vazifesini görmesidir”¹⁴. Toparlarsak, bir model üzerinde kolayca artırdığımız para arzı gerçekte fiyat sistemini, yani piyasa ekonomisinin can damarlarını tahrip etmektedir.

Hemen şuna dikkat çekmek istiyorum ki, varsayımlara dayanarak teoriler oluşturmak yalnızca iktisadın değil, hemen bütün bilimlerin kullandığı bir yöntemdir. Mesela bir fizik öğreticisi, “Başlangıç Durumuna Hassas Bağlılık” olarak isimlendirilen konuyu anlatmak için tahtaya üstünde bir çok bilardo topu bulunan bir bilardo masası çizer. Toplardan biri, ilk vuruşu yapacağımız başlangıç topudur. Tam bu noktada, öğretici öğrencilerinden başka bazı şeyler de ister. Öğrencilerin, başlangıç topuyla -fiziğin bizzat kendisine aykırı bir şekilde- uzayda aynı konumu paylaşan, onunla içiçe, yani bir anlamda başlangıç topunun hayaleti olan başka bir topu hayal etmeleri gerekir. Böylece başlangıç topuna vurulduğu zaman hayalet topa da vurulmuş olacak (yani vurulduğu hayal edilecek) ve sonrasında bu iki topun hareketlerinin başlangıç durumuna bağlılığı test edilecek... İş bununla da kalmaz; aynı zamanda bilardo masası üstündeki hareketlerde sürtünme de yok farzedilecek...¹⁵ Şimdi bilimsel olmadığını bilsem de, doğru olduğuna inandığım bir düşüncemi ifade edeceğim: bugüne kadar hiç bir fizik öğreticisi, hocasına yukarıda anlatılan varsayımların gerçek dışı veya saçma olduğunu söylememiştir. Eğer, herhangi bir zamanda, herhangi bir yerde bir öğrenci bunu söylemiş olsaydı bile, hocası gözlüklerinin üstünden ona öyle bir bakardı ki, bir daha hiç bir fizik öğreticisi bunu aklından geçirmeye cesaret edemezdi. Oysa hiç bir iktisatçı, insanı uzayda hayaletiyle aynı konumda varsaymadığı halde, iktisat öğrencileri iktisat biliminin (özellikle ceteris paribus ve homo economicus gibi) varsayımlarına itiraz etme eğilimindedir.

13 Milton FRIEDMAN, Kapitalizm ve Özgürlük, Altın Kitaplar Yayınevi, çev: Doğan Erberk-Nilgün Himmetoğlu, 1988, s. 54

14 F.A. HAYEK, Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni, s. 213.

15 David RUELLE, a.g.e. , s. 37-42

Bunun nedeni, Robinson'un dikkat çektiği gibi, toplumbilimlerin ve dolayısıyla da iktisatın ilgilendiği sorunların politik ve ideolojik bir içeriğe sahip olmasıdır. Böylelikle, pek çok değer yargıları da toplumsal bilimlerde içerilmiş olur¹⁶. Bu nedenle, bir fizik öğreticisinin, sürtünmeyi yok saymak gibi gerçek dışı varsayımı, öğrencilerin değer yargılarıyla veya ideolojik önyargılarıyla çatışmadığı için itirazlara kaynaklık edecek bir argüman olmamaktadır.

Şu ana kadar iktisat biliminin varsayımlarının gerçekçi bulunmamasının (veya olmamasının) ortaya çıkardığı sorunlardan bahsettim. Fakat, asla eğer bu varsayımlar ciddiye alınsaydı hiç bir problem kalmazdı anlamına gelebilecek bir şey söylemedim. Hatta tam tersine, bu varsayımların ciddiye alınması, alınmamasından daha tehlikeli bile olabilir. Bir örnek verecek olursak; fizik öğreticileri, öğrencilerine bir konuyu anlatmak için zaman zaman yerçekimsiz bir ortamı varsaymış olsalar bile, bugüne kadar hiç bir fizik öğrencisi bu varsayımı ciddiye alarak kendini yüksekte aşağıya atmamıştır. Fakat, iktisat biliminin varsayımlarını ve kendi ürettiği varsayımları ciddiye alarak ülkesinin ekonomisini kurtarmak için modeller geliştirip uygulamaya çalışan çok sayıda “ekonomiden sorumlu devlet bakanı” çıkmıştır. Takdir edersiniz ki bu ikincisi birincisinden daha tehlikelidir; çünkü birincisi yalnızca yüksekte atlayanların, ikincisi ise bütün toplumun ekonomik ve sosyal hayatını tehdit eder.

Nitekim, sosyal ilişkileri homoeconomicus varsayımından, yani bütün davranışlarında ekonomik rasyonaliteye göre hareket eden insandan hareketle açıklamaya çalışan Nobel ödüllü iktisatçı Becker'e göre “Bir kişi eğer evlilik durumundaki gelirinin bekarlık durumundaki gelirini aştığını görürse, evlilik piyasasına girer. Dolayısıyla, evlilik piyasasında isnaten hesaplanan gelirler, yalnızca evlenenlerin sınıflandırılmasını değil, evlenerek durumlarını düzeltmeyecekleri için kimlerin bekar kalacağını da belirler”¹⁷. Bu cümleler ekonomik insan varsayımıyla tutarlıdır ve eğer bilim yalnızca “iç tutarlılık”tan ibaret ise aynı zamanda bilimseldir. Fakat, bu cümlelerde anlatılanların doğru olup olmadığını test etmek için herkesi kendi evliliği üzerinde düşünmeye davet ediyorum. Bu aynı zamanda, Buğra'nın

16 Joan ROBINSON, İktisadi Felsefe, çev: Mehmet Tomanbay, V Yayınları, Ankara 1986, s. 25

17 G.S. BECKER, A Treatise on the Family, Cambridge, Mass.:Harvard University Press, 1981, s. 77; aktaran: Ayşe BUĞRA, a.g.e., s. 200

ifadesiyle “bilimsellik kaygısının artık gerçeği anlamak çabasının önünde bir engel oluştur” duğu¹⁸ önermesi üzerinde de düşünmek anlamına gelecektir.

