

**ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ  
ERZİNCAN HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**

---

**CİLT: IV    SAYI: 1-2    YIL: 2000**

---

**ERZİNCAN – 2000**

<b><u>HABERLEŞME ADRESİ</u></b> ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<b><u>TLF</u></b> : +90 446 223 60 30/31 224 28 38/39 <b><u>FAKS</u></b> : +90 446 223 34 06 <b><u>E-MAIL</u></b> : <a href="mailto:hukuk@atauni.edu.tr">hukuk@atauni.edu.tr</a>
--	---

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

## **YAYIN KURULU**

---

Prof.Dr. Ersin KANDEMİR  
Yrd.Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN  
Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN  
Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN

## **EDİTÖR**

---

Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN

## **DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI**

---

Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN, Yrd.Doç.Dr. M.Emin BİLGE, Yrd.Doç.Dr. Nihat BULUT,  
Yrd.Doç.Dr. Ayhan CEYLAN, Yrd.Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN, Yrd.Doç.Dr.  
Seyithan DELİDUMAN, Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN, Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN,  
Yrd.Doç.Dr. Hayrettin EREN, Yrd.Doç.Dr. B.Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Osman  
KAŞIKÇI, Yrd.Doç.Dr. Mahmut KOCA, Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ, Yrd.Doç.Dr. Murat  
NİŞANCI, Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU, Yrd.Doç.Dr. A. Cemal RUHİ, Yrd.Doç.Dr.  
M.Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN, Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN, Yrd.Doç.Dr.  
M.Fadıl YILDIRIM, Yrd.Doç.Dr. Şükrü YILDIZ, Arş.Gör.Dr. Sururi AKTAŞ, Arş.Gör.Dr.  
Osman CAN, Arş.Gör.Dr. M. Tefvik GÜLSOY, Arş.Gör.Dr. Yasin POYRAZ, Arş.Gör.  
Dr. Ayhan UÇAR, Arş.Gör. Alparslan AKARTEPE, Arş.Gör. Murat AKDENİZ,  
Arş.Gör. Abdulkadir AKIL, Arş.Gör. Tayfun AKTAŞ, Arş.Gör. Abdulkadir Cenap  
ATMACA, Arş.Gör. Hakan BİRSENOĞUL, Arş.Gör. Yusuf BÜYÜKAY, Arş.Gör. Oğuz  
CANER, Arş.Gör. Ayhan DÖNER, Arş.Gör. İsa DÖNER, Arş.Gör. Murat ERDEM,  
Arş.Gör. Abdullah EREN, Arş.Gör. Yavuz KAPLAN, Arş.Gör. Veli KARAGÖZ,  
Arş.Gör. Şafak NARBAY, Arş.Gör. Cumhuri RÜZGARESEN, Arş.Gör. Hayrunnisa  
ÖZDEMİR, Arş.Gör. Metin UÇAR, Arş.Gör. Yusuf YAŞAR, Arş.Gör. G.Kürşat  
YERLİKAYA, Arş.Gör. Mustafa YILMAZ, Arş.Gör. Sebahattin YÜREKLİ.

# İÇİNDEKİLER

## KAMU HUKUKU

**Prof.Dr. Nur CENTEL**

Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları..... 3-19

**Doç.Dr. Ersan ŞEN**

Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle  
Muhafazası Üzerine ..... 21-28

**Yrd.Doç.Dr. Nihat BULUT**

Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Nedeni Olarak Genel  
Ahlak ..... 29-42

**Yrd.Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine ..... 43-58

**Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN**

Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi ..... 59-78

**Yrd.Doç.Dr. Hayrettin EREN**

Ombudsman Kurumu ..... 79-96

**Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU**

1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler... 97-104

**Yrd.Doç.Dr. Mahmut KOCA**

Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme  
Yasağı ..... 105-146

**Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU**

İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin  
Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir  
Değerlendirme ..... 147-180

**Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

Eski Yargılama Hukukumuzda Şahidin Yükümlülükleri ve  
Başkasından Naklen Şahitlikte Bulunma ..... 181-195

**Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN**

Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişikliği  
Tartışmaları ..... 197-218

<b>Dr. İlhan AKBULUT</b> Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni .....	219-256
<b>Dr. Sururi AKTAŞ</b> Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon ...	257-274
<b>Dr. M.Tevfik GÜLSOY</b> John Locke'un Siyaset Teorisinin Temel Kavramları ve Yasama Gücü .....	275-296
<b>Arş. Gör. İlhan ÜZÜLMEZ</b> Suçta Tekerrür .....	297-319
<b>Cengiz OTACI/Mesut ORTA</b> Türk Ceza Kanunu'nda ve 1997 Tasarısında "Memura Menfi Mukavemet Suçu" Üzerine Bir İnceleme .....	321-332

## **ÖZEL HUKUK**

<b>Prof.Dr. Akar ÖCAL</b> Fransız Belçika ve İsviçre Hukuklarında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılmaktan Yasaklanması .....	335-343
<b>Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN</b> Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması .....	345-377
<b>Yrd.Doç.Dr. M. Emin BİLGE</b> Bankalar Kanununun 14. Maddesine Göre Bankalar Hakkında Tebdir Alınmasını Gerektiren Durumlar ve Öngörülen Tebdirler .....	379-412
<b>Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN</b> Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki .....	413-435
<b>Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN/ Arş. Gör. Şafak NARBAY</b> İktisadî Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadî İşletme İşletmesi .....	437-461
<b>Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ</b> İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar .....	463-478

<b>Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHİ</b> Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Hakkında 20 Haziran 1956 Tarihli New York Sözleşmesi .....	479-521
<b>Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN</b> Cumhuriyet Öncesi Türk Hukukunda Hizmet Akdine Genel Bakış .....	523-546
<b>Yrd.Doç.Dr. Şükrü YILDIZ</b> Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio) .....	547-565
<b>Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN</b> Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum .....	567-594

## ÇEVİRİLER

<b>Prof.Dr. Ârif CÜVEYCÂTÎ (Çev.: Doç.Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ)</b> İslâm Hukukunda Sigorta ve Fâiz Hakkında Bir Risâle .....	597-615
<b>Çev.: Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN</b> Yeni Alman Aciz Kanunu Genel Hükümleri .....	617-622
<b>Çev.: Yrd.Doç.Dr. Şükrü YILDIZ</b> Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC Sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi .....	623-634

# CONTENTS

## PUBLIC LAW

**Prof.Dr. Nur CENTEL**

Forensic Sciences and Human Rights..... 3-19

**Doç.Dr. Ersan ŞEN**

312II of the Turkish Penal Code. On the Preservation of the Article in Its Current Form ..... 21-28

**Assist.Prof.Dr. Nihat BULUT**

General Ethics as a Reason for Limiting Rights and Freedoms.....29-42

**Assist.Prof.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

On the Withdrawal of the Administrative Action..... 43-58

**Assist.Prof.Dr. İbrahim DURHAN**

Jurisdiction of the Divan-ı Hümayun .....59-78

**Assist.Prof.Dr. Hayrettin EREN**

Ombudsman Institution.....79-96

**Assist.Prof.Dr. Burhan Caner HACIOGLU**

Thoughts on the 1997 Turkish Penal Code Draft..... 97-104

**Assist.Prof.Dr. Yücel OĞURLU**

About the Role of the Principle of Proportionality in Supervision of Administrative Activity in British and Turkish Administrative Laws..... 147-180

**Asst.Prof.Dr. Murat ŞEN**

**Obligations of a Witness in Our Former Trial Law and Giving Live Witnesses**  
..... 181-195

**Assist.Prof.Dr. Hikmet TÜLEN**

Unchanging Topic of the Agenda Constitutional Amendment  
Debates..... 197-218

**Dr. İlhan AKBULUT**

The Order of Justice in the Ottoman  
State..... 219-256

**Assist.Prof.Dr. Sururi AKTAŞ**

A Critical Reflection on the Concept of Positivist Law  
.....257-274

**Dr. M. Tevfik GÜLSOY**

Fundamental Concepts of John Locke's Political Theory and Legislative Power.....275-296

**Res.Ass. İlhan UZÜLMEZ**

Repetition of Crime .....297-319

**Cengiz OTACI / Mesut ORTA**

An Investigation on “Offence of Negative Resistance to Officer” in the Turkish Penal Code and  
the 1997 Draft .....321-332

**Assist. Prof. Dr. Mahmut KOCA**

Prohibition of Evaluation of Unlawful Evidence in Criminal Procedure  
.....105-146



## **PRIVATE LAW**

### **Prof.Dr. Akar ÖCAL**

Participating in the Negotiations of Joint Stock Company Board Members in French, Belgian and Swiss Laws..... 335-343

### **Assist.Prof.Dr. Cem BAYGIN**

Culpa in Contrahendo Responsibility and Its Application in American Law..... 345-347

### **Asst.Prof.Dr. M. Emin BİLGE**

Situations Requiring Measures to Be Taken About Banks According to Article 14 of the Banks Law and Forecast..... 379-412

### **Assist.Prof.Dr. Seyithan DELİDUMAN**

The Relationship Between Bills and Promissory Notes and Written Form in Civil Procedure Law..... 413-435

### **Asst.Prof.Dr. Murat DOĞAN / Res.Assist. Şafak NARBAY**

The Principle of Failure to Establish a Foundation for Economic Purposes and the Foundation's Economic Business Administration)..... 437-461

### **Asst.Prof.Dr. Tekin MEMİŞ**

Using Gender and Occupational Names as Domain Names on the Internet and Emerging Legal Problems.....463-478

### **Assist.Prof.Dr. Ahmet Cemal RUHİ**

New York Convention dated 20 June 1956 on the Collection of Alimony Receivables in Foreign Countries..... 479-521

### **Assist.Prof.Dr. Murat ŞEN**

Overview of Service Contract in Pre-Republican Turkish Law..... 523-546

**Assist.Prof.Dr. Şükrü YILDIZ**

Export Premiums in Joint Stock Company  
(Agio)..... 547-565

**Assist.Prof.Dr. Cem BAYGIN**

Interpretation on Death-Related Dispositions .....567-594

**TRANSLATIONS**

**Prof.Dr. Arif CÜVEYCATİ (Trans.: Associate Professor Ekrem Buğra EKİNCİ)**

A Treatise on Insurance and Interest in Islamic Law .....597-615

**Assist.Prof.Dr. Seyithan DELİDUMAN**

General Provisions of the New German Insolvency Law .....617-622

**Assist.Prof.Dr. Şükrü YILDIZ**

Company Regarding the Merger of Joint Stock Companies of the European Community, dated  
9 October 1978 and numbered 78/855/EEC .....624-  
634

# ADLI TIP BİLİMLERİ VE İNSAN HAKLARI\*

*Prof.Dr. Nur Centel\*\**

## I. Giriş

Türkiye'nin insan hakları sorunu bugün artık dile getirilmekten çekinilmeyen bir gerçektir. Bu sorunun önemli bir boyutunu, insan hakları ihlallerinin, özellikle işkence ve kötü muamele bağlamında etkili biçimde önlenememesi oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi sistemimizde bu konuda bilirkişilik yapmak görevinin Adli Tıp Kurumu ile adli tabiplere düşmesi ve suçluların ortaya çıkarılmasında başvurulup da "adli tıp bilimleri" olarak nitelendirilen çağdaş disiplinlerin hazırlık soruşturmasındaki etkili işlevi, "insan hakları"nın Adli Tıp Enstitüsü çatısı altında da irdelenmesini anlamlı kılmaktadır.

Burada, sınırlı çerçevede, önce insan hakları kavramı ile bu kavramın Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası belgelerde nasıl güvencelendiğine değinilecektir. Sonra işkence ele alınacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye'yi mahkum ettiği davalardan örnekler anlatılacaktır. Daha sonra hazırlık soruşturmalarında tespit edilen eksikliklerin belirtilmesi ise, adli tıp bilimlerinin insan hakları ihlallerini önlemedeki rolünü kendiliğinden ortaya koyacaktır. Çünkü, insan haklarına saygı gösterilmesi toplumun kültür ve eğitim düzeyi ile doğru orantılı olduğu kadar, ihlallerin azalması da suçluların tespit edilip cezalandırılması ve dolayısıyla cezanın genel önleme işlevinin etkili hale getirilmesiyle yakından bağlantılıdır.

## II. İnsan Hakları-Sanık Hakları-Dürüst Yargılama

İnsan hakları, kişi özgürlüğünü ve onurunu güvence altına alan haklardır. İnsan haklarını tanımlamak kolay değildir. İnsan hakları, insanlığın belli bir aşamasında tanınması gereken ideal haklar bütünüdür. Bir tanıma göre, bu haklar, insanın insan olmak sıfatı ile sahip olduğu, hiç bir iktidarın tanınması ve korumasına bağlı olmayan, yani devlet ya da bir iktidar saygı göstermese

---

\* 10.12.1998'de İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsünde verilen konferans metnidir.

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

bile varlığını devam ettiren, niteliklerini kaybetmeyen tüm haklardır. Bunlar, insanın doğasından kaynaklanan ve devlete kural olarak sadece saygı gösterme, karışmama görevini yükleyen, ancak bazen gerçekleşmesi için aktif davranışlarda bulunma yükümlülüğünü de getiren hak ve özgürlüklerdir.

Bir başka tanıma göre ise insan hakları, bireylerin birbirleriyle ve siyasal iktidarla ilişkilerinde kurallarla düzenlenmiş ayrıcalıklardır. Buna göre, insan hakkı, kişi ayrıcalıklarıdır. Bu ayrıcalıkları kurallar düzenler, kuralları koyan ise siyasal iktidardır. Yani bu haklar gerçekte iktidardan kaynaklanmaktadır ve iktidarı sınırlandırmaktadır. Bu hakların varlığını sürdürebilmesi için, bunların devletin yönetim felsefesinin temeli haline gelmesi, kurumsallaşması gerekir. Kurumsallaşma, insan haklarının vazgeçilmezliğine herkesin inanması ve bunun devletin temel unsuru haline getirilmesidir.

İnsan hak ve özgürlükleri olarak sözleşmelerde sayılan ve üç kuşak halinde sınıflandırılan haklar şunlardır: Yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, işkence-gayriinsanî-onur kırıcı muamele yapılmaması, kanun önünde eşitlik, mahkemelere başvurma, keyfi tutuklanmama-gözaltına alınmama, savunma hakkı, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine uyulması, özel yaşam-aile-konut-haberleşme dokunulmazlıkları, seyahat özgürlüğü, iltica-vatandaşlık-evlenme-din seçme-mülkiyet hakları, düşünce özgürlüğü, çalışma-dinlenme-sosyal güvenlik hakları, eğitim hakkı, barış hakkı, çevre hakkı, gelişme hakkı, kültürel yaşama katılma hakkı.

Bunlar arasında bugün bizi ilgilendiren, devletin yargılama işlevi dolayısıyla ve kişilere suç isnadı halinde ortaya çıkan hak ve özgürlüklerdir. Bunların tümü aynı zamanda “dürüst yargılama kuralları” olarak da nitelendirilmektedir.

Dürüst yargılama, insan hakları ile sanığın ve mağdurun hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılamadır. Ceza muhakemesi hukukunun çağdaş ilkelerinin tümü, sanık açısından bakıldığında onun hakları olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'ya göre, bu hakların başlıcaları, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, aleni yargılanma, iddia ve savunmanın karşılıklı olması, isnadı öğrenme, savunma hakkına sahip olma ve kesin hükme kadar masum sayılmadır.

### III. İnsan Haklarının Güvencelenmesi

İnsan hakları, 10 Aralık 1948'den bu yana uluslararası düzeyde güvenceye kavuşturulmak istenmekte ve bu konuda teorik temeller, uygulama yöntemleri oluşturulmaya çalışılmaktadır. Günümüzde insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ülkelerin iç sorunu olmaktan çıkmış, uluslara-

rası bir nitelik kazanmıştır. Güvencenin tek başına, ulusal düzeyde gerçekleştirilmesinin zorluğu, devletleri birlikte hareket etmeye yöneltmiş, bunun sonucunda çeşitli sözleşmeler ve uluslararası yargı kurumları oluşturulmuştur.

Türkiye insan haklarının güvencelenmesini öngören çeşitli sözleşmelere taraf olmuştur. Anayasa uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konuldukları için bu sözleşmeler kanun hükmündedir ve haklarında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ay m.90/son). İlgili sözleşmeler şunlardır:

### **1) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**

10 Aralık 1948 tarihli birleşmiş milletler insan hakları evrensel bildirisi, insan haklarının ilk uluslararası temel kaynaklarından birisidir<sup>1</sup>. 30 maddeden oluşan bu bildiri, yaşama, özgürlük ve güvenlik haklarını güvenceledikten sonra (m.3), hiç kimsenin işkenceye, zalimane, gayriinsanî, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamayacağını belirtmektedir (m.5). İnsan hakları kapsamında olan sanık hakları da bu bildiriye ayrıntılı biçimde ifadesini bulmuştur (m.7 vd.).

Bildirinin amacı, ülkelerin, öğretim ve eğitim yoluyla insan haklarına ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeye, bu hakların fiilen tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya gayret etmelerini gerçekleştirmektir.

### **2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**

Avrupa konseyince hazırlanan ve Türkiye'nin 1954'de onayladığı<sup>2</sup> bu sözleşme 66 maddeden oluşmaktadır. Bu sözleşmede, Birleşmiş milletler insan hakları bildirisinde olduğu gibi, insan hak ve hürriyetleri güvencelenmiş, sanık hakları daha ayrıntılı biçimde ele alınmıştır (m.5-6).

Avrupa insan hakları sözleşmesinde de işkence yasağı açıkça ifade edilmiştir (m.3).Öte yandan, Avrupa insan hakları sözleşmesi, sözleşmeciler devletlere mensup bireylere sözleşmenin kapsamına giren hak ve özgürlüklerin güvencelenmesini öngörmekle yetinmemiş, bir de uluslararası yargı denetimi mekanizması kurmuştur. Şu anda tek aşamalı yargı yerine dönüşme sürecinde olan Strazburg'daki insan hakları komisyonu ile insan hakları divanı bu sözleşme çerçevesinde kurulmuştur (m.19 vd.).

Sözleşmenin yarattığı sistem, devletlerden başka, bireyleri de uluslararası hukukta (ilk kez) hak sahibi kılmıştır. Şöyle ki, sözleşmeyle güvence

<sup>1</sup> Resmi Gazete 27.5.1949 No.7217.

<sup>2</sup> Resmi Gazete 19.3.1954 No.8662.

altına alınan bir hak ya da özgürlüğün, sözleşmeci devlet tarafından çiğnenmesi durumunda mağdur olan birey, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, o devleti insan hakları mahkemesine şikayet edebilir (bireysel başvuru hakkı). Bu mekanizma 45 yıldan bu yana işlemekte ve kendi içtihatlarını oluşturmuş bulunmaktadır. Bu sistem 1987'den beri Türkiye'yi de yakından ilgilendirmektedir. Çünkü, bu tarihten itibaren Türkiye de, 1954'de imzaladığı 1950 tarihli sözleşmenin bireysel başvuruya ilişkin hükmünü (Divanın zorunlu yargı yetkisini ise 1990'da) tanımıştır.

### 3) İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

1975 tarihli 33 maddelik bu sözleşme, Türkiye tarafından 1988'de onaylanmış ve yürürlüğe konulmuştur<sup>3</sup>.

Sözleşmenin özelliği, işkencenin tanımını vermesi (m.1) ve işkenceye tabi tutulma tehlikesi bulunduğu kanaatini uyandıran hallerde kişinin başka ülkeye geri verilmesini yasaklamasıdır (m.3).

Sözleşme, taraf devletleri, işkenceyi önlemekle (m.2), yasaları uygulama durumunda bulunan kişileri, işkencenin yasaklanması konusunda eğitime ve bilgi vermekle (m.11), işkence iddialarının soruşturulmasını sağlamakla (m.12) yükümlü kılmaktadır.

İşkence altında tespit edilen ifade, işkence yapmakla suçlanan kişi aleyhine delil olarak kullanılma dışında, herhangi bir soruşturmada delil olarak kullanılamayacaktır (m.15).

Taraf devletler, işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsanî veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin, bir kamu görevlisi tarafından veya onun teşviki, açık ya da örtülü onayı ile veya resmi sıfatıyla hareket eden bir başka kişi tarafından işlenmesini de önleyeceklerdir (m.16).

Sözleşme ayrıca, uluslararası bir denetim mekanizması olarak "işkencenin önlenmesi komitesi" kurulmasını öngörmektedir (m.17 vd.). Komite, bir taraf ülkede sistematik işkence uygulandığı konusunda inandırıcı bilgi aldığı anda, gizli soruşturma yaparak rapor hazırlayacaktır. Soruşturma çerçevesinde ilgili devletin ziyaret edilmesi de mümkündür (m.20).

Komite on uzmandan oluşmaktadır. Bu uzmanlar, taraf devletlerce, hakça coğrafi dağılım ile hukuki deneyimi olan kişilerin komiteye katılmasının yararı göz önünde tutularak iki sene için seçilmektedir (m.17, 18).

<sup>3</sup> Resmi Gazete 29.4.1988 No.19799.

#### 4) İşkencenin ve Gayriinsanî ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

1987 Tarihli 23 maddelik bu sözleşme Türkiye tarafından 1988'de onaylanmış ve yürürlüğe konulmuştur<sup>4</sup>.

Bu sözleşme, tanım vermemekle birlikte, kötü davranış ve küçültücü cezaları yasaklamış ve bir denetim sistemi kurmuştur. Denetim, sözleşmeyle kurulan "komite" tarafından gerçekleştirilecektir (m.1). Komitenin görevi, gerekli gördüğü hallerde, dilediği yerlere ziyaretler düzenleyip sözleşmeye aykırılıkları yerinde denetlemek ve kötü muameleyle karşı karşıya kalan kişilerin işkence ve insanlık dışı davranış veya cezalardan korunması konusunda tedbirler önermektir (m.9 vd.).

Komite tarafların sayısına eşit sayıda üyeden oluşmaktadır. Üyeler, Avrupa konseyi parlamenter meclisi bürosu tarafından hazırlanacak isim listesinden Avrupa konseyi bakanlar komitesi tarafından mutlak çoğunlukla, dört yıl için seçilmektedir. Tarafların, meclisteki heyetlerinin en az ikisi kendi vatandaşı olan üç aday gösterme yetkisi vardır (m.4, 5). Ülkelere ziyaret, en az iki komite üyesi tarafından yapılmaktadır (m.7).

#### IV. İşkence Yasağı

İşkence yasağına uluslararası sözleşmelerde yer verildiği gibi; Anayasa'da da (m.17) değinilmiştir. Türk Ceza Kanununda işkence suç olarak düzenlenmiştir (m.243). Burada işkenceye karşı birleşmiş milletler sözleşmesine göre işkencenin ne olduğu ve insan hakları mahkemesinin işkenceye bakış açısı ele alınacak ve ayrıca işkenceyi önleme komitesinin Türkiye raporundan söz edilecektir.

##### 1) Tanım

İşkence yapmak suçtur. Hiç bir amaç işkenceye başvurulmasını haklı gösteremez. Ceza muhakemesinde sanığın susma hakkı vardır. İfade tespiti veya sorguya başlarken önce kişiye ne ile suçlandığı bildirilerek, bu konuda cevap vermek isteyip istemediğinin sorulması gerekir (CMUK m.135/1). Yani şüpheli veya sanık, konuşmak mecburiyetinde değildir. Bunun aksini kabul etmek, işkenceye izin vermek anlamına gelir.

İşkenceye karşı 1975 tarihli birleşmiş milletler sözleşmesine göre işkence, bir insana, kendisinin veya başkasının işlediği ya da işlediğinden şüphe edilen bir fiil nedeniyle, cezalandırılması amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya başka bir nedenle, bir kamu görevlisi veya bu sıfatla

<sup>4</sup> Resmi Gazete 26.2.1988 No.19737.

hareket eden bir başka kişi ya da bunların teşviki veya rızası veya onayıyla üçüncü bir kişi tarafından uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiildir. Bu kavram, yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, cezanın doğasında olan veya arızı olarak meydana gelen acı ve ıstırapı içermez.

İşkencenin sözleşmedeki tanımı, Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş olan işkence suçuna oranla daha geniş kapsamlıdır. Sözleşmenin kanun hükmünde olması nedeniyle (Ay m.90/son), Türk Ceza Kanunundaki tanımın örtülü olarak değiştirildiği kabul edilmelidir<sup>5</sup>.

İşkence tehlikesi, kişinin başka ülkeye geri verilmemesi nedenidir. Bunu takdirde o ülkede insan hakları ihlallerinin bulunup bulunmadığı göz önünde tutulacaktır.

Sözleşmedeki tanıma göre işkence suçunun mağduru, sanık veya henüz sanık sıfatını almamış bir kişi olabilir.

Suçun faili, bir kamu görevlisi veya bu sıfatla hareket eden kişi veya bunların teşviki, rızası ya da onayı ile fiili işleyen diğer kişidir.

Suçun oluşması için, fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren fiiller uygulanması gerekir. İşkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsanî veya küçültücü muamele veya eza gibi fiiller yapılması da yastaktır. Fail, mağdurun kendisinin veya başkasının işlediği veya işlediğinden kuşku duyulan bir fiil sebebiyle cezalandırılması için bilgi veya itiraf elde etmek amacıyla veya ayırım gözetin herhangi bir nedenle hareket etmelidir.

## **2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İşkence Konusundaki İçtihatları**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işkence konusundaki içtihatları şu doğrultudadır:

Mahkemeye göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, "hiç kimse işkenceye, gayriinsanî yahut haysiyet kırıcı cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" (m.3) demekle mutlak bir yasak koymuş, buna hiç bir istisna getirilmesine izin vermemiştir. Hükmün amacı, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumaktır.

Sözleşmenin 3.maddesinde üç basamak vardır: İşkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı muamele. Bunların belli bir ağırlıkta olması gerekir. Bunlar arasında nitelik değil, yoğunluk farkı vardır. Her işkence insanlık dışı

---

<sup>5</sup> Türk hukukunda işkence suçunu düzenleyen TCK m.243, (konferans tarihinden sonra) 26.8.1999 gün ve 4449 sayılı yasayla değiştirilmiştir.



ve onur kırıcı olmakla birlikte, her onur kırıcı muamele işkence yahut insanlık dışı muamele olmayabilir. Bu konuda varlığı aranan en az yoğunluk eşiği, her somut olayın özel şartlarına göre (yaş, cinsiyet, sağlık durumu, muamelelenin süresi, ortam, kişideki fiziki veya manevi etkisi) değişkendir.

Yine Divana göre, “onur kırıcı muamele veya ceza, bireyi başkalarının veya kendisinin gözünde küçük düşüren muameledir”. Örneğin, genç suçlulara uygulanan dayak cezası, suçla mücadeledeki olumlu etkisine rağmen onur kırıcıdır. İşlediği bir suç nedeniyle bireye uygulanan ceza (özü itibarıyla 3.maddeye doğrudan doğruya aykırı düşen dayak, teşhir, sürgün dışında) zaten tanımı ve özü itibarıyla bir ölçüde onur kırıcı ve kişiye sıkıntı verici nitelikte olduğundan, 3.maddeye aykırı sayılmaz. Bu gibi durumlarda ancak cezanın yerine getirilme biçimi ve koşulları bakımından 3.maddeye aykırılık söz konusu olabilir

İşkence ile insanlık dışı muamele arasındaki fark, bir ağırlık ve yoğunluk farkıdır. İrlanda/İngiltere davasında Divan “beş teknik” uygulanarak yapılan sorgulamayı, birey üstündeki etkisine bakarak, işkence değil, fakat insanlık dışı muamele olarak nitelemiştir. Divana göre uygulanan teknikler (saniğin dikey şekilde duvara dayanmış olarak uzun süre ayakta tutulması, sorgulama dışındaki sürede başına koyu renk torba geçirilmesi, sorgu öncesinde kuvvetli düdük sesi altında tutulması, uyumasına engel olunması ve yiyecek içecek kısıtlaması) buna maruz kalan kişilerde gerçek bir hasara neden olmasa bile, kendilerine önemli ölçüde maddi ve manevi acı vermiştir. Komisyon ise, beş teknik uygulamasının işkence olduğu kanaatindedir.

Yasak davranışların mutlaka maddi kuvvet ve şiddet içermesi gerekmez. Bu kavramlar, her türlü manevi ıstırapı da kapsar. Örneğin, Divan, bir ölüm cezası hükümlüsünün bu ceza yerine getirilinceye kadar 6-8 sene gibi uzun süre cezaevinin özel kısmı olan “ölüm koridoru”nda devamlı artan bir kaygı, korku ve gerilim içinde bekletilmesini insanlık dışı bir muamele olarak görmüştür. Böyle bir riskle karşı karşıya bulunan kişinin sözleşmeye taraf bir devlet tarafından, sözleşmeye taraf olmayan bir devlete geri verilmesinde de, geri veren devlet açısından 3.maddeyi ihlal söz konusu olacaktır.

Komisyon, birey üzerinde yapılan bilimsel denemelerin, disiplin cezalarının, ceza ve tutukevlerinde uygulanan hücre hapsinin, zincire vurulmanın, yaşam koşullarının kasten kötüleştirilmesinin ve psikiyatri kliniklerinde rastlanan bazı uygulamaların 3.maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Renk, ırk veya dine dayanan bir ayırım da, duruma göre onur kırıcı bir muamele oluşturabilir.

Öte yandan yine Divana göre, resmi görevlilerin yerleşmiş yönetsel uygulama oluşturmeyen istisnai nitelikteki kötü muameleleri devlete yüklenemez. 3.maddedeki yasaktan devleti sorumlu tutabilmek için, bu tür davranışların bir bütün ya da bir sistem oluşturacak biçimde birbiriyle bağlantılı olarak tekrarlanması ve bir tür geleneksel ve alışılmış duruma gelmiş bulunması ve üst konumundakilerin de bunları önlemek için hiçbir girişimde bulunmayıp, uygulamaya bile bile göz yummuş olması gerekir. Bu maddenin uygulanmasında ispat yükümlülüğünün taraflardan herhangi birine düşmediği, dava dosyasında mevcut bilgi ve unsurların divan tarafından değerlendirilerek bir sonuca varılacağı da, kabul edilen ilkelerdendir.

### 3) Komite Raporu

“İşkence, İnsanlık dışı ve Onur Kırıcı Ceza ve Muamelelerin Önlenmesine İlişkin Avrupa Komitesi” (CPT) 6.12.1996 tarihli Türkiye raporunda şunları belirtmektedir:

Türkiye’de Emniyetçe gözaltına alınan kişilere işkence ve benzeri ağır kötü muamele yapılması yaygındır. Komitenin 1994 yılındaki ziyaretinden sonra, bunları önlemek için Türk makamlarınca çok sayıda karar ve genelge yayınlanmış, ayrıca insan hakları eğitimi ve yetiştirme programları düzenlenmiştir. Ancak yine de işkencelerin devam ettiği yolunda 1996 ziyaretinde açık kanıtlar elde edilmiştir.

Şöyle ki, bu ziyarette, heyetteki adli tabiplerce dört kadın ve üç erkek tutuklu muayene edilmiştir. Bu kişiler İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nün Terörle Mücadele Şubesinde bir süre gözaltında kaldıktan sonra Sakarya Tutukevine gönderilmiştir. Bu kişilerin kollarından bağlı olarak uzun süre askıda kaldıkları iddia edilmiş ve gerçekten iddiaları doğrulayacak biçimde, vücutlarının üst organlarında, askı izleri, bileklerinde ezilme ve enfeksiyon tespit edilmiştir. Muayene edilenlerden ikisi artık düzelmeyecek biçimde iki kolunun kullanma yeteneğini kaybetmiştir.

Ayrıca, İstanbul Emniyet Müdürlüğü B binasında, elektrik şoku uygulamasını kolaylaştırma imkanı sağlayacak bir alet ve kollardan asmada kullanılacak bir malzeme bulunmuştur.

Tüm bunlar, gözaltına alınanlara kötü muamelede bulunulmayacağı güvencesinin işletilmediğini, genelgelerin ve tüm mevzuatın uygulanmadığını göstermektedir. Oysa devlet, kurallara uyulmasını sağlamak zorundadır. Ek genelgeler göndermek yetmez, güvenlik güçlerinin faaliyetleri etkili bir biçimde denetlenmelidir.

Türkiye’de adli tabipler tarafından yapılan muayeneler de kötü muameleye karşı güvence oluşturmamaktadır. Adli tabiplerin hukuki ve fiili bağımı-

sızlığı sağlanmalı, uzmanlık eğitimi verilmelidir. Mevcut sistem, işkence ve kötü muamele ile mücadeleyi daha zor hale getirecek bir sistemdir. Sağlık Bakanlığının bu konuda hazırlayıp gönderdiği genelgelere adli tabiplerin uymadıkları tespit edilmiştir.

Yine Komite raporuna göre çok sayıda tutuklu, kötü muamele gördüklerini savcı önünde söylediklerini, ancak en küçük bir ilgi görmediklerini ileri sürmüşlerdir. Devlet Güvenlik Mahkemelerinde gözaltı süresinin kısaltılması ve avukatla görüşme olanağının sağlanması, işkence ve kötü muameleye karşı bir güvence teşkil edecektir.

#### **V. Türkiye'nin Taraf Olduğu Davalar**

Ocak 1998 tarihi itibarıyla Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru sayısı 1800'dür. Bunlardan 358'i köy yakma ve boşaltmaya, 179'u işkenceye, 86'sı kayıp kişiler ve faili meçhul olaylara ilişkindir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye'nin taraf olduğu bazı davaları burada kısaca gözden geçirmek, Mahkemenin hangi nedenlerle sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğini kabul ettiğini öğrenmemize yarayacaktır.

#### **1) Akdivar Davası (16.7.1996 tarihli karar)**

Diyarbakır'ın Dicle ilçesine bağlı Kelekçi köyü halkı PKK'nın saldırısına uğramış, üç kişi öldürülmüş, üç kişi yaralanmıştır. Bir kaç ay sonra komşu köyde jandarma karakolu tahrip edilerek bir jandarma eri öldürülmüş ve sekizi de yaralanmıştır. Güvenlik güçleri bölgede terörist arama faaliyetine başlamış ve iddiaya göre jandarmalar Kelekçi köyüne saldırarak aralarında şikayetçilerinkilerin de bulunduğu dokuz evi yakmış ve tüm köyü boşaltmışlardır.

Türk hükümeti savunmasında bu iddiaları reddederek, PKK'nın köyü yaktığını, güvenlik güçlerinin söz konusu evlerde sadece arama yaptığını ve 10 Kasım 1992'den sonra tek bir askerin bile köye girmediğini söylemiştir.

Bu olayda Komisyonun eleştirisi, Türk makamlarının olay tarihinde ve daha sonra hiç bir ciddi soruşturma yapmadıklarına ilişkindir. 29 Kasım 1993'de Jandarma, Kelekçi köyündeki olaylar hakkında bir rapor tutmuştur. Ancak DGM'ye sunulan bu rapor üzerine savcılık hiç bir soruşturma başlatmamıştır. Evleri yıkılan köylülerin zararlarının nasıl karşılanacağı konusunda da hiç bir makam yol göstermemiştir. Kaymakama verilen dilekçeler cevapsız kalmıştır. Komisyonun tespitlerine göre, ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurulduktan sonra, Aralık 1994 tarihi itibarıyla soruşturma başlatılmış ve köylüler, neden Komisyona başvurdukları konusunda sorguya çekilmişlerdir. Bu durumda Komisyon, evlerin güvenlik güçleri tarafından yakıldığı sonucuna vararak dosyayı Divana göndermiş, köyün

zorla tahliye ettirildiği konusunda ise yeterli delil bulunmadığını kabul etmiştir.

Olayın Divanda görüşülmesi sırasında Türk hükümetince yapılan iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı kabul görmemiştir. Divan, bu olayda hiç bir tarafsız soruşturma yapılmadığı, delil toplanmadığı gerekçesiyle, iç hukuk yollarının yetersiz ve etkisiz olduğunu, dolayısıyla bundan vazgeçilebileceğini kabul etmiştir.

Sonuçta, sözleşmenin ihlal edildiği, evlerin yakılmasından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğu kabul edilerek Türkiye'nin şikayetçilere tazminat ödemesine karar verilmiştir.

### 2) Mentşe Davası (28.11.1997 tarihli karar)

Bingöl Genç nahiyesi Saggöze (Riz) köyünde Haziran 1993'de güvenlik güçleri tarafından ev yakılması olayı şikayet edilmiştir. Köylüler, kendilerine, teröristlere yardım ettikleri için ceza olarak evlerinin yakılacağı söylenildiğini ileri sürmektedirler. İddiaya göre, köyün bir kısmını, operasyon biterken gelen bir Albay yanmaktan kurtarmıştır. Köylüler, savcılığa başvurmuşlar, ancak Genç savcılığı dava açmama kararı almıştır.

Bu olayda Komisyonun eleştirdiği husus, şikayet ile savcılığın böyle bir olayın gerçekleşmediğine ilişkin kararı vermesinin arasındaki sürenin sadece iki hafta olmasıdır. Komisyona göre, Saggöze köyü ile çevresindeki mezralarda olayla ilgili ulusal düzeyde hiç bir ayrıntılı araştırma yapılmamıştır.

Hükümet iddiaların uydurma olduğu, içi hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunmuşsa da, bunlar kabul edilmemiş ve sonuçta sözleşmenin ihlal edildiğine, Türkiye'nin şikayetçilere tazminat ödemesine karar verilmiştir.

### 3) Aksoy Davası (18.12.1996 tarihli karar)

Bu olayda Z.A. Mardin Kızıltepe ilçesinde 24 Kasım 1992'de polis tarafından gözaltına alındığını ve 14 gün işkenceye uğradığını iddia etmiştir. Bu arada doktora gitmek istemiş, ancak bu isteği reddedilmiştir. 8 Aralık 1992'de adli tabip tarafından muayene edilmiş ve hakkında darp ve cebir izine rastlanmadığına dair tek cümlelik bir rapor hazırlanmıştır. 10 Aralık 1992'de serbest bırakılan Z.A. Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi hastanesine kabul edilmiş, kendisine çift taraflı kol felci teşhisi konulmuştur.

Z.A. ile birlikte gözaltına alınan diğer 11 kişi hakkında dava açılmış, ancak Z.A.hakkında 21.12.1992'de takipsizlik kararı verilmiştir. Komisyona göre, Z.A.nın kötü muamele gördüğü iddiası hakkında Türk mahkemelerinde hukuki veya cezai hiç bir soruşturma yapılmamıştır. Z.A. 20 Mayıs 1993'de

İnsan Hakları Mahkemesine başvurduktan sonra, başvurusunu geri alması için ölümle tehdit edilmiş ve 14 Nisan 1994'deki son tehditten iki gün sonra 16 Nisan 1994'de vurularak öldürülmüştür. Türk hükümeti Z.A.nın öldürülmesinin PKK'nın iç hesaplaşması olduğunu belirtmiştir. Z.A.öldürüldükten sonra şikayeti temsilcisi takip etmiştir.

Hükümet şikayetçinin iç hukuk yollarını tüketmediği itirazını yapmış, ancak Komisyon, gözaltında kötü muamele yapıldığı konusunda hiç bir ipucu ele geçirilemediğinden, savcılığa şikayetin anlamsız olacağını kabul etmiştir.

Şikayetçi, devlet yetkililerinin işkenceyi reddetme politikası güttüklerini ve mağdurların tazminat alması ile sorumluların yargı önüne getirilmesini zorlaştırdıklarını söylemiştir. Örneğin, işkence iddiasında, yaraların gerçek niteliğini gösteren adli tıp raporu almanın imkansız olduğu, çünkü adli tıp kurumu hekimlerinin baskı altında bulunduğu, tehdit edildikleri iddia edilmiştir. Ayrıca, soruşturmalar önyargılı ve etkisiz yürütüldüğünden, şikayetçi iç hukuk yollarını tüketmemiştir. Buna rağmen şikayetçi savcılığa başvurarak işkence gördüğünü söylemiştir. Zaten şikayetçinin ellerini doğru düzgün kullanamadığını savcılık da görmüştür. Buna rağmen savcılığın hiç bir soruşturma yapmamış olması, ceza davası açmaya mahal görmediği anlamına gelmektedir. Oysa şikayetçi, sorgulamada gözlerinin bağlandığını, bunun yönünü kaybetmesi sonucunu doğurduğunu, kollarının arkadan bağlanarak asıldığını (filistin askısı), elektrik şoku verildiğini ve bu durumun üzerine su atılarak şiddetlendirildiğini, tokat, dayak ve sözle tacize maruz kaldığını iddia etmektedir.

Komisyon şikayetçinin gözaltında kötü muameleye maruz kaldığı görüşündedir. Ancak, savcılık kötü muamele hakkında hiç bir bilgi toplama işlemine girişmemiştir. Komisyona göre, bu koşullar altında iç hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğü aranamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, olayda işkence bulunduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre, Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesinden alınan raporda iki taraflı kol felci teşhisi konulmuş olması, filistin askısına alınmanın belirtisidir. Yine Mahkemeye göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, organize terör ve suç gibi savaşılmaması son derece zor olan durumlarda bile işkenceyi, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı kesin bir dille yasaklamıştır. Sözleşmede ve protokollerde işkence yasağına istisna getirilebileceğine dair hüküm yoktur.