İktisat eğitiminin, piyasa ekonomisine ilişkin yöntemden değil de içerikten kaynaklanan bir başka olumsuz etkisi de. İktisat teorisinin üretim ve bölüşüm teorileri olarak ikiye ayrılmış olmasından kaynaklanır. Üretimle bölüşümün değişik yasalar çerçevesinde ele alınmasının kökeni Ricardo'ya kadar uzanır. Ricardo, üretim ve fiyat belirlenmesini emek değer kuramı çerçevesinde ele alırken, bölüşümü üç üretici faktörün, emek, toprak ve sermayenin yarattığı ürünün ilgili üç sınıf arasında bölüşülmesi bağlamında inceliyordu. Ama Ricardo, hem üretimin hem de bölüşümün ekonominin doğal yasalarınca belirlendiğini öne sürüyor ve her iki alanda da düzenleyici müdahaleye karşı çıkıyordu. J. S. Mill, Ricardo'nun üretimle bölüşüm alanları arasında yaptığı ayrımı, üretim yasalarının müdahale edilmemesi gereken doğal yasalar olduğu, ama bölüşüm alanına toplumsal amaçlar doğrultusunda müdahale edilebileceği şeklinde yeniden ifade etti. Böylece, değiştirilemez evrensel yasalar üretim alanıyla sınırlı kalırken, kurumsal unsurlar ve adil bir bölüşümle ilgili değer yargıları, bölüşüm alanına girebiliyordu¹⁹. İlkel bir kabiledede, kabilenin erkek üyelerinin kabile reisinin emriyle ava çıkıp av dönüşünde üretimlerini bir arada toplamaları ve kabile reisinin veya emredici sosyal normların yönlendirmesiyle bölüşmeleri belki mümkün olabilir. Aynı durumu modern üretim süreci içine sokmaya çalışmak, yalnızca bölüşümle ilgili değil bundan daha çok üretimle ilgili problemler ortaya çıkaracaktır. Çünkü, bir piyasa ekonomisinde üretim ve bölüşüm aynı prosedürel sürecin sonucudur ve bugüne kadar bütün uygulamalar da göstermiştir ki, bölüşüme müdahale etmek ancak bu prosedüre -yani piyasa sürecine- müdahale edilmesiyle mümkündür ve bunun diğer anlamı da üretim sürecine müdahale etmektir.

İktisat teorisinin üretim ve bölüşüm teorisi olarak ayrılması olgusuyla bugün hala bir çok İktisat kitabında karşılaşmak mümkündür. Örneğin; Besim Üstünel'e göre “Bir toplumda gelir bölüşümünün nasıl cereyan ettiğini incelemek, her üretim faktörüne düşen payın ne kadar olacağı konusunda kimin hangi ilkelere göre karar verdiğini ya da hangi temel güçlerin bu payların büyüklüğünü etkilediğini araştırmak bölüşüm teorisinin konusudur. Bölüşüm teorisi, ekonomi ilminin en önemli ve en çok tartışılan konularından biridir. (...) Buna karşılık, gelir bölüşümü sorunu makro

18 Ayşe BUĞRA, a.g.e., s. 215

19 Ayşe BUĞRA, a.g.e., s. 64-65

seviyede de ele alınabilir. Toplam üretimin, yani milli gelirin toplumun muhtelif sınıfları veya ülkenin farklı bölgeleri arasında nasıl paylaşıldığını incelersek makro düzeyde bir bölüşüm analizi yapmış oluruz²⁰. Hemen şunu ilave etmek gerekir ki, Üstünel aslında kitabında bölüşümle ilgili yeni teorik önermeler ortaya koymamaktadır. Hatta, bölüşüm teorisini fiyat teorisinin faktör piyasasına uygulanan bölümü olarak nitelendirmektedir²¹. Ancak, bu durumda da “bölüşüm teorisi” isimlendirmesi tartışmalı hale gelmektedir. Üretim faktörleri sahiplerinin davranışlarını fiyat teorisi açısından incelemenin fiyat teorisinden bağımsız bir teori oluşturmak anlamına gelmeyeceği açıktır.

Bölüşümle ilgili, piyasa ekonomisiyle çelişen diğer bir yaklaşım da bölüşümü “Pareto optimumu” çerçevesinde ele almaktır. “Birilerinin faydasını azaltmadan diğerlerinin faydasını artırmak” imkanı veya düşüncesi öğrenci için analitik bir araç olmaktan çok “yeniden dağıtım”ı meşrulaştıran bir argüman anlamına gelebilir.