Sonuçta, olayda sözleşmenin ihlal edildiğine ve Türkiye'nin şikayetçi tarafta tazminat ödemesine karar verilmiştir.

**4) Aydın Davası (25.9.1997 tarihli karar)**

Bu olayda iddiaya göre 17 yaşındaki mağdure 29 Haziran 1993'de babası ve yengesi ile birlikte Derik Jandarma Karakoluna götürülmüş, burada gözleri bağlı kalmış, dövülmüş, çıtırçıtır soyulmuş, bir tekerleğe bağlanmış ve üzerine tazyikli su sıkılmıştır. Daha sonra tecavüze uğramış ve 2 Temmuz 1993'de salıverilmiştir. 8 Temmuz 1993'de mağdure Derik savcılığına başvurmuş, şikayette bulunmuş, savcı ifade almış ve devlet hastanesine göndermiştir. Aynı gün şikayetçilerden her biri hakkında rapor verilmiştir. 9 Temmuz ve 17 temmuzda yeni raporlar düzenlenmiştir. Savcılığın sorusu üzerine jandarma, ilgilinin hiç bir zaman gözaltına alınmadığını bildirmiş, savcı da Mardin il idare komisyonuna, şikayeti destekleyecek hiç bir delil bulunmadığını iletmıştır.

Mağdure insan hakları mahkemesine başvurmuş, 28. Kasım 1994 de başvurusu kabul edilmiştir.

Mahkeme, komisyonun konuya ilişkin araştırmalarına göre olayın iddia edildiği gibi cereyan ettiğine kanaat getirmiş ve işkence yasağına ilişkin maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin eleştirdiği hususlar şunlardır: Ulusal makamlar etkili bir soruşturma açtırmamışlar ve olayda işkence yapılıp yapılmadığı, mağdurenin tecavüze uğrayıp uğramadığı konularında yeterli araştırma yapmamışlardır. Savcı görgü tanığı dinlememiş, aile üyelerinin jandarma karakolunda tutulup tutulmadığını araştırmamış, Jandarma görevlilerinin gözaltı söz konusu olmadığı şeklindeki beyanlarıyla yetinmiştir.

Öte yandan, Mahkeme, tıbbi muayenenin ciddi biçimde yapılmadığı, sadece mağdurenin bekaretini kaybedip etmediğinin belirlenmesi amaçlanarak, tıbbi muayenede tecavüz konusunun araştırılmadığı eleştirisinde bulunmuştur.

Sonuçta, sözleşmenin ihlal edildiğine ve Türkiye'nin şikayetçiye tazminat ödemesine karar verilmiştir.

**5) Sur Davası (17.9.1997 tarihli dostane çözüm kararı)**

Dostane çözümle sonuçlanan Sur/Türkiye davasında kuyumcu çırağı A.Sur, bir müşterinin bıraktığı hurda altını eritip kütük haline getirmekle görevlendirildiği sırada bu altına bakır ekleyerek değerini düşürmek suretiyle emniyeti suiistimalden 11 Mayıs 1992'de gözaltına alınmıştır. 12 Mayıs'ta savcılığa gönderilmiş, 13 Mayıs'ta savcılığa başvurarak, gözaltında iken kendisini sopayla ve yumrukla dövüklerini, el ve ayaklarına elektrik vererek kötü muamele ve işkencede bulduklarını söylemiştir. 15 Mayıs'ta Adli Tıp Kurumuna sevk edilen A.Sur'un husyelerinin iki yanında morluk ve

ödem, ellerinin iç kısmında kızartı bulunduğu ve bu yüzden beş gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığına ilişkin rapor verilmiştir. 29 Mayıs'ta savcılık, şikayetçinin sanıkları tanıyamaması nedeniyle takipsizlik kararı vermiştir. Takipsizlik kararına itiraz da reddedilince Sur, İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Bu başvurudan sonra Adalet Bakanlığı 11 Nisan 1994'de yazılı emirle itiraz üzerine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığınca verilen kararı bozmuş ve emniyet görevlileri hakkında kamu davası açılmıştır. Sur'un 100 milyon lira manevi tazminat da istediği bu davada polis memurları delil yetersizliğinden beraat etmiş ve karar onaylanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki yargılamada ise Türk hükümeti dostane çözüm yolunu işleterek, başvuru sahibine yüz bin Fransız Frankı tazminat, avukatına ise on beş bin Frank ücret ödemeyi taahhüt etmiştir.

#### **6) Kararların Değerlendirilmesi**

Türkiye'nin taraf olduğu davalara ilişkin kararlarda dikkati çeken ilk husus, İnsan Hakları Mahkemesinin iç hukuk yolları tüketilmediği halde şikayetleri kabul etmesidir. Bu mahkemenin yargı yetkisi ikincil nitelikte olduğu, kural olarak önce iç hukuktaki başvuru yollarına gidilmesi gerektiği halde, Mahkeme, Akdivar davasında "olaya özgülüğünü" vurguladığı bu istisnayı diğer kararlarında da işletmiştir. Buna gerekçe olarak da soruşturma makamlarının tutumları gösterilmektedir. Bu durumun devam etmesi, bir çok davada İnsan Hakları Mahkemesinin asli yargı yeri niteliğini alarak, Türk mahkemelerinin yerine geçmesi sonucunu doğuracaktır.

Kararlarda dikkati çeken ikinci husus ise, iç hukuk yollarının yapılan haksızlığı gidermeye elverişli olmadığı, yetkili makamların gerekli soruşturma işlemlerini yapmadıklarının, ancak İnsan Hakları Mahkemesine başvurudan sonra harekete geçtiklerinin tekrarlanmasıdır.

Örneğin, Akdivar davasında hiç bir makamın şikayetleri ciddiye almadığı, yetkili makamın hangisi olduğunu göstermediği ve tarafsız soruşturma yapılarak delil toplanmadığı belirtilmiştir.

Menteş davasında, ayrıntılı araştırma yapılmaksızın savcılıkça iki hafta içinde böyle bir olayın gerçekleşmediği kararının verilmesi eleştirilmiştir.

Aksoy davasında ise, işkence iddiası hakkında Türk makamlarının hukuki veya cezai hiç bir soruşturma açmadıkları, işkence gören kişinin sakatlığı gözle görülebilecek kadar belirgin olduğu halde, Türk hukuk sisteminde soruşturma yapma görevine sahip bulunan savcının, bu sakatlığın nedenlerini ve boyutunu araştırmadığına değinilmiş; Olayda verilen adli tıp raporunda

sadece, “muayene sonucunda darp ve cebir izine rastlanmadığı”nın yazılmış olması eleştirilmiştir.

Aydın davasında, ilgili makamlarca, işkence yapıp yapılmadığı ve şikayetçinin tecavüze uğrayıp uğramadığının belirlenmesi konularında son derece yetersiz soruşturma yapıldığına işaret edilmektedir. Mahkemeye göre, savcı tanık dinlememiş, aile üyelerinin, iddia edildiği üzere jandarma karakolunda tutulup tutulmadığını araştırmamış, sadece jandarma görevlilerinin “Aydın ailesinin gözaltına alınmadığı” beyanıyla yetinmiştir. Öte yandan, savcı tarafından yapılması emredilen tıbbi muayene, olayın ciddiyetinin gerektirdiği biçimde, dürüstçe yapılmamıştır. Muayene tecavüzü belirleme amaçlı değil, bekaretin kaybedilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik olmuştur. Şikayetçinin, tecavüz kurbanlarının gösterdiği psikolojik davranışlar içerisinde olup olmadığı araştırılmamış, tıp uzmanları tarafından gerekli inceleme yapılmamıştır. Tüm bu tespitler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhinde kararlar vermesinin gerekçeleri olmuştur.

#### **VI) Dava Dosyalarının İncelenmesi**

İnsan Hakları Mahkemesi, birçok olayda, bir suç işlediği izlenimini veren bulgular olduğu halde soruşturma açılmadığı, açılrsa bile etkili bir biçimde yürütülmediği, belgelerin çeşitli soruşturma mercileri arasında dolaşarak zaman içerisinde anlamını yitirdiği gerekçeleriyle Türkiye aleyhine karar vermiştir. Sözgelimi, dosyalarda yer alan raporlarda darp izleri için kullanılan “iki günde iyileşir” “iş ve güçten alkoymaz” gibi ifadeler sanıklar hakkında takipsizlik ya da beraat kararı verilmesi sonucunu doğurmakta, ancak İnsan Hakları Mahkemesinde işkence ve gayriinsanî muamele görüldüğü yolunda değerlendirilmektedir.

Gerçekten, İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurulara ilişkin dosyaların incelenmesi, soruşturma işlemlerinin son derece yüzeysel ve amaca uygun olmayan biçimde yürütüldüğünü ortaya koymaktadır. Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimlerinden A. Kaya tarafından bu dosyaların özellikleri şöyle belirtilmektedir:

1) Suçların soruşturulmasında modern teknik ve metotlar kullanılmamaktadır. Genellikle dosyalarda sadece olay tespit tutanakları, arama ve ifade tutanakları bulunmaktadır. Bu işlemler de son derece özensizdir, çelişkili ve birbirini çürüten ifadeler içermektedir.

2) Çelişkili konular tanıklara, tutanak düzenleyenlere açıklattırılmakta, olay yeri krokilerindeki çelişkiler soruşturma makamlarınca giderilmeye çalışılmamaktadır.



3) Hiç bir soruşturma dosyasında parmak izi incelemesi, gen karşılaştırması, kan lekesinin cinsi ve grubunun tespiti işlemi yoktur.

4) Hiç bir dosyada olay yeri fotoğrafı veya ölçekli kroki yoktur. Boş kovanların toplanma yöntemi, mermi çekirdeği araması yapılıp yapılmadığı yazılmamıştır.

5) Hiç bir dosyada boş kovan ve çekirdeklerin olay yeri krokisinde yeri işaretlenmemiş, bunların ayrı torbalara konularak saklanması, elbiselerdeki kurşun giriş deliklerinin incelenmesi işlemleri yapılmamıştır.

6) Dosyalardaki otopsi ve ölü muayene tutanakları usulüne uygun değildir. Otopsi yapan hekimlerin yeterli deneyim ve bilgiden yoksun oldukları hemen anlaşılmaktadır.

7) Yeterli otopsi yapamamanın eksikliği örneğin renkli fotoğraf çekilerek giderilmemektedir.

8) Otopsi veya ölü muayene tutanaklarında incelemenin başlama saati, ölü morluğu ve katılığının oluşup oluşmadığı, cesedin bulunduğu yer ve konumu, çevre koşulları üzerindeki elbiselerin tarifi, cesetteki yaraların uzak, yakın veya bitişik atış sonucu mu olduğu konuları yazılmamaktadır.

9) Adli raporlar genellikle ayrıntı içermemekte, “vücudunda darp ve cebir asarına rastlanmadı” biçiminde genel ifadelerle yetinilmektedir.

10) Savcılıklardan adli tabipliklere yazılan müzekerelerde ne için muayene istendiği ve olayın özeti yer almamaktadır.

11) Terörle mücadele kapsamındaki çatışmalarda silah kullanan güvenlik görevlisinin, mevzuata uygun hareket edip etmediği araştırılmamaktadır.

## **VII) Sonuç**

Buraya kadar anlatılanlardan çıkan sonuç şudur: Soruşturmaların disiplinli ve ayrıntılı bir biçimde yapılması sağlanmadığı sürece Türkiye’de insan hakları ihlallerini en aza indirmek mümkün olmayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhindeki kararlarında sürekli savcıların gerekli incelemeyi yapmadıkları, delil toplamadıkları, adli tıp raporlarının yeterli olmadığı tekrarlanmaktadır. Kararlarda sık sık vurgulanan konu, terörle mücadele ederken de insan haklarına saygılı olmak gerektiğidir.

İnsan hakları ideale yaklaşmak, ihlalleri önlemek için soruşturma sisteminizin yenilenmesi ve insan haklarını ihlal edenlerin bağışlanmayıp mutlaka yargılanması gerekmektedir.

Adli makamlar işkence olaylarının üzerine gitmeli, kayıtsız kalmamalı, gerekli araştırmayı yapmalıdır. Soruşturma işlemlerini yürütme yöntemi

yeniden yapılandırılmalı, örneğin İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalının 162 soruluk suç analiz formu Türkiye genelinde kullanılmalıdır. Bilirkişi konumunda olan adli tabipler tarafsız ve objektif raporlar vermeli, bunun için gerekli bilgi ve deneyimi kazanmaları sağlanmalıdır. 1 Ekim 1998 tarihli “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği”nin öngördüğü personel eğitimi (m.29) bir an önce gerçekleştirilmelidir.

Kuşkusuz bazı olaylarda, soruşturma işlemleri yeteri kadar özenli yapılırsa da failleri belirlemek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, mağdurun korunmasını, zararının en süratli biçimde tazminini devletin üstleneceği bir sistem oluşturulmalıdır.

Türkiye'nin saygınlığının azalmaması için insan hakları ihlallerini gizlemek doğru bir yöntem değildir. Önemli olan, ülkede gerçekten insan haklarının ihlal edilmemesini sağlamaktır. Bu amaçla suçluları cezalandırmak kadar, insan hak ve özgürlükleri kavramlarını toplumun hukuk bilincine yerleştirmek için de çaba gösterilmelidir. Bu bilince sahip olunduğu zaman, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin yazılı hukuk kuralları da daha etkili biçimde uygulanabilecektir. Unutulmamalıdır ki, ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun değil, sadece insan onuruna ve hukuka saygılı biçimde ortaya çıkarılmasıdır.

#### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Artuk, E., “Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı”, *Argumentum* 2 (Eylül 1990), 1-6.
- Akıllıoğlu, T., “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, X-XI (1988-89), 17-64.
- Bayraktar, K., “İşkenceyi Önlemenin Yolları”, *Bülent Davran'a Armağan*, İstanbul 1998, 185-190.
- Batum, S., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, İstanbul 1996.
- Demirbaş, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 1992.
- Dönmezer, S., “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye'deki Durumu”, *İnsan Hakları ve Yargı Sorunlar ve Çözümler* 14-15 Mayıs 1998 Antalya Semineri, Ankara 1998, 21-30.
- Frowein/Peukert *Europäische Menschenrechtskonvention*, EMRK Kommentar, Keehl Strasburg Arlington 1996.

- Gemalmaz, M.S., *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul 1997.
- Gölcüklü/Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994.
- Kaya, A., “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesiyle İlgili Çalışmalarda Karşılaşılan Güçlükler”, *İnsan Hakları ve Yargı Sorunlar ve Çözümler 14-15 1998 Antalya Semineri*, Ankara 1998, 88-109.
- Korkusuz ,M.R., *Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul 1998.
- Kunter/Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dahı olarak Ceza Muhakemesi*, İstanbul 1998.
- Nuhoglu, A., “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, Prof.Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, 527 vd.
- Özgen, E., “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2 (1988)*, 208-233.
- Tanör, B., *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1994.
- Tezcan, D., “Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İrdelenmesi”, *İnsan Hakları ve Yargı Sorunlar ve Çözümler 14-15 Mayıs 1998 Antalya Semineri*, Ankara 1998, 54-87.
- Ünal, Ş., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Akdivar ve Diğerleri/Türkiye Olayına İlişkin 16 Aralık 1996 Tarihli Kararı”, *Yargıtay Dergisi XXIII, 1-2 Ocak-Nisan 1997*), 203-212.
- Ünal, Ş., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aksoy / Türkiye Davasına İlişkin 18 Aralık 1996 Tarihli Kararı”, *Yargıtay Dergisi XXIII, 3 (Temmuz 1997)*, 372-384.
- Ünal, Ş., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aydın / Türkiye Davasına İlişkin 25 Eylül 1997 Tarihli Kararı”, *Yargıtay Dergisi XXIV, 1-2 (Ocak-Nisan 1998)*, 209-212.
- Yıldırım, K., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması*, İstanbul 1997.



## TÜRK CEZA KANUNU'NUN 312/II. MADDESİNİN MEVCUT HALİYLE MUHAFAZASI ÜZERİNE

*Doç. Dr. Ersan ŞEN\**

Madde metnine göre, halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse cezalandırılır. Bu tahrik, kamunun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde, faile verilecek ceza fazlalaştırılır.

Suçta tahriki düzenleyen madde metni, suçun unsurlarına açık ve anlaşılabilir bir şekilde yer vermediğinden, keyfi uygulamaya sebebiyet verdiğinden, düşünce açıklama hürriyeti ile bilimsel araştırmaların yapılmasını ve açıklanmasını engellediğinden ve muhtemel tehlike suçunu düzenlediğinden bahisle eleştirilmekte, kaldırılması veya en azından değiştirilmesi önerilmektedir.

Öncelikle madde metninin düzenlediği ve suç sayılan fiilin koruduğu hukuki yararı ve unsurları incelemek, ortaya çıkan sonuca göre açıklamada bulunmakta fayda vardır.

Ceza hukuku, sırf toplumda düzenin olması amacıyla düzeni sağlamaz, aksine kişilerin, anayasal güvence altındaki temel hak ve hürriyetlerini kullanabilmeleri ve bu hak ve hürriyetlerin geliştirilebilmesi amacıyla düzeni sağlar. Bir başka ifadeyle, yasakçı ve cezalandırıcı gibi gözükse de ceza hukuku, esasında kişilere huzur verme ve rahatça davranabilme imkanı sağlar. Elbette kişiler için bu imkan, hukuk kurallarıyla belirlenmiş sınırlar içerisinde mümkündür. Herkesin dilediğini yapabilmesi ve başkalarının temel hak ve hürriyetlerine tecavüze yol açabilecek davranışlarına izin verilmesi gibi bir durumun, “hukuk devleti” ilkesi kapsamında barınabilmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine uyulmak kaydıyla öngörülen emredici normlara herkes uymak zorundadır. İşte bu uymanın karşılığında, toplumda huzur ve düzen sağlanabilir ve davranışlarının serbestliğindeki sınırları bilen bireyler temel hak ve hürriyetlerini kullanabilirler.

---

\* İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku Öğretim Üyesi

Hukuk devleti olmanın belli başlı genel ölçütleri vardır:

Devletin organlarıyla birlikte yürürlükteki hukuk kurallarına önce kendisinin bağlı olması,

Yürürlükteki hukuk kurallarının kağıt üzerinde yazılı kalmayıp, herkese eşit olarak uygulanması,

Yürürlükteki hukuk kurallarının anlaşılabilir olması, yasakçı zihniyetten ziyade kamunun ve bireyin menfaatlerini koruyucu amaçlara hizmet etmesi,

Bağımsız yargının sağlanması, devlet dahil sadece şekli olarak değil, gerçek anlamda kararlarına herkesin uyması ve bu kararların uygulanmasının takip edilmesi,

Toplum düzeninin, kişi hak ve hürriyetlerinin kullanılabilir halde tutulması, korunması, haksız saldırıların önlenmesi ve faillerinin ayırım yapılmaksızın cezalandırılması.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, yasama organı ceza hukukunun emredici normları vasıtasıyla kanunlar ortaya koyar, bu noktada yürütme organı olan cumhuriyet savcıları ve zabıta kanunlarda öngörülen emir ve yasakları ihlal edenlerin takibini yapar, yargı organı da eğer normun ihlal edildiği sonucuna varır ise, failer hakkında cezaya hükmeder. Bu süreç, keyfi olmayan, duyulan toplumsal ihtiyaca cevap veren bir süreçtir. Ülkemizde TCK'nun 312. maddesinin II. fıkrasına ihtiyaç duyulmuş ve duyulan bu ihtiyaç nedeniyle bazı kesimlerce eleştirilse dahi bugüne kadar yaşayabilmiştir. Bu ceza normunu, sırf otoritenin baskısı ve kişi hak ve hürriyetlerini engelleyici, bu kapsamda düşünce açıklama hürriyetini sınırlayıcı bir madde olarak görmek ve anlamak doğru değildir.

Madde hükmünün, bir tehlike suçunu düzenlediği, yani zarar ortaya çıkmadan önleyici amaç taşıdığı ve koruduğu hukuki yararın da, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma, kişi hürriyeti ve güvenliğini sağlama, düşünce açıklama, din ve vicdan özgürlüğünün korunması olduğu aşıkardır. Temelde ise, kamu düzeninin bozulmaması ve bu sayede kişilerin biraz önce belirttiğimiz hak ve hürriyetlerinin korunması esas alınmıştır. Madde hükmü, 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ortaya konulan ve "eşitlik" ilkesini, yani "ayırımcılık yasağı" nı korumakta ve "eşitlik" ilkesine bireylerin de saygılı olmasını sağlamaya çalışmaktadır. Madde, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetmek suretiyle kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimseyi cezalandırmaktadır. Örneğin, "din ayırımı yaparak halkı Hristiyanlara karşı kötülük yapmaya açıkça tahrik etmek" veya "bölge farklılığı gözetmek sure-

tiyle B bölgesinden olanların asalak olduğunu ve ortadan kaldırılmaları gerektiğini söylemek” gibi fiiller, madde kapsamında cezalandırılabilirler. Bunun dışında sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilse bile, halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmediği açıklamalardan dolayı kimsenin cezai sorumluluğu olmayacaktır. 312. maddenin II. fıkrasında yasak kapsamına alınan fiil, halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesi ve bunun da sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek yapılmasıdır. Madde, kişileri, dinleri, mezhepleri korumakta, bölgeler arasında ayırım yapılmamasını sağlamayı amaçlamaktadır.