İktisat eğitiminin piyasa ekonomisi düşüncesini tehdit eden diğer bir alanı özellikle 20. yüzyılda popüler olan “kalkınma iktisatı”dır. Bu yüzyılın siyasal gelişme teorileriyle de paralellikler arz eden kalkınma iktisadı geri kalmış ve/veya az gelişmiş ülkelerin kalkındırılması idealinden hareket eder. Kültürel unsurlar bir tarafa bırakılırsa, kalkınmanın önündeki en önemli engel sermaye kıtlığıdır. “Fakirliğin kısır döngüsü”nden kurtulmak için sermaye birikimine ihtiyaç olduğu aşikardır. Fakat, fakir toplumların tassarruf potansiyelinin ve eğiliminin düşük olduğu da malumdur. Bu probleme kalkınma iktisadının getirdiği en önemli çözüm, gelirin bir kısmına henüz bireylerin eline geçmeden, devlet tarafından el konulmasıdır. Böylece oluşturulacak sermaye ülkenin kalkınması için hangi yatırımların nereye yapılacağını bilen -ve herhalde homo economicus olmayan- bürokrasi tarafından yatırıma dönüştürülerek ülkenin üretim kapasitesi artırılabilecektir. Eğer bu yaklaşım ciddiye alınacaksa, bugünkü dünyada bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar ülke dışında kalan ülkeler uygulama alanı olarak görülebilir. İşin ilginç tarafı, öyle de olmaktadır. Fakat, burada şu soruyu sormak mümkündür: acaba bu yaklaşımlar o ülkelerin kalkınamamasının en önemli nedeni olamaz mı?

Bu makalenin kapsamı içine girebilecek başka konular da vardır. Özellikle, 1930'lardan sonra müdahaleci politikaların teorik altyapısını

20 Besim ÜSTÜNEL, *Ekonominin Temelleri*, 1989, s. 257

21 Besim ÜSTÜNEL, a.g.e., s. 260

oluşturan ve iktisat kitaplarında “modern kuram” olarak nitelendirilen Keynes iktisadının üzerinde durmak da bu makalenin kapsamı içine girebilir. Fakat, 1970’li yıllardan günümüze kadar Keynes iktisadıyla ilgili eleştiriler yoğun olarak devam ettiği ve bu konu bu makalenin hacmini zorlayacağı için üzerinde durulmamıştır.

Sonuç olarak, başlangıçta da ifade edildiği gibi, bugüne kadar süregelen iktisat eğitiminin iktisat öğrencileri için piyasa ekonomisini doğru olarak anlaşılabilir, değerli kılabilir ve savunulabilir bir şekilde sunmadığını düşünmek için bir çok nedenin olduğu söylenebilir. Ancak, takdir edersiniz ki, bu satırların daha yolun başındaki yazarı iktisat eğitimiyle ilgili yeni bir yöntem önerme durumunda değildir. Yalnızca, bu makalede bahsedilen potansiyel mahzurların etkisini azaltmak için iktisat öğrencilerini metodolojik tartışmalardan haberdar kılmanın zorunlu olduğunu söyleyebilirim. Belki bu şekilde, iktisat eğitimi, büyük çoğunluğu ekonomiye müdahale tekniklerini çok iyi öğrenmiş bürokratlar yetiştirmek yerine gerçek bir piyasa ekonomisinin ortaya çıkışına katkıda bulunabilir.

KURUMLARDA İLK TESİS VE TAAZZUV GİDERLERİ

*Kürşat YERLİKAYA**

I. GİRİŞ

İlk tesis ve taazzuv giderleri, kurumsallaşmanın teşvik edilmesi bakımından önem taşımaktadır. Kurumların, ilk kuruluş anından fiilen ticari hayata başlama aşamasındaki işlemlerinden dolayı yapılan gider ve masraflar yüksek miktarlara ulaşmaktadır. Bundan dolayı yapılan bu yüksek tutarlı giderlerin, kurumların gelişmesini sağlamak bakımından kurum kazancından indirilebilecek ya da aktifleştirilebilecek bir gider olarak kabul edilip yasalarla teminat altına alınması sağlanmıştır. Bu husus ta gerek Vergi Kanunlarında ve gerekse Ticaret Kanununda gerekli yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Bu çalışmada ilk tesis ve taazzuv giderleri, ağırlıklı olarak Vergi Hukuku bakımından ele alınacak ancak Ticaret Hukuku bakımından da konuya değinilecektir.

II. KAVRAMSAL YAKLAŞIM

A. KAVRAM

VUK 282.maddesine göre ilk tesis ve taazzuv giderlerinin; "Kurumun tesis olunması veya yeni bir şubenin açılması veyahut da işlerin devamlı bir surette genişletilmesi için yapılan ve karşılığında bir kıymet iktisap olunmayan giderler bu cümledendir" denilerek tanımı ve sınırları verilmiştir.

Kuruluş ve örgütlenme giderleri olarak ta anılan ilk tesis ve taazzuv giderleri, sermaye şirketleri mahiyetindeki kurumların kuruluşu ya da faaliyetlerinin genişletilmesi veya değiştirilmesi sırasında yapılan ve karşılığında maddi bir değer elde edilmeyen giderleri kapsayan bir kavram

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi

olduğu söylenebilir¹. Ancak doktrinde, ilk tesis ve taazzuv giderlerine ilişkin verilen bu tanımın yeteri kadar açık olmadığını ve uygulamada bazı ikilemleri yarattığını vurgulayan bir yazara göre; özellikle kuruluş aşamasında yaptıkları, genel idare gideri niteliğindeki giderlerinin aktifleştirilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda farklı anlayışlara yol açtığı ileri sürülmektedir². Bu konuya daha sonra değinilecektir.

İlk tesis ve taazzuv giderlerinden istifade edebilmek için işletmenin sermaye şirketi vasfına sahip olması gerekmektedir. Yani Gelir Vergisine tabi sermaye şirketi niteliğini taşımayan ortaklıklarla gerçek kişiler bu gider kaleminden amortisman ayırma şeklinde faydalanamayacaklardır, ancak sonuç hesaplarında gider olarak gösterebileceklerdir. Sermaye şirketleri ise KVK. m.2'de tanımlanan sermaye şirketleri olmalıdır -ki bu şirketler "anonim, limited ve eshamlı komandit şirketler"den ibarettir. Nitekim KVK. M.14/2 fıkrası da bu gider kalemini sermaye şirketleri bakımından indirilecek ya da aktifleştirilecek bir gider olarak muhtevasında taşımaktadır.