312. maddenin II. fıkrasında, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek ayırımın yapılmış olması aranmıştır. Maddenin ayırım için kabul ettiği kavramlar, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde öngörülen “ayırım yasağı” kapsamına göre dar ele alınmıştır. Kanaatimizce, 312/II. maddesindeki “ayırım yasağı” kapsamını genişletmek, 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki kavramları da güvenceye alan düzenleme yapmak gerekmektedir. Dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olmak, mülkiyet gibi kavramlar da 312/II. maddesinde öngörülen suç kapsamına alınmalı ve kişiler arasında bu hususlardan herhangi birisi nedeniyle ayırım yapılması müeyyide ile desteklenmek suretiyle yasaklanmalıdır. Maddenin bu şekilde geniş tutulması, korunmak istenen hukuki yarar açısından daha faydalı olacaktır.

Düşünce açıklama hürriyeti ve sınırları için, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile 1982 Anayasası'nın muhtelif hükümlerini dikkate almak gerekir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafı uyarınca ifade özgürlüğü, milli güvenlik, ülke bütünlüğü ve kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi gibi nedenlerle demokratik bir toplumda gerekli olan somut durumlarda kanunla sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası'nın 10., 13., 14., 17., 19., 26., 28. maddeleri, TCK'nun 312/II. maddesinin dayanakları arasında yer alırlar.

TCK'nun 312/II. maddesi, düşünce açıklama hürriyetini sınırladığı, maddede düzenlenen suçun unsurlarının açık olmadığı ve keyfi kullanıldığı için eleştirilmektedir.

Kanaatimizce, madde hükmünde suçun unsurları açık bir şekilde gösterilmiş ve hangi fiilin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suçun maddi ve manevi unsurları öngörülmüştür. Maddede, yargı makamını keyfi davranmaya ve bu madde kapsamına girmeyen fiilleri de cezalandırmaya imkan verebilecek bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buradaki sorun, düşünce açıklama hürriyeti-

nin sınırlandırılması gerekip gerekmediği veya sınırının ne olacağının tespiti-  
tidir. Kimilerine göre düşünce açıklama hürriyeti sınırsız olmalı, eyleme  
düşünmesi şartıyla cebir ve şiddeti çağrıştıran ve hatta kamu düzenini bozma  
çağrısıyla yapılan açıklamaların, sistemi veya kişileri eleştiriyi aşan ve haka-  
ret teşkil eden ifadelerin serbest olması gerekmektedir. Bu anlayışı kabul  
edecek olursak, hakaret ve sövme suçlarını, kanunun suç saydığı bir fiilin  
işlenmesinin övülmesini de uygun görmek gerekir, çünkü mantık aynıdır,  
henüz eyleme dönüşmemiş olan düşünce açıklamalarının kimseye bir zararı  
olmadığı gibi, kamu düzenini bozan bir tarafı da yoktur! Örneğin, bireyin  
kişilik haklarını hiçe sayarak annesine küfredebilme, ona hırsız diyebilme  
veya adam öldürme suçunun iyi olduğunu ve hatta A ırkından olanların öldü-  
rülmesinin doğru olacağını ve öldürenin sevap kazanacağını söyleyebilme  
imkanını hukuka uygun saymak söz konusu olacaktır!

Kanaatimizce, eyleme dökülmemiş ve maddi anlamda henüz sonuç do-  
ğurmamış olsa bile, düşünce açıklama da bir fiildir ve kullanımının elbette  
sınırı olmalıdır. Bireye yapılan küfür veya hakaret, onun kişilik haklarına  
saldırıdır, yine ırk ayırımı yapılarak halkın kin ve düşmanlığa tahrik edil-  
mesi, o ırka ve o ırktan olanların kişiliklerine tecavüzdür, kamu düzeninin  
tehlikeye düşürülmesi ve hatta bu düşünce açıklamalarının eyleme dönü-  
mesi ihtimaline binaen bozulması söz konusudur. Devlet, zarar ortaya çıktığı  
anda müdahale eden bir anlayışla asla hareket etmez. Elbette zorunlu olan  
durumlarda, kamu ve bireyler için zarar ortaya çıkmadan, tehlikeli durum-  
larda da önleyici tedbirler alabilir ve faillerinin cezai sorumluluklarını gün-  
deme getirebilir, fakat cezai sorumluluk çizgisi keyfi değildir ve olmamalı-  
dır. Bir başka ifadeyle, sebepsiz yere, sırf otoritenin ve belli bir düşüncenin  
hakimiyeti amacıyla emir ve yasaklar getirilmemelidir. Bununla birlikte,  
“demokratik ortamda her düşünce serbesttir” diyebilmek ve eyleme dönüştü-  
rülmemesi kaydıyla önünü açık tutmak da doğru bir seçim olamaz. İşte bu  
mantıktan yola çıkan 312. maddenin II. fıkrası, kamunun ve bireylerin ko-  
runması amacını taşımaktadır. Bugün getirilen eleştiri, neyin doğru ve neyin  
yanlış olduğuna birilerin karar vermemesi gerektiği ve her şeyin serbestçe  
tartışılabilmesi için söylenebilmesi gerektiği, söz konusu maddenin ise bu  
serbestliği engellediği şeklindedir. Adı geçen madde yasak getirmektedir,  
ama keyfi ve sebepsiz değildir. Toplum halinde yaşayan bireylerin hak ve  
hürriyetleri arasında yer alan düşünce açıklama hürriyetinin de mutlaka bir  
sınırı olmalıdır ve buna da elbette birileri, mevcut sistemde yasama organı  
ihtiyaca göre cevap verecektir. O sınır, başkalarının hak ve hürriyetlerine  
sağlanan ve taahhüt edilen güvenceler ile hak ve hürriyetlere saldırılamama-  
sıdır. Bunun dışında demokrasi demek, herkesin her istediğini yapabilmesi



veya söyleyebilmesi demek değildir. Eleştiri olarak denilebilir ki, “istediğin kadar kısıtlama getir, kişinin içindeki düşünceyi öldüremezsin”. Bu düşünceye göre, herkes adam öldürmeyi, Türk Ceza Kanunu’nda yazılı olan birçok suçu işlemeyi iç dünyasında düşünebilir, fakat yapamaz, eğer yapacak olursa cezalandırılacağını bilir. Bu sebeple, birtakım sözde masum açıklamalarla herkesin her şeyi söyleyebilmesine imkan tanınmaz. Aksi halde, düzenin sağlanması mümkün olamaz.

Bugün yapılan açıklamalara baktığımızda, maddenin yeniden düzenlenmesi önerilmekte, “somut tehlike”, “gerçek ve yakın tehlike”, “cebir ve şiddet çağrısıyla yapılması” gibi maddenin uygulamasını daraltabilecek kelimelerin hükme ilave edilmesi istenilmektedir. Böylece, TCK’nun 312/II. maddesinin keyfi ve geniş uygulamasının önüne geçilebileceği ve düşünce açıklama hürriyetinin önündeki engellerin kalkabileceği ileri sürülmektedir. Düşünmek gerekir, acaba bu ilaveler madde metninin keyfi kullanıldığı iddialarını önleyecek midir veya düşünce açıklama hürriyetinin sınırlarını mı genişletecektir? Cevap, hayır. Bu kelimeleri değerlendirecek ve her somut davada karar verecek olan hakimdir. Maddenin keyfi uygulandığı eleştirisinde bulunanlar, yine aynı eleştirilerine devam edeceklerdir. Madde, zaten bu değişiklikleri kapsayacak açıklıktadır, çünkü maddede düzenlenen cürüm bir “tehlike suçu” olup, suç sayılabilecek bir açıklamanın “tehlike” doğurması şartı, zaten bu cürmün oluşabilmesinde aranan unsurlardan olan maddi ve manevi unsurlar içinde bulunmak zorundadır. Bizce önemli olan, maddenin amacına uygun ve kişiler arasında ayırım yapılmadan uygulanabilmesidir. Bunun haricinde, madde metni toplumun duyduğu ihtiyaç nedeniyle aynı şekilde muhafaza edilmelidir. Hele, şu veya bu sebeple din istismarının fazlaşığı ve birtakım kişilerin farklı amaçlarla siyasallaşmaya çalıştığı bir dönemde, bu maddeyi kaldırmanın veya iyi düşünülmeden değiştirmenin ağır faturasını herkes ödeyecektir. Elbette yasak savunulmaz, mecbur kalındığı için uygulanır ve elbette her şey tartışılmalıdır, fakat sınırı ve düzeyi vardır, o sınırdaki başkalarının hak ve hürriyetleridir.

Tehlike suçunu düzenleyen maddenin (Madde metni dikkate alındığında bizce, hakkında ayırım yapılan sınıf, ırk, din, mezhep veya bölgeye yönelik suç işlendiği, rencide edildikleri ve somut tehlike içine düşürüldükleri kabul edilebilir.), somut tehlike düzenleyen bir suç maddesi haline getirileceği ve bu şekilde madde açıklığının sağlanabileceği fikri ileri sürülmekte ve bunun için de maddede geçen kelimelerin daha somutlaştırılacağı belirtilmektedir. Ceza hukukunda tehlike doğuran suçlar arasında; somut tehlike (belirli), soyut tehlike (genel, yani toplumu tehdit edebilecek) ve muhtemel tehlike (henüz ortada tehlikenin belirtisi bulunmamakta iken) doğuran suçlar ayırımı

yapılır ve bunlardan muhtemel, yani ileride tehlike doğurması söz konusu olabilecek fiillerin suç sayılmaması gerektiği kabul edilir. Bizce de bu ayırım doğru yapılmıştır (Bkz., Ersan ŞEN, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994, s. 144-151). Mevcut haliyle madde, birtakım ayırımlar yaparak halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden kimsenin doğuracağı tehlike ve zararlardan korumak için düzenleme yapmış ve unsurlarını göstermiştir ki, bu duruma soyut tehlike doğuran suç adı verilir. Somut tehlike suçlarında ise, tehlikenin somut olarak birileri için doğmuş olması ve hatta zararın ortaya çıkma aşamasına gelmiş olması gerekir. Bu ayırım nasıl yapılacak ve somut durumda kıstas nasıl ortaya konulacaktır. Düşünelim ki, fail basın yoluyla veya topluluğa hitaben yaptığı birtakım konuşmalarda din veya bölge farklılığı gözetmek suretiyle halkı açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmiş olsun. Örneğin, A dininden olanlar veya B bölgesinden olanların kötü kişiler olduğunu ve A dine inanan insanlar oldukça ülkenin düzelemeyeceğini, bu kişilerin ortadan kaldırılması gerektiği söylenmiş olabilir. Somut tehlike doğuran bir suç tipinde, kamu düzeninin tehlikeye düşmüş olması ve toplumda huzursuzluğun ortaya çıktığının somut şekilde tespit edilmesi gerekir. Örneğin, çevreye karşı işlenen suçlarda yapılan somut tehlike-soyut tehlike ayırımını (her ikisi de suç sayılabilmektedir), 312. maddenin II. fıkrası için yapmaya çalışmak ve sadece somut tehlike halini suç saymaya çalışan ölçütler öngörmek, hem imkansız ve hem de belirsizdir. O zaman bu ölçüt, kime ve neye göre belirlenecektir. Çevreye karşı işlenen suçlar bu ayırma imkan tanımakta, ancak 312/II. maddesinde öngörülen suç bu şekildeki bir ayırma uygun değildir. Halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden ifadelerden, hangisinin kamu düzeni için somut tehlike doğurduğunu belirleyebilmek mümkün olmadığı gibi, devletin bu açıklamalara karşı, “efendim somut tehlike bir ortaya çıksın sonra bakarız” denilebilme lüksü de olamaz. Herkes düşüncelerini açıklarken, başkalarına saygılı olmak ve bireyleri kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden ifadelerden kaçınmak zorundadır.

Somut tehlike doğuran suç haline çevirmek gerektiği gibi bir bahaneyle, maddenin mevcut halinin uygulama alanını daraltmaya çalışmak ve nasıl tespit edileceği belirli olmayan alıntı birtakım ölçütlerle kamu düzenine yönelik tehdidin zarar verme aşamasına gelinceye kadar ayırımcılık yapmak suretiyle halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesine izin vermek, 1982 Anayasası'nın “BAŞLANGIÇ”ında ve devam eden maddelerinde yer alan birlik ve beraberliği tam manasıyla tehlike içine koymak, bu birlik ve beraberliği tartışılır hale getirmek ve hatta kamu düzenini bozabilecek zararların doğmasına rıza göstermek anlamına gelecektir.

Adı geçen madde hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, fakat Yüksek Mahkeme bu talebi reddetmiştir (Anayasa Mahkemesi, 29.01.1964, 1963/193 E., 1964/9 K.-Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 2, Ankara, 1965, s. 46), Yüksek Mahkemeye göre, “davacı partinin suç unsurlarının seçik ve ayrıntılı olarak belirtilmediği, keyfi uygulamaya yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu ve Anayasaya aykırı olduğu yolundaki iddiasının aksine, “cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete (düşmanlığa) tahrik”ten ibaret olan suç unsurları TCK'nun 312. maddesinde açık bir şekilde belli edilmiştir. Bu maddenin Anayasanın teminat altına aldığı temel hakları ortadan kaldırdığı yolundaki iddia yersizdir. Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrike müsaade etmek, vatandaşlar arasında huzur ve ahengin bozulmasını istemek olur. Anayasayı hazırlayanlar, cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrik etmeyi değil, yurttan güven ve düzenin bozulmasına yer verilmemesini istemişlerdir. Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrike müsaade etmeye Anayasanın hiçbir hükmü elverişli değildir. Bu bakımdan da 765 sayılı TCK'nun 312. maddesinde yer alan ve “veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrik”i suç sayan hüküm Anayasaya aykırı olmadığından, buna ilişkin iptal isteğinin reddi gerekir”.

29.01.1964 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, TCK'nun 312. maddesinin değiştirilmesinden önceki dönemde verilmiş bir karardır. Madde metni 1981 yılında 2370 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve maddeden “umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde” ibaresi metinden çıkarılmış ve suçun tamamlanması için halkın kin ve düşmanlığa tahrik edilmesinin yanında, bu tahrikin sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek yapılması unsuru madde metnine eklenmiştir. “Umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde” şartı, suçun kurucu unsuru olmaktan çıkartılmış ve ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Böylece, kamunun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması aranmaksızın, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesi suçun oluşmasında yeterli görülmüş ve kamu emniyeti için tahrikin yapılaş şeklinin tehlikeli olması durumu ağırlatıcı sebep sayılmıştır.

Esasında 312/II. maddenin bütünü, hukuki yarar itibarıyla kamu düzeninin tehlikeye konulmasını, ayırım yapılmasını ve en önemlisi halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesini suç kabul etmiştir. Bizce, ayrıca bir de

kamu güvenliğinin tehlikeye düşürülüp düşürülmediği incelemesi yapılmayacaktır ki, bu tespiti yapmak zaten çok zor ve keyfi olurdu. **Yüksek Mahkemenin kararında önemli olan, iptal talebini reddetmesindeki gerekçedir. O da, birtakım ayırımlar yapmak suretiyle halkı kin ve düşmanlığa tahrike izin vermenin, bireyler arasında huzur ve ahengin bozulmasını istemek olacağı ve bunun da “hukuk devleti” ilkesi, güvenlik ve düzen kavramlarıyla bağdaşmasının mümkün olmayacağıdır.**

# HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMA NEDENİ OLARAK GENEL AHLAK

*Yrd. Doç. Dr. Nihat BULUT\**

## I- GİRİŞ

Ahlak olgusunun gerek bireysel ve gerekse toplumsal yaşamda önemli bir yer ve işleve sahip olduğu bilinmektedir. Ancak olgunun hukuksal alana, özellikle de insan hakları alanına taşınması ve “genel ahlak” biçiminde formüle edilip hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında bir ölçüt ya da neden olarak kullanılması, böyle bir imkanı elinde tutan yasa koyucu ile bu yasaları uygulayan idareye, hak ve özgürlükleri keyfi bir biçimde sınırlama olanağı verebilir.

Kuşkusuz bunun başlıca nedeni, ahlakın kişilere ve çağlara göre değişkenlik göstermesi, dahası ahlak konusunda çeşitli görüşlerin bulunmasıdır<sup>1</sup>. Gerçi ahlak olgusu konusunda ileri sürülen görüşlerin farklılığına karşın, aralarında ortak bir noktanın bulunduğunu, bunun da “ahlaklılık olgusu” olduğunu söylemek mümkündür<sup>2</sup>. Fakat “ahlaklılık” diye bir şey kabul edilse bile, insanın hangi eylemlerinin ahlaka uygun, hangilerinin ahlak dışı olduğu sorunu çözülmüş sayılmaz.

Diğer taraftan hukuk ve ahlakın buyrukları dikkate alındığında, kural olarak ahlakın insandan çok şey istediği görülür<sup>3</sup>. Yani ahlak hukuka göre daha kapsamlı bir alanı düzenlemektedir. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında böylesi geniş ve iddialı bir kavrama dayanılmasının bazı sakıncalara yol açması mümkündür.

---

\* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1 Bedia Akarsu, *Ahlak Öğretileri I Mutluluk Ahlakı*, İÜEF y., İstanbul, 1970, s.1

2 İsmail Kılhoğlu, *Ahlak Hukuk İlişkisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı y., İstanbul, 1988, s.148

3 Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.27

İşte bu sakıncalar, hak ve özgürlükleri sınırlama nedenleri arasında sayılan genel ahlak kavramını ele almayı ve birçok ülke anayasası ile birlikte bizim anayasamıza da giren bu kavramın sınırlarını çizmeyi zorunlu kılmaktadır. Şüphesiz toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarını esas almak ve korumak önemlidir. Ancak bunu yaparken hak ve özgürlükleri gereksiz yere sınırlamamak da aynı derecede önemli sayılmalıdır.

## II- GENEL OLARAK HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ

Şüphesiz genel ahlak kavramının ele alındığı bir çalışmada sağlıklı bir sonuca varabilmek, her şeyden önce, hukuk-ahlak ilişkisine genel hatlarıyla da olsa değinmekle mümkündür. Ne var ki hukuk-ahlak ilişkisi başlı başına önemli ve bir o kadar da karmaşık bir konudur. Bu yüzden konu genel hatlarıyla ele alınacaktır.

### 1- Hukuk-Ahlak Birliği

Öncelikle ifade edilmelidir ki, soruna felsefi açıdan ve ideal anlamda bakıldığında, adalet kavramının ahlaktaki iyi kavramıyla olan bağı dolayısıyla, hukuk ile ahlak arasında bir amaç birliğinin varolduğu görülür. İkisi de "iyi" olanın peşindedir.

Bunun yanında insanlara belli bir biçimde davranmayı buyuran hukuk ile ahlak arasında, bazen konu ve içerik birliği olabilmekte, sözgelimi adam öldürme, hırsızlık ve rüşvet gibi eylemler, hem hukuk hem de ahlak kurallarıyla yasaklanabilmektedir<sup>4</sup>.

Diğer taraftan hukuk, bireylerin ahlaka uygun kararlar verebilmelerine olanak sağlayacak özgür bir ortam hazırlayarak, ahlakın gerçekleşmesinde önemli sayılmaktadır<sup>5</sup>. Bu bağlamda hukuk, sadece bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemekte ve insanın somut vicdani kararlarıyla belirlenecek olan davranış biçimlerini kapsamına almamaktadır. Bu durum, bireylerin özgürce eylemde bulunabilecekleri bir alanı mümkün kılmakta ve hukuk bu alanı koruması altına almaktadır. Bireyler böylece, bu serbest alanda, ahlaka uygun kararlar oluşturma imkanına kavuşmuş olmaktadır<sup>6</sup>.

Öte yandan ahlak da hukuka uygun davranışları destekleyerek, ona yardımcı olabilmektedir. Çünkü hukuka uygun bir davranış, aynı zamanda ahla-

4 Niyazi Öktem, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der y., İstanbul, 1999, s.64

5 Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İÜHF y., İstanbul, 1979, s.82

6 Kılhoğlu, s.328

kın da bir istemidir. Bu çerçevede hukukun yönelmiş olduğu bazı önemli amaçların, ahlakın da amacını oluşturduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten hukukun amacı olan adalet ve onun öngördüğü hukuki düzen, insanların bir arada barış içinde yaşamaları olgusu, ahlaki bir değeri de içermektedir. Bundan dolayı ahlakın adalet, barış ve düzene yönelik hukuka saygı gösterilerek uyulmasını buyurduğu ifade edilebilir<sup>7</sup>.

## **2- Hukuk-Ahlak Ayrılığı**

Hukukla ahlak arasındaki bu birliğe rağmen, ikisi arasında bir ayrım yapmak zorunludur. Bu zorunluluğun temelinde yatan çeşitli nedenler vardır. Bunlardan ilki, hukukun dışa, düşüncenin dış görünümüne, yani davranışlara yönelik olmasına karşın, ahlakın içe, yani iç düşünceye yönelik olmasıdır<sup>8</sup>. Demek ki hukuk ve ahlak insan eylemlerinin değişik yönleriyle ilgilenmektedirler. Bu nedenle hukuka uygun olan bir davranışın, ahlaka uygun olması zorunlu değildir<sup>9</sup>.

Hukuk-ahlak ayrımını zorunlu kılan ikinci neden, ahlakın otonom olması, yürürlük kaynağının içte bulunması ve buna koşut olarak, sorumlu olunan makamın da içte, (vicdan) olması, buna karşın hukukun heteronom olması, dolayısıyla yürürlük kaynağı ve sorumlu olunan makamın dışta (devlet) bulunmasıdır<sup>10</sup>.

Hukuk-ahlak ayrımını zorunlu kılan üçüncü neden ise, hukuk normunun daha belirgin ve sade olmasına karşılık, ahlakın temelde bireysel ve kişiden kişiye ve toplumdan topluma değişen bir nitelik taşıması ve hukuka oranla daha karmaşık bir yapıda bulunmasıdır<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> İbid, s.329. Elbette bu istem ve buyruğu, pozitif hukukun tek tek bütün normlarına uyma yükümlülüğü biçiminde anlamamak gerekir. Pozitif hukuk kuralları bazen ahlakla ilgisi olmayan davranışlara yönelebilir, hatta bazıları ahlak açısından adaletli bir hukukun deyişi olmaktan uzak bulunurlar. Buna göre, hukuka uygun davranışla ilgili ahlaki yükümlülük, tek tek hukuk normlarına uyulmasını değil, bütün eksikliğine rağmen, toplum için ve bununla da bireyin yaşamı için düzenleyici fonksiyonunda ahlaki bir değer taşıdığından ötürü, bütün pozitif hukuka uyulmasını ifade etmektedir. Aral, s.83

<sup>8</sup> Öktem, s.65

<sup>9</sup> Kılıoğlu, s.360. Şüphesiz hukuka uygun bir davranışın ahlaka uygun olmasının zorunlu olmayışı, ideal açıdan bunun aksini savunmaya engel değildir.

<sup>10</sup> Fakat hukukun otonom yanı olduğu gibi (adalet duygusu), ahlakın da heteronom yanının (toplumsal ahlak) bulunduğu söylenebilir. Bkz. Öktem, s.65

<sup>11</sup> Kılıoğlu, s.374

Hukuk-ahlak ilişkisi ile ilgili bu kısa açıklamadan sonra, hukuk ile ahlakın ayrı olmaları ve kendi bağımsızlıklarını korumalarının, insanın kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi açısından kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Çünkü, aksi halde insanın otonomisi ya da heteronomisinin egemenlik kurması tehlikesi baş gösterir. Bu durum ise sonuçta insanın bütünüyle, subjektif bir olguya veya dışında bulunan ve yabancı olan bir iradeye boyun eğmesi anlamına gelir<sup>12</sup>. Zaten tarih de bunun böyle olduğunu göstermiş ve belli bir ahlak anlayışının empoze edilmesi, insanlık için pahalıya mal olmuştur.

Dikkat edilirse buraya kadar sorun daha çok bireysel yönüyle ele alınmıştır. Fakat ahlak olgusuna toplumsal açıdan bakınca da durum çok fazla değişmemektedir. Çünkü toplumsal ahlak, bireylerin yarattığı ortaklaşa değerdir ve temelinde yine bireysel ahlak vardır. Hem toplumsal ahlakın yaptırımını da büyük ölçüde içte, vicdandadır<sup>13</sup>.

Bu noktada çalışmanın konusunu teşkil eden genel ahlak kavramına dönerek, daha baştan, kavramın kamu düzeni ile ilişkilendirilerek, açık bir biçimde tanımlanmasının zorunlu olduğunu söylemek gerekmektedir. Diğer taraftan genel ahlak kavramının insanlara belli bir ahlak anlayışı empoze eden bir kavram olarak anlaşılması da bir zorunluluktur. Aksi takdirde genel ahlak, insan hak ve özgürlüklerini tehlikeli bir duruma sokacak bir biçimde, keyfi olarak kullanılır ve insan haklarını güvenilmez bir duruma sokar<sup>14</sup>.

### III-GENEL AHLAK KAVRAMININ TANIMI, İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRILMASINDAKİ İŞLEVİ ve İÇERİĞİ

#### 1- Genel Ahlak Kavramının Tanımı

Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle genel ahlak deyimi, belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır<sup>15</sup>.

Bu tanıma göre, ahlak kurallarıyla ilgili hareketlerin genel ahlak kavramı içinde değerlendirilmeleri için üç ögenin bulunması gerekmektedir. Birincisi

<sup>12</sup> İbid, s.380

<sup>13</sup> Öktem, s.65

<sup>14</sup> Jacques Mourgeon, İnsan Hakları, (Çeviren Ayşen Ekmekçi-Alev Türker), İletişim y., İstanbul, 1990, s.98

<sup>15</sup> E: 1963/128, K: 1964/8, AMKD,C.I, sy.2, s.38



zaman ögesidir ve bu bağlamda ahlak kurallarının değişebilirliği söz konusudur. İkinci öge, ahlak kurallarıyla ilgili hareketlerin niceliği, yani toplumun büyük çoğunluğunun göz önüne alınmasıdır. Üçüncü öge ise subjektif bir unsur olan benimsenmedir. Buna göre, ahlak kuralları toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olmalıdır<sup>16</sup>.

Aslında bu üç ögeye Anayasa Mahkemesinin tanımından çıkan bir dördüncü öge eklenebilir. Bu, kolayca anlaşılabilirlik ögesidir. Ne var ki, ahlak kavramı gibi genel ahlak kavramı da belirgin olmaktan uzaktır. O halde tanımında geçen "kolayca anlaşılan" ibaresinden ne anlamak gerekmektedir?

Anlaşılın o ki, Anayasa Mahkemesi bu ibareyi kullanarak, her şeyden önce, belli bir anda ve belli bir toplumda bireylerce benimsenen etik düşüncelerin asgarisine, ilk bakışta gözlenebilen temel değerlere dikkat çekmektedir. Öte yandan Yüksek Mahkemenin toplum yapısının manevi yönünü ve etik çatısını deyimleyen genel ahlak kavramını daha açık bir kavram olan kamu düzenine yaklaştırarak belirsizliği önlemek istediği de söylenebilir.

Bütün bu açıklamalardan sonra genel ahlak kavramını şu biçimde tanımlamak yerinde olacaktır. Genel ahlak, belli bir anda ve belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir<sup>17</sup>. Devlet ancak, belli bir zamanda sosyal dengelerin bu kaidelere dayandığını dikkate alarak bunlara uyulmasını isteyebilir<sup>18</sup>. İşte toplumca benimsenen bu kaideler, genel ahlak olarak ifade edilir.

## **2- Genel Ahlakın İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasındaki İşlevi**

Tanımdan da anlaşılacağı gibi genel ahlak, toplumun manevi yönünü, etik çatısını deyimlemektedir. Bu yönüyle de, toplumsal düzenin maddi dayanaklarını kuran kamu düzeninden ayrılmaktadır<sup>19</sup>.

Gerçekten, genel ahlak kavramının bir sınırlama nedeni sayılması, toplumun oluşması ve sağlıklı bir biçimde işleminde salt maddi değerlerin değil, manevi değerlerin de pay sahibi olmasından kaynaklanmaktadır. Kuşkusuz bu doğru bir değerlendirmedir. Fakat toplumun manevi yönüne ilişkin

---

<sup>16</sup> Oktay Uygun, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Rejimi, Kazancı y., İstanbul, 1992, s.131

<sup>17</sup> İbrahim Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, DÜHF y., Diyarbakır, 1989, s.137

<sup>18</sup> Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960, s.1482

<sup>19</sup> Uygun, s.131

olan ahlak, toplumdan topluma değişen bir olgudur, hatta aynı toplumun üyeleri arasında bile farklı ahlak anlayışları olabilmektedir. Dolayısıyla bir sınırlama nedeni olarak ele alındığında, insan hak ve özgürlükleri için tehlike oluşturmaya meyyalıdır. Bu yüzden kamu ahlakını korumak isteyen rejimlerin nadir olduğu söylenmekte ve bu, kamu ahlakı kavramının esnek oluşuna ve iktidara müthiş bir hareket özgürlüğü sağlamasına bağlanmaktadır<sup>20</sup>.

Demek ki, hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusu olduğunda toplumsal düzenin manevi yönüyle ilgilenen genel ahlakın, salt manevi alana çekilmesi, insan hakları rejimi açısından tehlikeli bir durum yaratmaya elverişlidir. Bu yüzden, genel ahlakın korunması ile kamu düzeninin korunması arasında yakın bir ilişki kurmanın kaçınılmaz olduğu söylenebilir<sup>21</sup>.

Çünkü devletin ahlak alanına müdahale etmesi ve belli bir ahlaki sistemi empoze etmesi, hem demokrasiyle hem de insan onuruyla bağdaşmaz. Ahlak, temelde bireylerin manevi yaşamlarına ilişkin bir olgudur. Oysa devlet, bireylerin dış varlıkları (cisimleri) ve maddi yararlarıyla ilgilenir. Bireyler, devlet müdahalesinin bulunmadığı manevi alanda, kendilerini serbestçe geliştirme imkanına sahip olurlar. Kısacası devlet, kişilere manevi alanda davranış kuralları gösteremez. Eğer böyle bir yola girer ve düşünce ve eylemleri ahlak kuralları açısından denetlemeye kalkışırsa, bu insan haklarını kullanamaz bir duruma sokar<sup>22</sup>.

O halde devletin müdahale yetkisi, toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunmasına yönelik olmalıdır. Bu durumda ahlak kuralları devletin müdahale alanına girmeyecek, ancak kamu düzeninin bozulmasına neden olan davranışların önlenmesi yoluna gidilecektir<sup>23</sup>.

Kuşkusuz toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunması gündeme geldiğinde, şu soruyla karşılaşmak mümkündür: Ortak ahlaki değerler neye göre, hangi ölçüt ya da ölçütler dikkate alınarak belirlenecektir?

Denilebilir ki, her toplumda zorunlu olarak belli değerler üzerinde asgari bir uzlaşma vardır ve buna saygı özgürlükleri de etkiler, onlara bazı sınırla-

---

20 Mourgeon, s.91 vd.

21 Uygun, s.131

22 Mourgeon, s.88-89; Onar, s.1481

23 Uygun, s.132

malar getirir<sup>24</sup>. Fakat acaba bu durum, ortak ahlaki değerlerin salt yerel kıstaslara göre değerlendirilmesini mi gerektirir?

Kuşkusuz burada yalnızca yerel ölçütlerin esas alınması söz konusu değildir. Her toplumun korumayı amaçladığı değerler vardır. Fakat özgürlükleri sınırlamada bu değerlere dayanırken, çağdaş kıstaslar da esas alınmalı ve özellikle demokratik hukuk devleti içinde kalınmalıdır<sup>25</sup>. Nitekim bu konuya dikkat çeken Anayasa Mahkemesi, 1964 tarihli bir kararında, genel ahlak ve kamu düzeni terimlerinin nitelikleri, demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde kalınarak belli edilmelidir<sup>26</sup> diyerek bu eğilimi paylaştığını ortaya koymuştur.

Demokratik hukuk devleti olgusunun evrensel bir olgu olduğu dikkate alınarak, genel ahlakın korunması nedenine dayanan sınırlamalarda, uluslararası kıstasların da göz önünde bulundurulmasının gerekli olduğu söylenebilir. Elbette yerel değerleri de hesaba katarak. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genel ahlak ile ilgili bir kararında, Sözleşmeci her devletin, demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında farklı yaklaşımlara sahip olabileceğini kabul ederek, yerel ölçütlere ağırlık verdiğini ortaya koymuştur<sup>27</sup>. Fakat şu da bir gerçektir ki, Mahkemenin devletlere verdiği taktir yetkisi, demokratik toplum gerekleriyle sınırlandırılmıştır.

Demek ki sınırlama yerel ve çağdaş kıstaslar arasında uzlaşma sağlamak suretiyle yapılacaktır. Fakat bu durumda da şöyle bir soru kaçınılmaz gözükmektedir: Acaba genel ahlak ne zaman sınırlama nedeni olabilir?

Yukarıda, sınırlamanın maddi düzeni bozmaya yönelen ahlaki tutumlar karşısında yapılabileceği vurgulanmıştı. Şunu da ilave etmek gerekir ki, kamu düzenini bozmaya yönelen tutum ve davranışlar, ancak ciddi bir tehlike varsa ve bu tehlike mutlaka sınırlamaya konu olabilirler<sup>28</sup>.

Acaba genel ahlak ilkesine dayanarak hak ve özgürlükleri nereye kadar sınırlamak mümkündür? Daha doğrusu bu konuda yapılacak bir sınırlamanın da sınırı var mıdır?

---

<sup>24</sup> İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Afa y., İstanbul, 1994, s.62

<sup>25</sup> Onar, s.1482

<sup>26</sup> E: 1963/128, K: 1964/8, AMKD, C:I sy.2, s.38

<sup>27</sup> Karar için bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları- Avrupa mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi*, Kazancı y., İstanbul, 1994,s.51 vd.

<sup>28</sup> Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF y., İstanbul, 1982, s.155-157; Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, s.137-138

1961 Anayasasının bu konuda, “kanun temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz” hükmünü koyarak, öze dokunma yasağı getirmiş olduğu bilinmektedir. Anayasa Mahkemesi de o dönemde, hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran ve kullanılmaz duruma düşüren sınırlamaları öze dokunma olarak kabul etmiştir<sup>29</sup>.

Buna karşılık 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlükler ile ilgili sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı hükmünü getirmiştir. Anayasa mahkemesi ise, kişinin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını kabul etmiştir<sup>30</sup>.

Bu genel tespitten sonra genel ahlak kavramına bakıldığında, tıpkı diğer sınırlama nedenlerinde olduğu gibi, genel ahlak dolayısıyla yapılacak sınırlamalarda da, temel hakların özüne dokunup, tümüyle kullanılamaz hale getirilme durumunun söz konusu olamayacağı ortadadır. Çünkü böyle bir tutum, anayasanın öngörmüş olduğu demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacaktır<sup>31</sup>.

### 3- Genel Ahlak Kavramının İçeriği

Genel ahlak kavramı birçok ülkenin anayasasına girmiş, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alması dolayısıyla, Sözleşmeye taraf olan devletlerin hepsini ilgilendirir bir duruma gelmiştir. Öyle ise, kavramın içeriğini saptamak kaçınılmazdır.

Hukuki düzenlemeler bazen hangi eylemlerin ahlaka aykırı olduğunu açıkça belirtirler. (kaçırma ve ırza tecavüz gibi...) Böyle bir durumda genellikle sorun çıkmaz. Fakat bazen de soyut olarak genel ahlak deyimi kullanılır ya da bu bağlamda belirlenmesi ve üzerinde uzlaşma sağlanması zor, muğlak kavramlara göndermede bulunulur. (müstehcenlik gibi...) İşte sorun daha çok

---

<sup>29</sup> Bkz. Mehmet Akad-Biherin (Vural) Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der y., İstanbul, 2000, s.242

<sup>30</sup> Bkz. İbid, s.243

<sup>31</sup> Fakat bu noktada şunu da dikkate almak gerekir ki, eğer 1961 Anayasası söz konusu olsaydı, daha değişik bir sonuca varılacak ve “kullanmayı zorlaştırma” da işin içine katılacaktı.

bu ikinci durumda ortaya çıkar. Zaten genel ahlak, uygulamada genellikle müstehcenlik veya muzırlık kavramları dolayısıyla karşımıza çıkmaktadır<sup>32</sup>.

Muzırlık kavramı zararlı olma, zararlı iş veya davranışlarda bulunma diye tanımlanırken<sup>33</sup>, müstehcenlik açık seçik, edebe aykırı ve yakışıksız olma anlamında kullanılmaktadır<sup>34</sup>. Görüldüğü gibi her iki kavram da muğlak bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle yasal düzenlemelere konu olmaları sıkıntılara yol açmaktadır. Gerçekten bu ve benzeri kavramlar üzerinde uzlaşmak güçtür. Çünkü işin içine kişisel yargılar girmektedir. Buradan yola çıkarak, müstehcenlik ve muzırlık kavramlarının anlaşılabilir kılınmasının, bilhassa basın ve düşünce özgürlüğü açısından, zorunlu olduğunu ifade etmek gerekir. Yine de durumun uygulama açısından çok güç olacağını kestirmek zor değildir.

Gerçekten yasalar bu konuda çeşitli kıstaslar getirirler bile, bunlar son tahlilde soyut ve değerlendirmeye açık kalacaktır. O halde bu muğlaklık karşısında ne yapılmalı, nasıl bir çözüm bulunmalıdır? Çözümü bir ölçüde de olsa, Anayasa mahkemesinin Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile ilgili kararındaki felsefede bulmak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, yasanın genel değerlendirmesini yaparken, öncelikle kriminoloji uzmanları ve ceza hukukçularının, ahlak bozucu nitelikteki yayınların çoğalmasının shevi merakları tahrik ederek, gençlerdeki cürmi eğilimleri artıracaklarını ve destekleyeceğini belirttiklerini vurguluyor. Ardından da bu durumda yapılacak şeyin, bir yandan hukuk devleti ilkesine sadık kalarak, demokratik hak ve özgürlükleri (özellikle basın ve düşünce özgürlüğünü) korumak, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan uzak tutmak olduğunu ifade ediyor<sup>35</sup>.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu kararında, öncelikle demokratik hukuk devletine ve onun ayrılmaz parçaları olan basın ve düşünce özgürlüğüne vurgu yapmaktadır. Diğer taraftan, kriminoloji ve ceza hukukunun verilerine de dayanarak, müstehcenlik ile çocukların ve gençlerin suça itilmesi arasında bir ilişki kurarak, bu alanda yapılacak suiistimalleri en aza in-

---

32 Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s.144

33 TDK, *Türkçe Sözlük*, s.1050

34 İbid, s.1060

35 Bkz. *AMKD*, sy., 32, s.71

dirmeyi amaçlamaktadır. Bu noktada Yüksek Mahkemenin, çalışmanın başından beri vurgulanan, genel ahlak-kamu düzeni ilişkisine yaklaştığını söylemek mümkündür.

#### **IV-KARA AVRUPASI ANAYASALARI ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE GENEL AHLAK**

##### **1- Kara Avrupası Anayasalarında Genel Ahlak**

1949 Bonn Anayasası, temel hakları düzenleyen ilk bölümünde, kişinin değeri başlıklı 2. maddesinde herkesin, başkalarının haklarını ihlal etmediği, anayasa düzenine ve ahlak kurallarına karşı gelmediği sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı vardır diyerek, kişiliği geliştirme hakkını ahlak kurallarıyla sınırlamaktadır<sup>36</sup>. Fakat yine aynı anayasanın 19.maddesine göre tüm temel haklarda olduğu gibi, bu hakkın özüne de hiçbir şekilde dokunulmayacaktır<sup>37</sup>.

1947 İtalyan Anayasası ise, 21.maddesinde, herkesin düşüncelerini söz, yazı ve diğer bütün yayım araçlarıyla serbestçe açıklamak hakkına sahip olduğunu belirtip, basının izin veya sansüre tabi tutulamayacağı hükmünü getirdikten sonra, aynı maddenin son fıkrasında, genel ahlak ve adaba aykırı yayınların, tiyatro ve gösterilerin yasak olduğunu hükme bağlamaktadır. Aynı fıkranın son hükmüne göre, kanun bu tür ihlalleri önlemeye ve cezalandırmaya elverişli tedbirleri tespit edecektir<sup>38</sup>.