İlk tesis ve taazzuv giderleri ya aktifleştirilerek yani şirketin aktifine alınarak beş yıl süreyle amortisman ayrılır ya da bir defada gider olarak gösterilir. İlk tesis ve taazzuv giderlerinin aktifleştirilmesi ihtiyaridir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere ilk tesis ve taazzuv giderleri, kurum kazancı bakımından sonuc hesaplarına intikal eden ya gider gösterme ya da amortisman ayırma biçiminde uygulanan iki aşamalı bir gider kalemidir. Bu aşamalardan birincisi ilk tesis yani kuruluş aşamasındaki giderler ikinci aşaması ise faaliyetine devam eden işletmelerde yapılan örgütlenme giderleridir.

B. ÖLÇÜT

İlk tesis ve taazzuv giderlerinin kurum kazancını azaltan ve dola- yısıyla vergi matrahını düşüren kanunen kabul edilen bir gider kalemi olduğu

1 Erimez, Rüştü; Vergi Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Şirketlerde Kar Dağıtımı ve Yedek Akçeler, Genişletilmiş ve geliştirilmiş ikinci bası, Ercivan Matbaası, İstanbul, 1976, s.239.

2 Özbacı, Yılmaz; Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara Ekim 1998, s.650.

söylenmişti. Ancak bir giderin ilk tesis ve taazzuv gideri sayıla- bilmesi için elimizde bir ölçütün olması gerekmektedir³.

İlk tesis ve taazzuv giderlerine bir ölçüt oluşturma bakımından öncelikli olarak, yapılan giderlerin, bir kurumun tesis olunması, şube açılması veya kurulmuş bir kurumun devamlı surette genişletilmesi için yapılmış olup olmadığı yönündedir. Bu hallerin dışındaki giderlerin ilk tesis ve taazzuv giderleri ile ilişkisi bulunmayacaktır.

İkinci Ölçüt ise, yukarıda sayılan safhalarda yapılacak gider karşılığında maddi ya da gayri maddi bir değer kazanımı elde edilmemiş olmalıdır. Eğer yapılan gider ya da masraflar, maddi ya da gayri maddi bir kıymet iktisabına neden oluyorsa bu durumda yapılan bu giderler ilk tesis ve taazzuv giderleri olarak değerlendirilemez. Örneğin tecrübe için imal edilen mamullerin mamul değeri düşük dahi olsa elde bir mamul ya da kazanım olduğundan, bunun için yapılan giderler ilk tesis ve taazzuv gideri olarak kabul edilmemektedir⁴.

C. BENZER GİDERLERDEN AYRIMI

1. Gayrimaddi Hakların İktisabı İçin Yapılan Ödemelerden Ayrımı

İlk tesis ve taazzuv giderleri ile gayrimaddi hakların iktisabı için yapılan ödemelerin birbirine karıştırılmaması konunun netleşmesi bakımından

3 Kızılot, Şükrü; Kurumlar Vergisi Kanunu ve Uygulaması, Ankara, Şubat 1990, s.1043 ve devamı.

4 Bu konuda örnek Bir Danıştay Kararı: ".fabrika yerini seçmek için önce bir mahalde su sondajı yaptırıldığı, danışma ücreti ödendiği, bu araştırmalar sonucunda başka bir yerin uygun görüldüğünün anlaşıldığı, fabrika binası için yapılan ön çalışmaların ilk tesis ve taazzuv gideri kabul edilmesine"., Danıştay 4.Dairesi, T.26.6.1973, E.1972/4880, K.1973/3618, Kızılot; a.g.e., s.1043.

Danıştay bir başka kararında: "1969 takvim yılı işlemlerinin incelenmesi sonucunda çeşitli inşaatların projelerini çizen mühendislere ödenen 109. 000 lira tutarındaki proje bedelinin bina maliyetine eklenerek amortismanına tabi tutulması gerektiği iddiasıyla müvekkili şirket adına salınan kurumlar vergisi ile kaçakçılık cezasını; projeleri yapılan inşaatlar işletmede kullanılmaya başlandığı zaman maddi bir kıymet olacağından bedellerinin maliyete eklenmesi gerektiği, bu ödemenin ilk tesis ve taazzuv gideri olarak kabul edilemeyeceği ..." Danıştay 13.Dairesi, T.10.3.1976, E.1975/1171, K.1976/735.

önem taşımaktadır⁵. Gayri maddi haklar olarak anılan lisans, ihtira beratları, kiracılık hakkı, telif ve patent haklarına ödenen bedellere gayri maddi hak bedeli denilmekte⁶ ve bu bedeller ilk tesis ve taazzuv giderlerinden ayrılmaktadır. Gayrimaddi haklar mülkiyete ve alım satıma konu olabilmekteyken ilk tesis ve taazzuv giderleri böyle bir özelliğe sahip değildir. Bu gayrimaddi hak bedellerinin aktifleştirilmesi ise gayrimenkullerin aktifleştirilmesine ilişkin esaslar dahilinde aktifleştirilmektedir⁷ (VUK, m. 269/4).