1958 Fransız Anayasası ise Mourgeon'un ifadesiyle, güvenlik, huzur ve sağlığın korunmasını da kapsayan bir toplum düzenini sürdürmeyi hedefleyen bir polis etkinliğini kabul etmiş, fakat bunun ahlakın korunmasını da kapsadığını belirtmekten kaçınmıştır<sup>39</sup>. Ne var ki, yasal düzeyde Fransa da Kara Avrupası geleneğine uymuş ve gençliğe yönelik müstehcen yayınları cezalandıran yasaklamalar getirerek, özellikle entelektüel hakları ve mümkün olan her türlü düşünce özgürlüğü biçimlerini etkilemiştir<sup>40</sup>.

Bu arada ahlak ya da genel ahlak kavramının başka ülkelerin anayasalarına da girmiş oldukları görülmektedir. Sözgelimi Çin Anayasasının

---

<sup>36</sup> Bkz. Yaşar Gürbüz, *Anayasalar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s.47*

<sup>37</sup> *İbid, s.54*

<sup>38</sup> *İbid, s.132-133*

<sup>39</sup> *Mourgeon, s.97*

<sup>40</sup> *İbid, s.98*

57.maddesine göre, vatandaşlar sosyal ahlaka saygılı olmak zorundadırlar<sup>41</sup>. Yine Rusya Federasyonu Anayasasının 55.madde hükmünce, insan ve vatandaş hakları ve özgürlükler anayasal sistemi, ahlakı, sağlığı, üçüncü kişilerin haklarını ve hukuki yararlarını, devletin güvenliğini korumak ve ülkeyi savunmak gerektiğinde, federal hukuk ile kısıtlanabilecektir<sup>42</sup>.

## **2- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Genel Ahlak**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9.maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, 10.maddesinde ifade özgürlüğünü, 11.maddesinde ise, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü düzenlemektedir.

Bu üç madde çerçevesinde herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne, ifade hürriyetine ve barışçıl amaçlarla toplanma özgürlüğü ile, kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da içeren örgütlenme özgürlüğüne sahiptir. Fakat sözleşme çerçevesinde bu hak ve özgürlükler, doğal olarak, bazı nedenlere dayanılarak sınırlanabilirler. Bunlardan birisi de genel ahlakıdır.

Fakat diğer sınırlama nedenleri gibi genel ahlak da sözleşmeye taraf olan devletlere çok geniş bir taktir yetkisi vermemektedir. Sözleşme, tıpkı ulusal belgelerde olduğu gibi, sınırın sınırlarını saptamıştır. Bu sınır, demokratik toplum düzeninin gerekleridir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinin anlamı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilecektir.

Danimarkalı yazarlar S. Hansen ve J. Jensen tarafından yazılan “Küçük Kırmızı Ders Kitabı” adlı eser, Birleşik Krallıkta yayınlanmış ve Birleşik Krallık Mahkemesi eserin müstehcen olduğu gerekçesiyle el koyma, hak kaybı ve imha kararı vermiştir. Bunun üzerine yayıncı Handyside, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş ve yerel mahkeme kararının ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiliz Müstehcen Yayınlar Yasasına dayanan bu müdahalenin, hukukun öngördüğü bir müdahale olduğunu ve müdahalenin Sözleşmedeki genel ahlakı koruma amacını taşıdığını belirtmiş ve söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması nedeniyle, 10.maddeye aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiştir<sup>43</sup>.

---

41 Gürbüz, s.187

42 Ahsen Coşar, “Rusya Federasyonu Anayasası,” Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s.162-163

43 Kararın özeti için bkz. Doğru, s.51

İfade özgürlüğünü demokratik toplumun ana temellerinden birisi olarak gören mahkeme, bu özgürlüğün 10.maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen bilgi ve düşünceler için değil, devletin ya da nüfusun büyük bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı gelen, rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de uygulanacağını belirtmiş ve bunu çoğulculuğun gereği bulmuştur. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünü kullanan herkesin, kendi durumunun, kullandığı teknik araçların dayandığı alanın ödev ve sorumluluklarını da yükümleneceğini vurgulamıştır<sup>44</sup>.

Bu tespitin ardından kitabın içeriğine geçen Mahkeme, eserin genellikle doğru ve kullanışlı bilgiler kapsadığını ama bazı yerlerde, gelişmesinin çok önemli bir aşamasında bulunan gençlerin, zararlı ergenlik faaliyetlerine alışmaları ve hatta suç fiillerini işlemeleri için teşvik edici biçimde yorumlanabileceğini belirtmekte ve İngiliz yargıçların bunu düşünme hakkına sahip olduklarını vurgulamaktadır<sup>45</sup>. Burada müstehcenlik ile gençlerin suça teşvik edilmesi tehlikesi arasında ilişki kurması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, genel ahlak-kamu düzeni bağlantısını dikkate aldığıнын bir göstergesi sayılabilir.

Daha sonra gençlerin ahlakını korumanın 10.maddeye göre meşru bir amaç olduğunu söyleyen Mahkeme, kitabın Avrupa Konseyine üye olan başka ülkelerde yasaklanmamış olmasını, “ulusal taktir alanı” ve “yasaklar ve cezaların seçilebilirlik özelliği” ilkeleri çerçevesinde açıklamıştır. Mahkeme bu bağlamda, her Sözleşmeci devlete kendi ülkesinin koşulları altında, kendi yaklaşımını belirleme imkanı tanımakta ve her devletin demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında geçerli olan değişik görüşlere sahip olabileceğini kabul etmektedir<sup>46</sup>. Kısacası Mahkeme, devletlerin genel ahlak konusunda farklı yaklaşımlar içinde olmalarını doğal saymakta ve bunu sözleşmeye aykırı bulmamaktadır.

Kuşkusuz genel ahlak konusunda taraf devletlere taktir yetkisi tanıyan Mahkeme, onları demokratik toplum düzeninin gerekleriyle sınırlamakta ve özellikle ifade özgürlüğünün, toplumu ve devleti rahatsız eden düşünceler için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır.

---

44 İbid, s.67

45 İbid, s.68

46 İbid, s.71



## **V- TÜRKİYE'DEKİ DURUM**

1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesinin konuya nasıl baktıkları daha önce ele alınmıştı. Burada önemlerine binaen, sadece Radyo Televizyon Kanunu ve Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa kısaca değinilecektir. Çünkü ilki, düşünce ve ifade özgürlüğüne, ikincisi ise, bireylerin ahlaki yaşamlarına müdahale açısından önem taşımaktadır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları hakkında Kanunun 4.maddesi radyo ve televizyonların uymaları gereken ilkeleri sayarken, toplumun milli ve manevi değerlerine, genel ahlaka, toplum huzuru ve Türk aile yapısına dikkat çekmekte ve yayınların bu ilkelere uygun olmasını öngörmektedir.

Soyut kavramlara dayanılarak yapılan sınırlamaların temel haklar ve özgürlükler açısından ne tür sakıncalar doğurabileceği çalışma boyunca vurgulanmıştı. Burada vurgulanması gereken, söz konusu kanunun, böylesi esnek kavramlara dayanarak, Radyo Televizyon Üst Kuruluna geniş bir taktir yetkisi vermiş olduğudur.

Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa gelince, bu kanun da özellikle 11.maddesi ile, polise ahlaki alana müdahale yetkisi vererek, idarenin kişi özgürlüğünü zedelemesine imkan tanıyabilecek bir düzenleme getirmiştir. Maddeye göre polis, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak, utanç verici ve toplum düzeni açısından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlarda bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı...yapanları herhangi bir müracaat ve şikayet olmasa bile engelleme yetkisine sahiptir.

## **VI-SONUÇ**

Ahlak bireylerin manevi yaşamlarına ilişkin bir kavramdır. Devlet ve hukuk ise bireylerin dış varlıkları ile ilgilenmek durumundadır. Ancak böyle olursa, bireyler kendi ahlaki davranışlarını serbestçe tayin etme ve böylece kişiliklerini özgürce geliştirme imkanına kavuşmuş olurlar.

Ancak ahlaki değerlerin toplumun etik çatısını ifade ettiği ve çok önemli olduğu da bir gerçektir. Bu yüzden söz konusu değerler, genel ahlak biçiminde formüle edilip, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullanılmaktadır. Fakat şunu da dikkate almak gerekir ki, kişiden kişiye, toplumdaki topluma ve zamandan zamana değişen ahlak ilkelerinin bu amaçla kullanılması, yasama organı ile siyasi iktidara geniş bir taktir yetkisi verir niteliktedir. Bu durumun, suiistimale açık bir ortam yaratması ve insan hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürmesi mümkündür.

Sözelimi Anayasa Mahkemesi 1989 yılında, Türk Ceza Kanununun şu anda yürürlükte olmayan 438.maddesi ile ilgili bir kararında, ırza geçme ve kaçırma suçlarında, mağdurun fuhşu meslek edinen kadın olması durumunda, üçte iki ceza indirimini öngören yasa hükmünü, genel ahlak kavramına sığınarak anayasaya uygun bulmuştur<sup>47</sup>.

Başından beri vurgulanmaya çalışılan bu sakıncalar dolayısıyla, birçok anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine giren genel ahlak kavramının ve ulusal ölçekte pek çok yasaya yansıyan ahlaki göndermelerin, insan hak ve özgürlüklerine zarar vermemesi, onun kamu düzenine yakın kılınmasından geçmektedir. Bu çerçevede, sadece toplumun maddi düzenini bozmaya yönelik ahlaki davranışlarda sınırlamaya gidilebilmeli, bu tutum ve davranışlar da ancak, ciddi bir tehlike varsa ve bu tehlike de mutlaka sınırlandırılabilir.

---

<sup>47</sup> E: 1988/4, K: 1989/3, Resmi Gazete: 10.1.1990, sy.20398

# İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASI ÜZERİNE

*Yrd. Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN\**

## GİRİŞ

İdari işlemin geri alınması, bilindiği üzere idari işlemin, onu yapan idare tarafından ortadan kaldırılması yollarından birisidir. Öğretide belli bir teoremin oluşmasına rağmen, yargı yerleri geri alınabilecek işlemler ve bunun süresi konusunda farklı kararlar vermektedir.

Bu çalışmadaki amacımız, idari işlemin geri alınması konusunun bütün yönleriyle ele alınması değil, teorik yönünü kısaca ifade ettikten sonra uygulamadaki bazı tereddütleri dile getirmektir.

## I. GERİ ALMANIN TANIMI ve SONUÇLARI

### A. Tanım

İdari işlemin, o işlemi yapan organ ya da makamın iradesi ile sona ermesi yollarından biri olan geri alma; işlemin yapıldığı tarihten itibaren (ex tunc) ortadan kaldırılması, hukuk aleminden çıkarılması<sup>1</sup> veya bir idari işlemin başka bir idari işlemle hükümsüz hale getirilmesi, yapıldığı tarihten itibaren hukuk alanından silinmesi demektir<sup>2</sup>. Başka bir ifade ile, işlemin yapıldığı tarihten itibaren geçersiz kılınması, yapıldığı tarih ile geri alındığı tarih arasında meydana getirdiği hukuki durumların da geçersiz hale getirilmesinin sağlanmasıdır<sup>3</sup>.

Bu tanımlardan da anlaşılacağı gibi, idari işlemin geri alınması, sonuçları bakımından, o işlemin yargı yerince iptaline benzemektedir<sup>4</sup>. Bu nedenle

---

\* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

1. TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s.5.

2. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 3.Bası, Ankara 1998, s.134.

3. GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s.171.

4. GİRİTLİ İsmet/AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku Dersleri II, İstanbul 1987, s.168.

olmalı ki, öğreti ve uygulamada *idareten iptal*, *geri almak suretiyle iptal*, *iptal şeklinde geri alma* deyimleri kullanılmıştır<sup>5</sup>.

## B. Geri Almanın Etkileri

İfade ettiğimiz gibi, idari işlemin geri alınması, sonuçları bakımından yargı yerince iptale benzediğinden, geri almanın işlemin varlığı, kimliği ve sonuçları üzerindeki etkilerine kısaca değinmekte yarar var.

### 1. İdari İşlemin Varlığı Üzerindeki Etkisi

Geri alma işlemi, iptal kararı gibi sonuç doğurur. Nasıl ki iptal kararı, iptal edilen işlemin, varlığına yapıldığı tarihten itibaren son veriyorsa<sup>6</sup>, geri alma işlemi de, geri alınan işlemin varlığına, yapıldığı tarihten itibaren son verir<sup>7</sup>. Artık geri alınan işlem hukuk aleminden kalkmıştır ve yoktur.

### 2. İdari İşlemin Kimliği Üzerindeki Etkisi

İdari işlemin kimliği özetle, *tek yanlılık*, *kanunilik* ve *icrailik* niteliklerinden oluşmaktadır<sup>8</sup>. Geri alma, geri alınan işlemin varlığına, yapıldığı tarihten itibaren son verdiğine göre, o işlemin yukarıda belirttiğimiz niteliklerine de son vermiş demektir. Başka bir ifade ile işlem hukuken yoktur dolayısıyla ne kanuniliği kalmıştır ne de idare tarafında uygulanabilirliği.

### 3. İdari İşlemin Sonuçları Üzerindeki Etkisi

Geri alma, işlemin varlığına son vermektedir. Bu son verme durumu hangi tarihten itibaren geçerlidir? Geri alma geçmişe etkili midir? Hem öğreti hem de uygulama, geri almanın geçmişe etkili olduğu yani geri alma işleminin, geri alınan işlemin yapıldığı tarihten geçerli olduğu konusunda fikir birliği içindedir<sup>9</sup>. Geri almanın tanımından da zaten bu sonuç çıkmakta-

<sup>5</sup> Bkz. TAN, age., s.3-4; ONAR S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C.I, s.551.

<sup>6</sup> ULER Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları, Ankara 1970, s.25; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 13.Bası, Ankara 2000, s.246; ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2000, s.139.

<sup>7</sup> TAN, age., s.5; GÖZÜBÜYÜK, age., s.187; GİRİTLİ/AKGÜNER, age., s.168.

<sup>8</sup> ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.13,119; ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1998, s.306.

<sup>9</sup> DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.422; GÜNDAY, age., s.134; TAN, age., s.14; GÖZÜBÜYÜK, age., s.191; Danıştay 12.D., E.68/1608, K.72/574, T.24.2.1972, AİD., C.5, sy.3, s.205: "...(İdare) geçmişteki bir işlemini tadil, ıslah ve *ikmal etmek üzere, tesis ettiği yeni işlemini makale şamil ederken...*"; Danıştay 12.D., E.95/2971, K.95/1071, T.26.4.1995, DD.90, s.1217 (onama kararı): "...İdarece yapılan hata ve usulsüzlüklerin düzeltilmesinin tesis edildiği tarihten itibaren... geri alınması..."

dır. Bu nedenle geri alma, idari işlemin geriye yürümezliği ilkesinin<sup>10</sup> istisnasını oluşturmaktadır.

Geçmişe etkililik konusunda üzerinde durulması gereken bir husus, geri alınan işlemin, yürürlükte kaldığı süre içinde meydana getirdiği hukuksal durumların ne olacağıdır. Bu konudaki formül, geri alınan işlemin doğurduğu “*birel ve özgül sonuçların değişmezliği*”<sup>11</sup> veya “*hukuki işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı*”<sup>12</sup> prensibinin kabul edilmesidir. Bu prensibe göre, geri alınan işlemler yürürlükte kaldığı sürede, kişiler lehine korunmaya değer kişisel sonuçlar meydana getirmişse bunlar korunacaktır<sup>13</sup>. Şunu ifade etmek gerekir ki, kişi lehine ortaya çıkan hukuki durumların korunabilmesi için, ilgililerin iyi niyetli olması yani işlemin ilgilinin hilesi veya gerçek dışı beyanı ile yapılmış olmaması gerekmektedir<sup>14</sup>.

Geri alınan geçmişe etkili olması demek, eski halin aynen geri gelmesi demektir. Özellikle hukuka aykırı işlem geri alındığında, geri alınan bu işlem nedeniyle kaybedilen hakların iade edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile, geri alınan işlemin kişiler aleyhine doğurduğu sonuçların giderilmesi gerekmektedir. GÜNDAY bu duruma, idare için “*etkiyi giderme görevi*” ifadesini kullanmaktadır<sup>15</sup>. Örneğin okula kayıt isteminin reddi işleminin geri alınması durumunda, idare etkiyi tamamen gidermek için, ilgiliyi okula kaydetmesi gerekir. Yine öğrenciye hukuka aykırı olarak verilen uzaklaştırma cezasının geri alınması durumunda, etkinin giderilebilmesi girilemeyen sınavlar için ek sınav hakkı verilmesi gerekir. Geri alınan işlem dolayısıyla uğranılan zararların da tazmin edilmesi gerekir.

10 BIYIKLI H. İsmet, “Fransız ve Türk hukuk sistemlerinde idari işlemin geriye yürümezliği ilkesi”, DD.11, 1973, s.36

11 DURAN, age., s.422.

12 TAN, age., s.73.

13 Danıştay 12.D., E.68/1608, K.72/574, T.24.2.1972, AİD., C.5, sy.3, s.205: “...(İdare) geçmişteki bir işlemi tadil, islah ve ikmal etmek üzere, tesis ettiği yeni işlemi makable şamil ederken sosyal ve iktisade güvenliğinin şartı olarak istikrar esaslarına riayet etmekle yükümlüdür...”

14 DİBK., E.66/4, K.71/36, T.2.10.1971, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları II, 1967-1972, s.177: “...İdarenin sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı bir işlemine idare edilenin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa, bu ahvalde idare işgal edilmiş olduğundan, idare edilen için sağlanan hukuki vaziyetler hiçbir zaman müktesep bir hak teşkil etmez...”

15 GÜNDAY, age., s.134.

## II. GERİ ALINABİLECEK İŞLEMLER

Hukuka uygun veya aykırı olan, kişiler hakkında hukuki durumlar meydana getiren veya getirmeyen düzenleyici işlem ile birel işlemin etki ve sonuçları farklı olduğundan, bunların geri alınmasında da farklı ilkeler geçerlidir.

### A. Hukuka Uygun İşlemlerin Geri Alınması

Hukuka uygun fakat hak doğurmayan birel işlemlerin geri alınması: İşlem hukuka uygun olduğuna göre, sırf hak doğurmaması geri alınmasına yeter sebep teşkil etmez. Bu durum olsa olsa kaldırmaya konu olur. Zira kişilerin bu tür işlemlerin muhafazasını talep hakları bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, kişi aleyhine sonuç doğuran, örneğin memuriyetten çıkarma cezası gibi hukuka uygun işlemlerin istisna olarak geri alınabileceği kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

Hukuka uygun hak doğuran birel işlemler: Bu tür işlemler hiçbir zaman geri alınamazlar<sup>18</sup>. Bu kural, işleme hiçbir zaman son verilemez demek değildir. Yasal şartlar gerçekleştiğinde ayrı bir işlemle bu işleme son verilebilir. Örneğin memuriyetten çıkarma suçu işlendiğinde, disiplin cezası ile atama işlemine son verilebilir. Ancak bu durumun yukarıda söz konusu edilen geri alma ile bir ilgisi yoktur, bu bir *karşı-işlemdir*<sup>19</sup>.

Hukuka uygun düzenleyici işlemlere gelince, DURAN geçmişte hiçbir kimse için uygulanabilir duruma gelmemişse geri alınabileceğini, ancak her zaman kaldırmaya konu olabileceğinden, şüpheli durumlardan kaçınmak için geri almaya konu yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>20</sup>. TAN ise, kişilerin düzenleyici işlemlerin muhafazasını isteme yönünde bir kazanılmış haklarının olmadığını, düzenleyici işlemlerin de kişisel haklar doğurabileceğini, dolayısıyla kaldırmaya konu teşkil edebileceğini belirtmektedir<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> TAN, age., s.40, 43.

<sup>17</sup> TAN, age., s.44,46.

<sup>18</sup> TAN, age., s.49, DURAN, age., s.423.

<sup>19</sup> TAN, age., s.49; DURAN, age., s.423.

<sup>20</sup> DURAN, age., s.422.

<sup>21</sup> TAN, age., s.66.

### B. Hukuka Aykırı İşlemlerin Geri Alınması

Geri alma asıl olarak, hukuka aykırı işlemler için söz konusudur. Bu nedendir ki, geri alma, “sakat bir idari kararın , idarenin alacağı başka bir karar ile hükümsüz hale getirilmesi”<sup>22</sup> olarak tanımlanmaktadır<sup>23</sup>.

Burada gündeme gelen önemli bir husus, işlemin geri alınabilmesi için gerekli hukuka aykırılık, yargısal yoldan iptali gerektiren hukuka aykırılıkla aynı derecede mi olmalıdır sorusudur. Soruna iki şekilde yaklaşılabilir. Birincisi, işlemin geri alınabilmesi için, yargısal yoldan iptali gerektirecek bir sakatlığın bulunması gerekir. İkinci yaklaşım göre, geri alma nedeni olan hukuka aykırılık, yargısal yoldan iptali gerektirecek hukuka aykırılıktan daha geniş bir kavramdır<sup>24</sup>. Bu ikinci yaklaşıma göre, işlem yargısal yoldan iptali gerektirecek bir sakatlıkla malül olmasa da, kamu hizmetinin işleyişine zarar verecek durumda ise, başka bir ifade ile hizmetin yürütülmesine elverişli değilse idare bu işlemi geri alabilecektir. Ancak Türk öğretisinde ve uygulamasında konu yeterince tartışılmış değildir. Danıştay’ın bazı kararlarında “*hizmetin icap ve selameti sebebiyle*”<sup>25</sup> veya “*muhtem ve makul sebeplerle*”<sup>26</sup> işlemin geri alınabileceği ifade edilmişse de, bu kavramların neyi ifade ettiği yeterince açıklanmamıştır.

Kanaatimizce, geri almadaki hukuka aykırılığı, yargısal yoldan iptaldeki hukuka aykırılıktan daha geniş yorumlamak gerekir. İdare, kamu hizmetinin yürütülmesine engel olan veya daha iyi yürütülmesi için elverişli olmayan işlemlerini, iptali gerektirecek bir sakatlıkla malül olmasa da geri alabilmelidir.

<sup>22</sup> GÜNDAY, age., s.134; Danıştay 8.D., E.93/2193, K.93/4343, T.22.12.1993, DD.90, s.879: “...İdari işlemlerin hukuka aykırı bulunmaları halinde geri alınmaları mümkündür...”.

<sup>23</sup> Danıştay 8. Dairesi 1991 tarihli bir kararında “*idare işlemini her zaman geri alabilir*” ifadelerini kullanarak, hukuka uygun ya da aykırı işlem farkı gözetmediği gibi bir anlam çıkıyorsa da, olaydan bunun hukuka aykırı işlemler için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Danıştay 8.D., E.89/501, K.91/380, T.4.3.1991, DD.82-83, s.692.

<sup>24</sup> Geniş bilgi için bkz. TAN, age., s.24 vd.

<sup>25</sup> Danıştay 5.D., E.41/22, K.41/1814, T.5.11.1941, DKD.19, s.7: “...İdari tasarrufların tebdili hizmetin icap ve selameti ve tasarrufların kanuna muhalefeti sebebiyle caiz olabilir...”.

<sup>26</sup> Danıştay 3. D., E.67/45, K.67/180, T.18.4.1968, DKD.115-118, s.28: “...İdarenin hatalı olduğunu tespit ettiği işlemini muhtem ve makul sebeplerle her zaman geri alabilir...”.

### III. İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASINDA USUL KURALLARI ve SÜRE

#### A. Geri Alma İşlemi

Hukuka aykırı bir işlemin geri alınması, ikinci bir idari işlemle olmaktadır<sup>27</sup>. Dolayısıyla bu geri alma işleminin de, idari işlemin unsurları bakımından hukuka uygun olması gerekir. Aksi halde bir iptal davasına konu olabilir. Geri alma işleminin unsurlarını şu şekilde özetlemek mümkündür<sup>28</sup>:

*Sebepten:* Hukuka aykırı bir işlemin geri alınması, başka bir idari işlemle olacağından, geri alma işleminin sebep unsurunu, daha önce tesis edilmiş hukuka aykırı işlem oluşturur.

*Konu:* Geri alma işleminin konusu, hukuka aykırı bir işlemin, yapıldığı tarihten itibaren hukuk aleminden kaldırılmasıdır.

*Biçim:* Yasada aksi öngörülmediği müddetçe, geri almada “usulde paralellik” ilkesinin geçerli olacağı genellikle kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Yani geri alınan işlem hangi usulle yapılmışsa, geri alma işlemi de aynı usul ve şekille yapılacaktır. Hatta işlem türünde de (genel düzenleyici, biref işlem) bu kurala uyulmalıdır<sup>30</sup>.

*Yetki:* Hukuka aykırı bir işlemi geri almaya yetkili mercii, kural olarak o işlemi yapan merciidir. Bu “yetkide paralellik” ilkesinin bir gereğidir<sup>31</sup>. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, hiyerarşik denetimde, hiyerarşik denetimin gereği olarak, üst makam, ast makamın hukuka aykırı işlemini geri alabilir.

*Amaç:* İdarenin her faaliyetinde olduğu gibi, geri almada da amaç, kamu yararıdır. Hukuka aykırı bir işlemin hukuk düzeninden çıkarılması, bu işlemin meydana getirdiği haksız durumların giderilmesi kamu yararı gereğidir.

<sup>27</sup> GÜNDAY, age., s.134; TAN, age., s.111.

<sup>28</sup> Geniş bilgi için bkz. GÜNDAY, age., s.134

<sup>29</sup> DURAN, age., s.422; GÜNDAY, age., s.134.

<sup>30</sup> TAN, age., s.115; TAN burada farklı bir yaklaşımı da gündeme getirmektedir. Yazara göre, usul-şekilde paralellik ilkesi, hukuki güven çerçevesinde önem arz etmektedir. Bu ilkenin hiçbir fayda getirmediği durumlarda, ilke ihmal edilebilir.

<sup>31</sup> GÜNDAY, age., s.135; DURAN, age., s.422; Danıştay 5.D., E.74/3888, K.77/4161, T.27.9.1977, DD.28/29, s.348: “...(G)eri alma işleminin yetkili olan makam ve organlarca tesis edilmesi gerekir...Geri almaya yetkili olan makam, şüphesiz o işlemi tesise yetkili olan makam(dır)...Bu nedenle asaletin tasdiki işleminin Belediye Encümenince geri alınması, Belediye Meclisine ait olan yetkinin gasbedilmesidir...”.



## B. Geri Alma İşleminde Süre

### 1. Öğretideki Durum

İdare, hukuka aykırı işlemi hangi süre içinde geri alabilir? Öğretide, idarenin hukuka aykırı işlemi geri almada keyfi olmadığı, *dava açma süresi içinde geri alabileceği* konusunda görüş birliği bulunmaktadır<sup>32</sup>.

Bu görüşün temelini, "hukuki istikrar ve güven ilkesi" oluşturmaktadır. Bilindiği gibi hukukun amaçlarından en önemlisi, toplumda süreklilik ve hukuki güvenliği sağlamaktır. Kişilerin, hukuki durumlarının her an değişeceği endişesi içinde olmamalarını ifade eden istikrar ve güven ilkesi, belli bir süre (dava açma süresi) geçtikten sonra hukuka aykırı işlemin geri alınmasını önlemektedir. Hukuki durumların sonsuza dek tartışılır durumda bırakılması düşünülemez. Nasıl ki, hukuka aykırı işleme karşı dava açma süresinde dava açılmadığında, o işlem hukuka uygun kabul ediliyor ve doğruduğu sonuçlara katlanılmak gerektiği kabul ediliyorsa, dava açma süresi içinde geri alınmayan hukuka aykırı işlemin de geçerli kabul edilmesi, doğruduğu sonuçların korunması ve geri alınmaması gerekir<sup>33</sup>.

Bütün hukuka aykırı işlemlerin geri alınmasında, dava açma süresi mi kabul edilecektir? Bazı işlemler bakımından istisnalar getirilmektedir. Yokluk, açık hata ve ilgilinin hileli davranışı sonucu oluşan işlemlerin geri alınmasında belli bir sürenin ileri sürülemeyeceği, bunların her zaman geri alınabileceği, zira bu tür işlemlerin korunması gereken kişisel sonuçlar doğurmayacağı kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

*Yokluk*<sup>35</sup>: Yokluk, işlemin bir unsurunda görülen çok ağır derecedeki hukuka aykırılığı ya da işlemin esaslı bir unsurdan yoksun olmasını ifade etmektedir. Hangi hallerin işlemi yoklukla malül hale getireceği konusu öğretide tartışmalı ise de, yetki unsuruna ilişkin olarak "*ağır ve açık yetki aşımı*", "*işlemin gaspı*", "*yetki gaspı*" durumunda işlemin yoklukla malül

<sup>32</sup> Bkz. TAN., age., s.116; ONAR, age., s.551; GÖZÜBÜYÜK, age., s.188; DURAN, age., s.426; DURAN Lütfi, "Danıştay'ın 1979 yılı kararları üzerine kısa mülahazalar", AİD, 1980, C.13, sy.2, s.67; GİRİTLİ/AKGÜNER, age., s.170.

<sup>33</sup> TAN, age., s.116; GÖZÜBÜYÜK, age., s.188; Yazarlar Fransız hukukunda, dava açma süresinin kabul edildiğini ifade etmektedirler.

<sup>34</sup> TAN, age., s.74; TAN Turgut, "Danıştay'ımızın iki içtihadı birleştirme kararı üzerine", AİD, C.5, sy.4, s.47; DURAN, age., s.423; DURAN, agm., s.69; GÖZÜBÜYÜK, age., s.188; GÜNDAY, age., s.135; ONAR, age., s.551; GİRİTLİ/AKGÜNER, age., s.170.

<sup>35</sup> Yokluk konusunda geniş bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, age., s.130 vd.

olduğu kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Bu tür işlemlerin hukuki değerden yoksun olduğu, kişiler için haklar ve yükümlülükler doğuramayacağı dolayısıyla idarenin bunları her zaman geri alabileceği ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

Yoklukla malül bir işlemin teknik anlamda bir iptal davasına konu olmayacağı, ancak tespitinin mümkün olacağı kabul edilmektedir<sup>38</sup>. İptal davasına konu olamayan bir işlemin geri almaya konu olması mümkün müdür? Yokluk hukuki bir kavramdır. Hukuken yok olan bir işlem maddi olarak var olabilir. Örneğin, açık ve ağır yetki aşımı sonucu tesis edilen bir işlem, hukuken yok hükmünde olsa da, idare bu işlemi uygulamaya devam ettiği sürece bazı neticeler doğuracağı kuşkusuzdur. Yargısal yoldan yokluğunun tespiti yapılacak kadar ağır bir şekilde hukuka aykırı olan bir işlemin idare tarafından geri alınması da mümkündür<sup>39</sup>.

*Açık hata:* Geri alınabilmesi için belli bir süre şartının aranmadığı işlemlerden birisi de, açık hata ile tesis edilen işlemlerdir. Açık hatanın tanımı konusunda öğretilerde bir açıklık yoktur. Kanunun açıkça yasakladığı bir işin yapılması ve açıkça emrettiği bir işin yapılmamasını açık hata olarak tanımlayabiliriz. Başka bir ifade ile, kanunun herkes tarafından anlaşılacak kadar açık olan hükmüne aykırı şekilde davranılması açık hata halini oluşturur.

*Hile ile elde edilmiş işlemler:* İlgilinin gerçek dışı beyanı veya idareyi aldatması kısaca hileli davranışı sonucu tesis edilen işlemler de ilgilisi bakımından korunmaya değer kişisel sonuçlar doğurmazlar ve her zaman geri alınabilir<sup>40</sup>.

## 2. Yargı Yerlerinin Yaklaşımı

### aa. Yokluk, Açık Hata ve Hileli İşlemler Bakımından

İdari işlemin geri alınmasında süre konusuna ilişkin olarak ilk önemli karar Yargıtay tarafından verilmiştir. Yargıtay'ın 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında, konu idare mahkemesi gibi incelenmiş ve ilke ortaya konmuştur.

<sup>36</sup> ÖZAY, age., s.392; ALİFENDİOĞLU Yılmaz, "Yönetmelik ve Anayasal yargıda yokluk", AİD, C.28, sy.2, s.3.

<sup>37</sup> ERKUT Celal, "İdare hukukunda yokluk teorisi", İHİD-1988, sy.1-3, s.84; DURAN Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s.11.

<sup>38</sup> ERKUT, Yokluk teorisi, s.89; ERKUT, İdari işlemin kimliği, s.152.

<sup>39</sup> TAN, age., s.26.

<sup>40</sup> TAN, age., s.75; DURAN, Ders notları, s.426; GÖZÜBÜYÜK, age., s.188.

"1. Yokluk ile mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi ile sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla, idarenin yanlış şart tasarrufu... ancak iptal süresi... içinde yahut iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar, geriye yürür şekilde geri alınabi(lir),

"2. Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarruf... geriye yürür şekilde geri alınama(z),

"3. Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geri alınması halinde, geri alma gününe kadar doğmuş durumların parasal sonuçları da dahil olmak üzere, hukukten kazanılmış durum olarak kabulü gere(kir),

"4. Bu nedenle yanlış işlemin bu süreler geçtikten sonra geri alınması durumunda, geri alma gününe kadar ödenmiş bulunan fazla paraların (aylıkların) hukukten geçerli bir nedenle ödenmiş bulunduğu kabulü gerekmesi karşısında artık sebepsiz zenginleşme söz konusu olamaz..."<sup>41</sup>.

İdari rejimi kabul etmiş olan ülkemizde, idare hukuku ve idari yargı açısından Danıştay'ın yaklaşımı önem arz etmektedir. Yargıtay'ın bu karardan yaklaşık bir yıl sonra Danıştay da bu konuya ilişkin bir içtihadı birleştirme kararı vermiştir.

"2. İdarenin yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi halinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi ve intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabilir,

"3. Yukarıda belirtilen istisnalar dışında kalan hatalı ödemelerin istirdadının, hatalı ödemenin yapıldığı tarihten başlamak üzere 90 gün içinde kabil(dir) ve 90 günlük süre geçtikten sonra istirdat edile(meز)..."<sup>42</sup>.

Bu iki karardan ortaya çıkan ilk önemli konu yokluk, açık hata ve hile ile elde edilen işlemler her zaman geri alınabilir. Bunlar ilgililer bakımından korunmaya değer kişisel sonuçlar doğurmazlar. Danıştay bu konudaki görüşünü daha sonraki kararlarında da sürdürmüştür<sup>43</sup>.

Yoklukla malül bir işlemin geri alınması durumuna ne idarenin uygulamalarında ne de mahkeme kararlarında rastlayabildik.

Yargı kararlarında çok değişik durumlar açık hata olarak nitelendirilmiştir. Örneğin Danıştay 8. Dairesi, 1981 tarihli bir kararında, ÖSS puanının

<sup>41</sup> YİBK., E.72/6, K.73/2, T.27.1.1973, RG.4.4.1973-14497.

<sup>42</sup> DİBK., E.68/8, K.73/17, T.22.12.1973, RG.14.6.1973-14915.

<sup>43</sup> DİBK., E.87/1,2,4, K.87/2, T.6.7.1987, RG.19.3.1987-19759: "...Yokluk ve mutlak butlan haller ile kişinin gerçek dışı beyan ve hilesinin yanlış işlem tesisine neden olduğu hallerde, idare yanlış işlemi böyle bir süre şartına bağlı kalmaksızın geriye doğru yürür şekilde geri alabilir..."

sözü geçen fakülteye kaydı için yeterli olmamasına rağmen, kaydının yapılmasını açık hata olarak nitelendirmiş ve “*idare hukuku ilkelerine göre idare, kanuna ve hukuka açıkça aykırı işlemi bir süre koşuluyla bağlı olmaksızın her zaman geri alabilir*” hükmünü vermiştir<sup>44</sup>. Danıştay 6. Dairesi 1991 tarihli bir kararında, Anayasa Mahkemesince iptal edildiği bilinen bir kanuna dayanılarak verilen yapı ruhsatının geri alınması olayında “...*(İ)darenin mahkeme kararının kamuoyuna duyurulması tarihinden itibaren Anayasaya aykırı bulunan bir yasa hükmüne dayanarak hak doğurucu bir işlem tesis etmemesi gerekirken, aksine bir davranışla inşaat ruhsatı düzenlemiş olması nedeniyle işlemde açık hata olduğu kuşkusuzdur*” hükmüne varmıştır<sup>45</sup>. Birinci kararda açık hatanın varlığı kabul edilebilirse de, ikinci kararda pek mümkün gözükmemektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal kararı henüz resmi gazetede yayınlanmadığına göre kanun yürürlükte demektir.

Yine Danıştay 10. Dairesi 1991 tarihli kararında, geçersiz ilana dayanılarak ihale yapılmasını açık hata olarak nitelendirmiştir<sup>46</sup>. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de çeşitli kararlarında açık hata haline hükmetmiştir<sup>47</sup>.

Danıştay 10. Dairesinin 1991 tarihli bir onama kararında<sup>48</sup>, belediye başkanının kurucusu olduğu bir vakfa, aynı belediyenin eğitim öğretim faaliyetlerini desteklemek amacıyla taşınmaz satılması olayında, hem eğitim öğretim faaliyetlerinin desteklenmesi belediyenin zorunlu görevi olmaması hem de belediye başkanının ihale komisyonunda yer almasını, taşınmaz satımında açık hatanın oluşmasına sebep olduğuna karar verilirken açık hata durumu da tanımlanmaya çalışılmıştır.

<sup>44</sup> Danıştay 8.D., E.79/3251, K.81/564, T.2.2.1981, DD.44-45, s.415.

<sup>45</sup> Danıştay 6.D., E.91/749, K.91/2306, T.6.11.1991, DD.84-85, s.416.

<sup>46</sup> Danıştay 10. D., E.88/2571, K.91/922, K.13.3.1991, DD.82-83, s.957.

<sup>47</sup> AYİM 1.D., E.96/441, K.96/976, T.26.11.1996, AYİMD.12, s.708: Yasada yüksek öğretim için öngörülen iki kademeyi 3 yıllık eğitim üzerine aldıktan sonra 4 yıla tamamlaması üzerine bir kademe daha verilmesi açık hata olarak nitelendirilmiştir; AYİM 1.D., E.4/856, K.95/83, T.24.1.1995, AYİMD.10, s.676: Sicil notunun ortalaması 90'na ulaşmadığı halde terfisinin yapılması, kanunun istediği şartları taşımadığı halde taşıyormuş gibi işlem yapılması açık hata olarak nitelendirilmiştir; AYİM 1.D., E.95/1169, K.95/1121, T.5.12.1995, AYİMD.10, s.791:Yönetmeliğin açık hükmü karşısında boş kadro olmadığı halde, üst rütbeye terfi ettirilmesi açık hata olarak nitelendirilmiştir; AYİM 1.D., E.95/873, K.95/851, T.26.9.1995, AYİMD.10., s.974: Yasanın açık hükmüne rağmen, ilgilinin 2/5 derece ve kademesine yükseltilmesi gerekirken 1/1 derece ve kademesine yükseltilmesi açık hata olarak nitelendirilmiştir; AYİM 1.D., E.96/25, K.96/320, T.2.4.1996, AYİMD.11, s.782: Rütbe bekleme süresi dolmadan dolmuş gibi terfi ettirilme işlemi açık hata olarak nitelendirmiştir.

<sup>48</sup> Danıştay 10. D., E.91/235, K.91/3727, T.10.12.1991, DD.84-85, s.702.

“...Açık hata Fransız Danıştay’ı tarafından yakın zamanlarda kullanılmaya başlanmış ve uygulama alanı gittikçe genişlemiş bir kavram olup, kavramda yer alan açık nitelmesi, hatalı işlemin hak doğurmaya engel olduğu, yoksa yalnızca hatanın hak doğurma niteliğini kaybetmeye yetmediği şeklinde anlaşılmaktadır. Danıştay’ımızın uygulamasına göre **hata kavramı, işlemin unsurlarından birinde ve çoğu kez sebep unsurundaki sakatlığı, işlemin hukuka açıkça aykırı olmasını ifade etmektedir. Şu hale göre işlem hukuka açıkça aykırı ise, idare işlemi hataen tesis etmiş demektir ve bu işlemin süre koşuluna bağlı olmadan geri alınması mümkündür...**”.

Açık hatanın ne anlama geldiği bu kararda tanımlanmaya çalışılmış ve işlemin unsurlarından birinde bir sakatlık varsa, açık hata halinin oluşacağı belirtilmiştir.

Hile ile elde edilen işlemlere gelince, yargı yerleri, ilgilinin yanlış beyanı, idareyi aldatması, sahte belge düzenlemesi gibi nedenlerle oluşan işlemleri hile ile elde edilen işlemler olarak kabul etmekte ve her zaman geri alınabileceğine hükmetmektedirler. Örneğin, fakülteye kayıt için yeterli puanı alamadığı halde, sahte belge ile almış gözüküp kayıt yaptırmak<sup>49</sup>, sahte askerlik tecil belgesi ile fakülteye kayıt yaptırmak<sup>50</sup>, bedelli askerlikten yararlanmak için yurt dışında ikamet edip çalışmadığı halde, çalışmış gibi gösteren belgeler düzenlemek<sup>51</sup> hile olarak nitelendirilmiş ve elde edilen işlemin her zaman geri alınabileceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak şunu ifade etmek mümkündür. Yokluk, açık hata ve hile ile elde edilmiş olan işlemler ilgililer bakımından korunmaya değer kişisel sonuçlar doğurmazlar ve bu tür işlemler her zaman geri alınabilir. Ancak açık hata durumu için şunu belirtmekte fayda var. Hukuka saygılı bir idareden beklenen özen ve dikkatin gösterilmemesi hallerinde açık hatanın varlığının kabulü yerinde değildir. Yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesince iptal edildiği bilinen yasaya dayanarak yapılan işlemlerde, idareden beklenen bu tür işlemleri yapmamasıdır. Yapmışsa kendi kusurudur. Açık hata nitelmesi yerinde değildir.