2. Peştemallıktan Ayrımı

Goodwill ya da hava parası olarak ta adlandırılan peştemallık bir çeşit rant olarak kabul edilmektedir⁸. Peştemallık, bir ticari işletmenin, bulunduğu yerin önemi, sahip olduğu şöhret, tutmuş olduğu müşteri kitlesi ve benzeri unsurlara bağlı olarak, bilanço değerlerine ilave olarak sahip olduğu değeri ifade etmektedir⁹. Aslında peştemallık, işletme değerinin bilançoya bir aktif olarak geçirilip geçirilimiyeceği problemini de içermektedir. Bazen işletmenin kendisi bilançosunun üzerinde bir değere sahip olabilir. Bu değer daha çok piyasadaki maddi anlamıyla ölçülebilir ki bu da daha çok işletmenin piyasada bir kül halinde hukuki işlemlere konu olmasından, örneğin devredilmesinden, kiralanmasından ya da sigorta ettirilmesinden anlaşılabilir.

Peştemallıklar VUK 282. maddesinde ilk tesis ve taazzuv giderleri ile birlikte düzenlenmiş olmalarına rağmen, ilk tesis ve taazzuv giderlerinden

5 Özbalcı, Yılmaz; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, Aralık 1998, s.386-387; Eroğlu, Nurettin Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, 2. Baskı, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995, s.452-453.; Semercigil, Murat; Kurumlar Vergisi Kanunu ve Açıklamaları, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1995, s.275-276.

6 Bu tür gayrimaddi haklara işletme tarafından aslen iktisap edilen (originaer) değerlerde denilmektedir. Bkz. Tekinalp, Ünal; Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s.194.

7 Kocahanoğlu, Osman Selim/Yüksel, M.Naci; Amortisman Hukuku ve Uygulaması, 2. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1985, s.44.

8 Seyidoğlu, Halil; Ekonomik Terimler-Ansiklopedik Sözlük, Güzem Yayınları, Ankara, 1992, s.685.

9 Özbalcı; VUK..., s.655.

farklı olarak peştemallıklarda bir değer iktisabının sözkonusu olması ve iktisab edilen değer in ileriki yıllara sirayet etmesi hususlarından dolayı ilk tesis ve taazzuv giderlerinden ayrılmaktadırlar. Bu haktan gelir vergisine tabi olan mükellefler de faydalanabilmektedirler. Peştemallıklar mukayyet değeri ile değerlendirilerek aktifleştirilirler. Peştemallıklar belirli tutarı geçmesi halinde -ki bu tutar şu an 50 000 000 TLdir¹⁰-, aktifleştirilmesi mecburidir. Bu rakamın altında olanlar demirbaşlar gibi bir defada gider yazılabilir (VUK m.313/3).

III. TİCARET HUKUKU BAKIMINDAN

İlk tesis ve taazzuv giderleri, Türk Ticaret Kanununun 459. madde- sinde "Kuruluş, teşkilat ve idare masrafları kar ve zarar hesabında masraf olarak gösterilir. Şu kadar ki; ilk tesisat veya işletmenin sonradan genişletilmesi veya işletmenin değiştirilmesi için esas mukavele yahut umumi heyet kararlarında derpiş olunan teşkilat masrafları, damga resmi tutarları, en çok beş yıllık bir zamana bölünebilir. Bu suretle her yıla ait olan miktar o yılın kar ve zarar hesabında masraf olarak gösterilir" ifadesinde paralelini bulmaktadır.

İlk tesis ve taazzuv giderleri, Ticaret Hukuku doktrinde daha çok varsayımsal-fiktif aktif ekseninde ele alınmaktadır¹¹. Bundan dolayı Ticaret Hukukunda ilk tesis ve taazzuv giderlerinin mahiyet itibariyle bir netlik kazanabilmesi öncelikli olarak gerçek aktif ve varsayımsal aktif kavramlarının açıklanmasına bağlı olduğu görülmektedir.

Gerçek aktif, yapılan masraf karşılığında elde edilen maddi veya gayri maddi bir konuyu (süje) ifade ederler. Bu maddi veya gayri maddi değer bilanço konusu ortaklığa girmiş, ortaklık için kazanılmıştır¹². Gerçek aktifler hukuki işlemler sonucu kazanılabildiği gibi kurum tarafından imal edilmiş

10 VUK 313/3. fıkrasındaki 50 000 000 liralık tutar, 29.7.1998 tarihi itibariyle 4369 sayılı Kanunla değiştirilmiş tutardır. Bu tutar daha önce 500 000 lira şeklinde idi. Ancak, 1.1.1995'ten geçerli olmak üzere 27.12.1994 RG tarihli 94/6296 BKK ile yükseltilmiş tutar olan 5 000 000 lira uygulanmaktaydı.4369 sayılı Kanunla belirlenen bu tutar, 1.12.1998 RG tarihli 98/12044 sayılı BKK ile 1999 yılı için değiştirilmeyerek aynen muhafaza edilmiştir. İlgili Genel Tebliğ:153,173,270(maddenin son fıkrasında 4369 Sayılı Kanunla yapılan tutar değişikliğinin uygulanması hakkında..).

11 Tekinalp; a.g.e., s.191.

12 Tekinalp; a.g.e., s.89.

veya ettirilmiş değerlerde olabilir. Bu tür masraflar özsermayeyi azaltıcı nitelik taşımazlar.

Varsayımsal aktif, yapılan masraf karşılığı, ortaklığa bir kıymet olarak girmeyen, yani ne devamlı (sabit) ne de döner (cari) yatırım olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan harcamalardır. Yapılan masraf mukabilinde işletmeye bir değer girmemiştir ve özsermayeyi azaltıcı niteliktedir. Ancak Tekinalp, bu anlamda yapılan bazı masrafların sadece ilgili bulunduğu yılla mahdut kalmasının zor olduğunu, faydasının ileriki yıllara da dokunacağını-örneğin damga resmi- söylemektedir¹³. Böyle olması durumunda ilk tesis ve taazzuv giderleri için verilen ölçüt bakımından aykırılık oluşacaktır. Bürgi, ortaklık teşkilatını meydana getirmek için yapılması gereken olağanüstü masrafı varsayımsal aktif olarak kabul etmektedir¹⁴. Bu tanımda da varsayımsal aktifin, yapılan gider ya da masrafın "olağanüstü" olmasına bağlandığı görülmektedir.

Nihayet olarak söylenecek olan şudur ki, bir masrafın ya da giderin varsayımsal aktif olarak kabul edilebilmesi için açıkça bir Kanun hükmüne (TTK, m.459) ve dürüst muhasebe kayıtlarına dayanması gerekmektedir¹⁵.

Ticaret Hukukunda ilk tesis ve taazzuv giderleri bazı bakımlardan önem kazanmaktadır. Bunlardan birincisi, giderlerin dağıtılması ilkesine göre işlem yapılabilmesi için, bu tip giderlerinde bir aktif değer olarak bilançoya konulması gerekmektedir. İkincisi, anonim ortaklıkların yıllık bilançolarında bir merkez kavram niteliği gösteren "sonuç açıklama" ilkesinin gereği olarak önem kazanmaktadır. Bir sonuç açıklama bilançosu olan (Erfolgsermittlungsbilanz) yıllık bilançoda bir yıllık işletme faaliyeti tam manasıyla çıkarılabilmesi varsayımsal aktif olarak kabul edilen giderlerin aktifleştirilemesi ile mümkündür¹⁶. Bilanço hukuku bakımından böyle önem arzeden bu husus Vergi Hukuku bakımından da vergiye tabi matrahı azaltıcı bir unsur olma bakımından önem kazanmaktadır.

13 Tekinalp; a.g.e., s.90.

14 Bürgi, W.F.; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V:Obligationenrecht, 5.Teil:Die Aktiengesellschaft, Zürich,1957(Tekinalp;a.g.e.den naklen alınma, s.191).

15 Ulusoy; Yılmaz; Anonim ve Limited Şirketlerde Kar Dağıtım ve Vergilendirme,Ankara,1987, s.112: Tekinalp,a.g.e., s.192.

16 Tekinalp; a.g.e., s.90.

Vergi Usul Kanunu 282. maddesinin getirdiği kapsam bakımından TTK 459. maddesi ele alındığında, bu maddenin içeriği, ilk tesis ve taazzuv giderleri ile örtüştüğü söylenebilir. Ancak TTK 459. maddesinin içeriği incelendiğinde, madde metninin ilk cümlesi "Kuruluş teşkilat ve idare masrafları kar ve zarar hesabında masraf olarak gösterilir" demek suretiyle kurumlar için mutlak bağlayıcılık teşkil ettiği görülmektedir. Madde metninin devam eden cümlelerine bakıldığında, "Şu kadarki, ilk tesisat veya işletmenin sonradan genişletilmesi için esas mukavelede yahut umumi heyet kararlarında derpiş olunan teşkilat masrafları, damga resmi tutarı en çok beş yıllık bir zamana bölünebilir. Bu suretle her yıla ait olan miktar o yıla ait kar ve zarar hesabında zarar olarak gösterilir." denilmektedir. Kesin sınırlarla olmasada, aktifleştirme bakımından, Türk Ticaret Kanununda kuruluş giderleri (ilk tesis) ile örgütlenme giderleri (taazzuv giderleri) arasında ayırım yapılmış ve örgütlenme giderlerinin aktifleştirilmesi esas mukavelede ya da genel kurul kararlarında öngörülmüş olması koşuluna bağlanmıştır¹⁷.

IV. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN

Daha önce de değinildiği gibi ilk tesis ve taazzuv giderleri, Türk Vergi Mevzuatında, Kurumlar Vergisi Kanununda 14/2 bendinde indi-rilecek giderler adı altında, Vergi Usul Kanunu 282. ve 326. maddesinde de ilk tesis ve taazzuv giderlerinin ve peştemallıkların itfası adı altında geçmektedir. Bu kısımda ilk tesis ve taazzuv giderlerinin Vergi Hukuku bakımından mahiyeti ele alınacaktır.

A. KURUMUN KURULUŞ ANININ TESBİTİ

İlk tesis ve taazzuv giderleri bakımından önemli bir husus ta kurumun kuruluş anının tesbitidir. Bilindiği üzere ilk tesis ve taazzuv giderlerinden sermaye şirketiniteliğindeki kurumlar istifade edebilmektedirler. Dolayısıyla sermaye şirketi donanımlı kurumların iki aşamalı kuruluşundan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, kurumun kuruluş işlemlerini tamamlayarak ticaret siciline kaydolunduğu andır. Kuruluş olarak bu anın kabul edilmesi halinde, kurumların tescilinden başlayıp tam olarak faaliyete geçtiklere ana kadar olan süreyi ihmal etmiş olup yapılan giderlerin aktifleştirilme imkanını da ortadan kaldırmış oluruz ki bunun da ilk tesis ve taazzuv giderlerinin kapsamına ters düşeceği ortadadır.

17 Erimez; a.g.e., s.239.

O halde ikinci aşama, kurumun ticaret siciline kaydolunup yasal olarak kurulmasının yanısıra tam olarak faaliyete geçip ticari ve iktisadi sirkülasyona girmesi anına kadar olan dönemdirki gerçek kuruluş anı bu dönem kabul edilmelidir. Kuruluş anının böyle saptanması, birden fazla hesap dönemine sarkan kuruluş işlemlerine maruz kalan üretim ya da imalat işleriyle uğraşan kurumlar için büyük önem arz etmektedir¹⁸.

B. İLK TESİS ve TAAZZUV GİDERLERİNİN KAPSAMI

İlk tesis ve taazzuv giderlerinin kapsamını Çerçeve Kanunu olan VUK 282. maddesinden ve KVK 14/2 bendinden çıkarmak mümkündür¹⁹. İlk tesis ve taazzuv giderlerini iki bölümde ele alıp incelemek mümkündür. Bunlar kuruluş sırasındaki giderler ve faal kurumlardaki ilk tesis ve taazzuv giderlerinden ibarettir.

1. Kuruluş Sırasındaki Giderler

- İş ve piyasa etüd giderleri
- Şirket esas mukavelesinin hazırlanması için yapılan giderler
- Kuruluşla ilgili seyahat giderleri
- Aynı sermaye konması halinde, aynı sermaye ile ilgili bilirkişi için ödenen mahkeme harçları ve bilirkişi ücretleri
- Kuruluş genel kurulu toplantısı için yapılan giderler
- Hisse senedi tab ve çıkarma giderleri
- Tanıtma ve reklam giderleri
- Tecrübe imalatı giderleri
- İşçi ve personelin eğitim giderleri
- Kurumun hukuki kuruluşunu tamamladığı günde, normal faaliyetin başladığı ana kadar yapılan genel idare gideri niteliğindeki giderler. Tecrübe imalatı giderleri, işçi ve personelin eğitim giderleri ve kuruluş döneminde yapılan genel idare giderlerinin ilk tesis ve taazzuv giderleri olarak kabul edilip edilemeyeceği hakkında tartışma vardır. Bu giderlerin ilk tesis ve taazzuv giderleri olarak değerlendirilebilmesi için tesbit edilen ölçüt gereği,

18 Erimez; a.g.e., s.248.

19 Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu Danışma Komisyonu Kararı, 24.4.1974 Tarihli ve 182/214-2 Sayılı.

bu giderlerin bir kıymet iktisabının doğmasına yol açmaması yani bu giderlerin sabit kıymetlerin maliyetine eklenmesi olanağının bulun- maması gerekmektedir. Aksi durumda bunlar ilk tesis ve taazzuv giderleri olarak değerlendirilmesi mümkün değildir²⁰.

Ancak Özbalcı, ilk kuruluş aşamasına münhasır olmak üzere genel idare niteliğindeki giderlerin ve işçi ve personelin eğitim giderlerinin aktifleştirme imkanının verilmesinin uygun olunacağı ileri sürmektedir. Öte yandan Ulusoy genel idare giderlerinin aktifleştirilmesinde herhangi bir bağlayıcı hükmün bulunmamasından dolayı bunların aktifleştirilmesinde herhangi bir sakıncanın bulunmadığını söylemektedir²¹. Buna karşılık, Özbalcı, istenilen kalitede olmasa bile belli bir maddi kıymet iktisap elde edildiğinden tecrübe imalatı giderlerinin²² ilk tesis ve taazzuv gideri olarak düşünülemediğini de ifade etmektedir²³.

2. Faal Kurumlarda İlk Tesis ve Taazzuv Giderleri

- Sermaye arttırım giderleri (hisse senedi ihraç giderleri dahil)
- Birleşme, devir, şekil değiştirme için yapılan giderler
- Tahvilat ihraç giderleri
- Yeni şube açılması ile ilgili giderler
- Kiracının tahliyesi için yapılan giderler
- İşlerin devamlı olarak genişletilmesi için yapılan giderler

C. İLK TESİS ve TAAZZUV GİDERLERİNİN AKTİFLEŞTİRİLMESİ

İlk tesis ve taazzuv giderleri ilgili yıl hasılatı itibariyle ya doğrudan gider yazılmakta ya da aktifleştirilerek amortismanına tabi tutulmaktadır²⁴.

20 Ekici, A.Hadi; İlk Tesis ve Taazzuv Giderleri ile Peştemallıkların Değerlemesi ve Muhasebeleştirilmesi, Vergi Dünyası, Sayı:208, Aralık 1998, s.166.

21 Ulusoy; a.g.e., s.115.

22182 seri nolu Hesap Uzmanları Kurulu Danışma Komisyonu kararı gereğince, tecrübe imalatı giderlerinin bozuk mal elde edilmiş olsa bile ilk tesis ve taazzuv gideri olarak kabul edilemeyeceği, ve bu giderlerin amortismanına tabi olamayacağı..

23 Özbalcı; KVK...,s.388.

24 Şenyüz, Doğan; Türk Vergi Sistemi, 4.Baskı, Ezgi Kitabevi Yayınları,Bursa, 1998, s.308.

1. İlk Tesis ve Taazzuv Giderlerinin Bir Defada Gider Olarak Gösterilmesi

İlk tesis ve taazzuv giderleri istenildiği takdirde, tamamı ait olduğu yılın gideri olarak gösterilebilir. O yıl ki hasılatın yeteri miktarda olmaması halinde, bu giderler zarar hesabına intikal ettirilerek ve zarar addedilerek gelecek yılların kazancından indirilmek üzere devredilir.

2. İlk Tesis ve Taazzuv Giderlerinin Aktifleştirilmesi

İlk tesis ve taazzuv giderlerinin bilançonun aktif hesabına alınması halinde, kurumun faaliyete başladığı hesap döneminden itibaren beş yıl süreyle amortismanına tabi tutularak gider yazılır (VUK, m.326, KVK, m.14/2). Aktifleştirilen bu giderlerin kalan kısmı daha sonra bir defada gider olarak yazılamaz²⁵.

Bu arada kuruluş sırasında elde edilen arızı gelirler, aktifleştirilen ilk tesis ve taazzuv giderlerinden indirimine tabi tutulmaz²⁶. Örneğin ilk kuruluş sırasında, genel idare giderlerinin de ilk tesis ve taazzuv gideri olarak aktifleştirilmesi halinde, kurumun cari yıl zararına geçecek bir gideri kalmayacaktır. Çünkü, genel idare giderleri ve diğer ilk tesis ve taazzuv giderleri dışındaki giderler yatırım maliyetine girecektir. Bu durumda, kurumun banka faizi v.s. şekillerdeki arızı karlarını²⁷, ilk tesis ve taazzuv giderlerinden indirimine tutmayıp, elde edildiği dönemin kurum kazancı olarak beyan etmesi gerekmektedir²⁸.

İlk tesis ve taazzuv giderlerinin kısmi aktifleştirilmesi mümkün müdür acaba? İlk tesis ve taazzuv giderlerinin bir kısmının gider olarak yazılması bir kısmının da kısmen aktifleştirilmesi mümkün olamamaktadır. Ayrıca aktifleştirme metodunun seçilip amortisman ayrılıp gider yazılma sından sonra, bu metoddan geri dönülüp kalan kısmı bir defada gider olarak yazmak ta mümkün değildir. Böyle bir seçim yapma konumunda kalan bir işletme için verilebilecek öneri, işletmelerin ilk yıllarındaki kar ve zarar durumuna bakmaları, eğer ilk yıllarını zararlar kapatmaları ihtimali varsa o zaman zarar

25 Kocahanoğlu/Yüksel; a.g.e., s.45.

26 Şenyüz; a.g.e., s.309.

27 Ekici; a.g.m., s.169.

28 Özbacı; KVK., s.390.

nakillerini taşıyabilmeleri nedeniyle amortisman usulü nü tercih etmeleri yararlarına olacaktır²⁹.

3. Yatırım İndirimi Yönünden İlk Tesis ve Taazzuv Giderlerinin Aktifleştirilmesi

Bilindiği üzere ilk tesis ve taazzuv giderlerinin iki önemli ölçütü vardı, bunlardan birisi yapılan giderin maddi bir kıymet iktisabına sebep olmaması, diğeri de ilgili yılın ya da dönemin gideri olarak kalması, yani yıllara sari olmamasıydı. Oysa yatırım indirimi verilen bu iki ölçüt bakımından da aykırılık teşkil etmektedir. Bundan dolayı yatırım indirimi uygulamasında, aktifleştirilmiş ilk tesis ve taazzuv giderlerinin yatırımın bir unsuru şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir, çünkü, ilk tesis ve taazzuv giderleri öz sermayede kesin bir kaybın ifadesi demektir.

Diğeri bir husus ta, ilk tesis ve taazzuv giderlerinin -her iki metod bakımından da- gider olara gösterilip tekrardan yatırım indirimine ilave edilirse bu durumda bir gider iki kere gösterilmiş ve kurum kazancından³⁰ iki kere düşülmüş olmsıdır³¹.

D. İLK TESİS ve TAAZZUV GİDERLERİNİN DEĞERLEMESİ

Kurumlarda aktifleştirilen ilk tesis ve taazzuv giderleri "mukayyet" (kayıtlı) değeri ile değeri (VUK, M.282). Bu değer ilk tesis ve taazzuv giderleri için yapılan masraflardan fazla olamaz. daha öncede söylendiği gibi İlk tesis ve taazzuv giderlerinin aktifleştirilmesi yalnızca kurumlara tanınmıştır, bunun dışında gelir vergisine tabi gerçek kişiler ve şahıs şirketleri bu tür giderlerini ilgili yılın giderleri olarak gösterip sonuç hesaplarına intikal ettirirler.

29 Bulutoğlu, Kenan; Türk Vergi Sistemi, Cilt-I,6.Baskı, Fakültelcr Matbaası,İstanbul, 1978, s.304.

30 Burada bahsedilen kurum kazancı, kuruluş aşamasında kurumun arizi kazançlar elde etme durumu kastedilmektedir.

31 Arıca, Mehmet Nadir;Yatırım İndirimi Uygulamasında İlk Tesis ve Taazzuv Giderleriyle Tecrübe Üretimi Giderlerinin Müesseseden Yararlanıp Yararlanamayacağı, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:128, Mart 1999, s.10.

V. SONUÇ

Kurumlar için ilk kuruluş ve örgütleniş aşamalarında önemli bir kolaylık sağlayan "ilk tesis ve taazzuv giderleri" adil ve çağdaş bir mües- sese olarak durmaktadır. Gerek Türk Ticaret Kanununda ve gerekse çeşitli Vergi Kanunlarındaki mevcudiyeti, maddi ya da gayri maddi bir kıymet iktisabına yol açmayan bir gider olma esasına bağlandığı gibi aynı zamanda varsayımsal-fiktif aktif olma esasına da bağlanmıştır. Varsayımsal aktif olarak değer kazanabilmesinde TTK 459. maddenin payı kadar Vergi Mevzuatındaki ilgili maddelerinde payı vardır. Uygulamada sorunlar, bazen yapılan giderlerin varsayımsal aktif olup olmadığı yönündeki bulanıklıktan kaynaklansa da, sonuçta iyi işleyen bir müessese olarak işlerliğini devam ettirmektedir.