#### **bb. Diğer hukuka Aykırı İşlemler Bakımından**

Yokluk, açık hata ve hileli işlemler dışındaki hukuka aykırı işlemlerin geri alınmasında durum ne olacaktır? Başlangıçta bahsettiğimiz Yargıtay ve

<sup>49</sup> DİBK., E.87/1,2,4, K.87/2, T.6.7.1987, RG.19.3.1988-19759.

<sup>50</sup> Danıştay 8.D., E.96/2031, K.97/2226, T.23.6.1997, DD.95, s.521: “...Hile veya yanıltma yolu ile idarenin tesis etmiş olduğu bu tür işlemler ilgililer için kazanılmış hak teşkil etmeyeceğinden, öğrenim süresi içinde her zaman geri alınabilir...”.

<sup>51</sup> AYİM 2.D., E.93/1050, K.95/254, T.5.4.1995, AYİMD.10, s.573.

Danıştay içtihadı birleştirme kararlarını karşılaştığımızda önemli bir sonuç daha karşımıza çıkmaktadır. Her iki karar da hatalı intibakların ve buna dayanarak ödenen meblağın geri alınmasına ilişkin olmasına rağmen, mahkemelerin yaklaşımı farklı olmuştur. Yargıtay, konuyu doğru olarak bütün hukuka aykırı işlemler bakımından ele almış ve ilkeyi belirlemiştir. Buna göre hukuka aykırı işlemler ancak dava açma süresi içinde geri alınabilir. Danıştay ise konuyu sınırlayarak sadece hatalı intibakların geri alınmasını incelemiş, bunlar bakımından dava açma süresi içinde geri alınmanın mümkün olacağını hükme bağlamıştır. Oysa diğer hatalı işlemler bakımından da konuyu ele alarak ilkenin belirlenmesi Danıştay'dan beklenirdi. Danıştay'ın bu kararı, diğer hatalı işlemlerin geri alınmasına da teşmil edilmesi mümkün iken Danıştay 5. Dairesinin 1999 tarihli bir kararı yanlış tutumu daha da ileri götürmüştür. Hukuka aykırı olduğu varsayılan bir atama işleminin 8 ay sonra geri alınmasına ilişkin bir olayda 5. Daire, Danıştay'ın 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararına dikkat çekerek aynen "...görüldüğü üzere, söz konusu içtihatları birleştirme kurulu kararı, hüküm fıkrası itibariyle idarenin hatalı işlemlere dayanarak ödediği meblağın istirdadına" ilişkindir...Dava konusu işlem istirdada ilişkin olmayıp...atama işleminin geri alınması ile ilgili bulunduğundan..."<sup>52</sup> ifadelerine yer vererek dava açma süresi ilkesini tamamen hatalı ödemelerin geri alınmasına indirgemıştır. Oysa daha geniş yorumlamak mümkün idi. Daraltıcı yorumun gerekçesini anlamak mümkün değildir.

O halde hukuka aykırı işlemlerin geri alınmasında durum ne olacaktır? Mahkemelerin kararlarında konuya farklı yaklaşıldığı görülmektedir. Bazı kararlarda "dava açma süresi" içinde geri alınabileceği ifade edilirken, kimilerinde ise "istikrar ilkesi"nden bahsedilerek, istikrarı bozup bozmadığına göre sürenin belirlenebileceği belirtilmiştir.

Konuya ilişkin önemli bir karar Danıştay'ın 1987 tarihli içtihadı birleştirme kararıdır<sup>53</sup>. Danıştay dairelerince ve idare mahkemelerince her nedense dikkate alınmayan bu kararda şu ifadelere yer verilmektedir;

*"Her ne kadar yanlış idari işlemlerden dolayı kişi yararına hak veya korunması gereken yerleşmiş (müesses) bir durum doğmuş ise idari işlemlerin ancak iptal davası süresi içinde geri alınabileceği; bu sürenin geçmiş olması halinde idare için de işlemin kesinleşmiş olacağı yabancı ve yerli doktrin ve içtihatlarda kabul edilmekte ise de, bu kural iyi niyetli kişiler için geçerli olup, yokluk ve mutlak butlan halleri ile kişinin gerçek dışı beyan ve hilesi-*

<sup>52</sup> Danıştay 5.D., E.98/4622, K.99/1685, T.24.5.1999 (Yayınlanmamıştır).

<sup>53</sup> DİBK., E.87/1,2,4, K.87/2, T.6.7.1987, RG.19.3.1988-19559.

*nin yanlış işlem tesisine neden olduğu hallerde idare, yanlış işlemi böyle bir süre şartına bağlı olmaksızın geriye doğru yürür şekilde geri alabilir...".*

Yokluk, açık hata ve hileli işlemler dışındaki hukuka aykırı işlemlerin geri alınmasında uyulacak sürenin dava açma süresi olduğunun bundan daha açık ifadesi nasıl olabilir. Bu doğrultuda başka kararlar da bulunmaktadır. Örneğin Danıştay 12. Dairesinin 1995 tarihli bir onama kararında, "...idarece yapılan hata ve usulsüzlüklerin düzeltilmesinin, işlemin tesis edildiği tarihten itibaren dava çama süresi içinde geri alınması şüretiyle mümkün olduğu, bu süre geçirilip özellikle kişiler yönünden bazı sonuçların doğmasından sonra geri alınmasının istikrar ve güven ilkeleri ile idare hukuku içtihatlarına aykırılık teşkil ede(r)..." denilerek, dava açma süresinin kabulü gerektiği açıkça ortaya konulmuştur.

Sivas İdare Mahkemesi ise 1998 tarihli bir kararında, Danıştay'ın 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararını genişletici yorumlayarak, tüm hukuka aykırı işlemler için dava açma süresinin kabulü gerektiğine hükmetmiştir<sup>54</sup>. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de kimi kararlarında dava açma süresinin kabulü yönünde karar vermiştir<sup>55</sup>.

Başka kararlarda ise, farklı bir yaklaşım sergilenmiş ve "istikrar prensibi" esas alınmıştır. Buna göre istikrarı bozup bozmadığına göre geri alınmanın süresi belirlenecektir. O halde istikrar nedir, istikrarın kabulünü haklı kılabilecek zamandan ne anlaşılmalıdır? İnceleyebildiğimiz kadarıyla, kararlarda bu soruların cevabı verilmemektedir. Sadece süreler tespit edilip istikrarı bozup bozmadığına karar verilmektedir. Örneğin 1986 tarihli bir kararda, hatalı işlemin 11 yıl sonra geri alınmasının, idari işlemlerde bulunması gereken istikrar ve idareye güven ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir<sup>56</sup>. 1993 tarihli başka bir kararda, hatalı işlemlerin makul bir süre içinde geri alınabileceği ifade edildikten sonra, bir yılın geçmiş olması durumundan makul sü-

<sup>54</sup> Sivas İd. Mah., E.97/558, K.98/200, T.26.5.1998 (Yayınlanmamıştır): "...Her ne kadar anılan kararın konusu terfi ve intibaktan doğan ödemelerin geri alınmasına ilişkin ise de, bu karar ile idari işlemlerin geri alınmasında uyulması gereken temel ilkeler ortaya konulmuş bulunduğundan bu kararın tüm hatalı işlemlerin geriye alınmasında uygulanması gerekir. Belirtilen hukuki duruma göre davacının atanmasına ilişkin işlemin...yasal dava süresi olan 60 gün içinde geri alınması gerek(ir)..."

<sup>55</sup> AYİM 1.D., E.96/25, K.96/1071, T.2.4.1996, AYİMD.11, s.787: "İdarenin sakat bir işlemi üçüncü kişiler lehine bir hüküm doğurmuş ise 60 günlük dava süresi içinde geri alabileceği, öğretisi ve yargı kararlarında genel kabul gören bir husustur..."; AYİM Drl. Krl., E.98/252, K.98/148, T.17.12.1998, AYİMD.13, s.279.

<sup>56</sup> DİDDGK., E.86/3, K.86/9, T.7.2.1986, DD.64-65, s.121.

renin aşılmış olduğuna karar verilmiştir<sup>57</sup>. Danıştay 8. Dairesi 1991 tarihli bir kararında, işlemin bir buçuk yıl sonra geri alınmasını makul bulmuştur<sup>58</sup>.

Danıştay 8. Dairesi 1999 tarihli kararında, hatalı işlemin geri alınmasında "istikrar ilkesi" gereği, sürenin, olayların nitelik ve özelliklerine göre idari yargı yerince belirleneceğini ifade ettikten sonra aynen "...atanmasına ilişkin işlemin...yaklaşık 8 ay gibi kısa bir süre sonra...geri alınmasının istikrar ilkesiyle çatıştığını kabul etmek olanaklı değildir" hükmünü vermiştir<sup>59</sup>. AYİM 2. Dairesi 1997 tarihli bir kararında "idarenin işlemini ne kadar süre içinde geri alabileceği konusunda mevzuatta bir hüküm bulunmadığından bu sürenin her olayın özelliğine göre idari yargı organınca takdir edilmesi gerekmektedir" değerlendirmesi yapılarak, işlemin 5 yıl sonra geri alınması istikrar ilkesine aykırı bulunmuştur<sup>60</sup>. Başka bir kararda ise, 5 ay sonra geri alma işlemi, "5 ay gibi kısa bir süre sonra işlemin geri alınması" denilerek istikrar ilkesine uygun bulunmuştur<sup>61</sup>.

Görüldüğü gibi, istikrardan ne anlaşılması gerektiği, hangi sürenin istikrarı bozucu olduğu konusunda kesin bir ölçüt verilememektedir. Beş ay, sekiz ay hatta bir buçuk yıl istikrarı bozucu kabul edilmemekte, işlemin geri alınmasında makul süre olarak telakki edilmektedir. Bu sürenin üst sınırını belirleyici bir ölçüt de bulunmamaktadır. Tamamen yargı yerinin sübjektif takdirine bırakılmış bulunmaktadır. Yargı yerlerinin, idari işlemin geri alınmasında belli bir sürenin kabulüne yanaşmamalarının mantığı ne olabilir? Danıştay'ın 1959 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında bu durum, kamu hizmeti yürütmekle görevli olan idarenin, hukuka aykırı işlemini salt istikrar için uygulamaya devam etmesinin kabul edilemeyeceği, dava açma süresi geçmiş olsa bile hukuka aykırı işlemin geri alınmasının hukuka bağlılığın bir gereği olduğu şeklinde açıklanmıştır<sup>62</sup>. Başka bir ifadeyle, kamu yararı

<sup>57</sup> Danıştay 8.D., E.93/2193, K.93/4343, T.22.12.1993, DD.90, s.879: "İdari işlemlerin hukuka aykırı bulunmaları halinde geri alınmaları mümkün ise de geri alma işleminin makul bir süre içinde, hak ve nesafet kurallarını zedelemeyecek şekilde yapılması gereklidir...".

<sup>58</sup> Danıştay 8.D., E.89/501, K.91/1685, T.4.3.1991, DD.82-83, s.692: "(İ)idare işlemini her zaman geri alabilir. Ancak işlemini geri alan idarenin bunu makul sürede yapması hukuk gereğidir...aradan bir buçuk yıl kadar bir süre geçmişse de, bu sürenin Osmanlı döneminden gelen bir vakfın üniversite kurması gibi büyük ve tarihi bir olayda işlemin geri alınması için makul bir süre bulunduğunun kabulü gerekir...".

<sup>59</sup> Danıştay 8.D., E.98/4622, K.99/1685, T.24.5.1999 (Yayınlanmamıştır).

<sup>60</sup> AYİM 2.D., E.97/397, K.97/168, T.3.12.1997, AYİMD.9, s.249.

<sup>61</sup> AYİM 2.D., E.94/695, K.94/1651, T.9.11.1994, AYİMD.9, s.234.

<sup>62</sup> DDUH., E.59/29, K.59/157, T.29.5.1959, DKD.81-82, s.23, TAN, age., s.121.



açısından ciddi sakıncalar doğurabilecek sakat işlemin, dava açma süresi geçtiği için geri alınması konusunda idarenin çaresiz kalmasının kabul edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>63</sup>. Fakat, idari işlemleri belirsiz bir süreyle tartışmalı halde tutmak, kişileri, durumlarının her an değişebileceği endişesi içinde bırakmak ne hukuk devleti ilkesiyle ne de istikrar ilkesiyle bağdaşır. İdari işlemin geri alınmasının belli bir süreye bağlanması daha fazla kamu yararı bulunmaktadır.

### SONUÇ YERİNE

Yoklukla malül işlemler, açık hata sonucu oluşan işlemler ve ilgilinin hilesi nedeniyle tesis edilen işlemler, ilgililer bakımından korunmaya değer kişisel sonuçlar doğurmadığından, bu tür işlemler her zaman geri alınabilir. Zaten bu konuda bir ihtilaf da bulunmamaktadır.

Kişiler lehine hak doğuran diğer hukuka aykırı işlemlere gelince, bazı kararlarda ifadesini bulan “istikrar ilkesi” gereğince bu sürenin her olaya göre ayrı ayrı belirlenmesi, belirsizliğe ve subjektif takdire açık olduğundan, kişiler açısından güvensizlik ortamı oluşturmaktadır. Beş ay, sekiz ay hatta bir buçuk yıl kısa bir süre olarak kabul edilebildiğine göre, bunun uzunluğunu ne olacaktır? Üst sınırı nedir? Bunu belirlemek mümkün değildir. Kanaatimizce, “istikrar ilkesi” idari işlemlerin geri alınmasının belli bir süreyle sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Belli bir sürenin kabul edilmemesi, istikrarı değil tam tersine istikrarsızlığı ve güvensizliği doğurur.

Burada, en doğru çözüm ve en nesnel ölçüt “dava açma süresi”nin kabul edilmesidir. Yani, hak doğuran hukuka aykırı işlemler ancak dava açma süresi içinde -ki, mevzuatımıza göre bu süre 60 gündür- geri alınabilmelidir. Bu süreden sonra işlemin geri alınması mümkün olmamalıdır. Danıştay, bu konudaki içtihadını altmış yılı aşkın sürede istikrarlı bir hale getiremediğine göre, belki de en doğru çözüm, problemin yasal düzenlemeye konu edilerek dava açma süresi olarak belirlenmesidir.

İdari işlemin dava açma süresi içinde geri alınabileceğini en isabetli ve en ayrıntılı olarak ele aldığı için AYİM 2. Dairesinin 1994 tarihli bir kararının bazı bölümlerini sonuç yerine buraya alıyoruz<sup>64</sup>.

*“İdare bir taraftan sakat işlemi geri alırken bir yandan da sakat işlemin doğurduğu hukuksal durum ve ilişkileri... korumak hukuksal güven ve kararlılığa önem vermek zorundadır. İdari istikrar prensibi, hukuk devletinin doğumuyla birlikte idare hukukunun ana kuralları içerisinde yer almıştır. Ki-*

<sup>63</sup> TAN, age., s.121.

<sup>64</sup> AYİM 2.D., E.94/548, K.94/1621, T.26.10.1994, AYİMD.9, s.234.

şilerin hukuk kurallarına uyma zorunluluğu derecesinde devletin de aynı kurallara uyma zorunluluğunun doğal sonucu olarak kişi yararı ile kamu yararı arasındaki denge; kişinin ve toplumun devlete olan güven hissini zedelenmemesi, hak ve adalet duygusunun geliştirilmesi, kazanılmış hak ve durumların korunması, idarenin işlemi her an geri alabileceği korku ve tehdidinden masun tutulması ilkelerine uyumla sağlanabileceğinden, şartları tahakkuk ettiği müddetçe istikrar prensibi uygulamada ve bilim alanında tercihi gereken hukuki bir norm gücünü kazanmıştır. Böylece sakat idari işlem belirli ve makul ve hukuken himayeye layık bir süre içerisinde geri alınmadığı takdirde, kazanılmış bir durumun doğumuna vücut vermektedir. İdari istikrar prensibi belli bir süre geçtikten sonra sakat işlemlerin geri alınmalarını önlemektedir. Sakat idari işlemlerin geri alınması için belirli makul süre nedir? Mevzuatımızda...yazılı bir kural bulunmamaktadır. Öğretide, nasıl ki dava açma süresi geçtikten sonra, ilgili kişi sakat işlemin doğurduğu sonuçlara katlanmak zorunda ise, yönetim de dava açma süresi geçtikten sonra işlemi geri alamamalı, doğurduğu sonuçlara katlanmalıdır. Başka bir deyişle sakat işlemler ancak dava açma süresi içinde geri alınabileceği genel kabul görmüştür..."

# DİVAN-I HÜMAYUN'UN YARGI YETKİSİ

*Yrd.Doç.Dr. İbrahim Durhan\**

## I- Divan-ı Hümayun'un Tarihçesi

Osmanlı Devleti'ne divan geleneği, kendinden önceki Türk-İslam devletlerinden geçmiştir. Sasanilerden islam devletine geçtiği sanılan "divan" kavramına, islamın ilk dönemlerinden itibaren rastlamaktayız<sup>1</sup>. Abbasiler döneminde divanlar, büyük bir gelişme kaydetti ve devletin çeşitli yönetim birimleri için birçok divan oluşturuldu<sup>2</sup>. Bu divanlardan biri olan ve devletin önemli işlerini inceleyen ve karara bağlayan "Divan üs-Sırr"(ki daha sonra büyük divan-saray divanı olarak anılmıştır), Osmanlılardaki Divan-ı Hümayunun ilk kaynağı olarak kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Divan-ı Hümayunun, Abbasi Devleti'ndeki kaynaklarından biri de "Divan-ı Mezalim"dir. Zulümden yakınanların işlerine bakan bu divan, bir nevi bugünkü Yargıtay ve Danıştay yerindedir. Yani, yargıçlardan ve diğer büyük görevlilerden yakınanlar bu divana başvururlardı<sup>4</sup>.

Büyük Selçuklulardaki "Divan-ı Alâ" ile, Anadolu Selçuklulardaki "Divan-ı Saltanat"ın da, Divan-ı Hümayuna kaynaklık ettiğini söyleyebiliriz. Zira Divan-ı Hümayunda olduğu gibi bu divanlarda da devletin çeşitli işleri görüşülür ve bu arada yakınmalar da dinlenir ve bir karara varılırdı<sup>5</sup>. Osmanlı Devleti kurumlarını oluştururken, en çok Anadolu Selçuklu Devleti'nden etkilendiğini söyleyebiliriz. Zira Osmanlılar, bir süre bu devletin çağdaşı olmuş, hatta bu devletin bir uc beyliği olarak, bir parçası olmuştur.

---

\* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Ahmet MUMCU, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, 2.bası, Ankara, 1986, s.12.

<sup>2</sup> Abbasilerdeki divanlar için bkz., MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.13-14.

<sup>3</sup> MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.14.

<sup>4</sup> Coşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU, Gülnihal BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, 8.bası, Savaş yay., Ankara, 1996, s.145.

<sup>5</sup> Gül AKYILMAZ, "Selçuklu Adliye Teşkilatı ve Osmanlı Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkileri", *Halil Cin'e Armağan*, SÜHF. yay., Konya, 1995, s.33 vd.

Osmanlı Devleti'nde "divan" kavramına, kuruluş yıllarından itibaren rastlamaktayız<sup>6</sup>. Ancak, Divan-ı Hümayunun kurul yapısında bir karar organı durumuna gelmesi, XV. yüzyılın ikinci yarısına tesadüf etmektedir<sup>7</sup>.

## II- Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisinin Kaynağı

Divan-ı Hümayun, devletin tüm birimlerinin şeflerinin katıldığı ve başkanının padişah olduğu, en üst yönetim ve karar organıdır. Bu divan; gerek şer'i hukuk, gerekse örfi hukuk alanındaki en önemli işten en basitine kadar devletin her türlü işlerine bakmaya yetkilidir. Divan-ı Hümayun; padişah divanı olması nedeniyle, padişahın sahip olduğu yetkileri, padişah adına kullanır. Hatta bir noktada divanın yetkilerinin padişahı aştığı söylenebilir. Şöyle ki, padişahın, şer'i hukuk alanında yargı yetkisi bulunmadığı halde Divan-ı Hümayun, üyesi bulunan kazaskerlerden dolayı bu yetkiye de sahiptir. Tüm erk'leri kendisinde toplayan Divan-ı Hümayun, devletin en üst yönetim ve karar organıdır. Divanın yetkisinin bulunmadığı tek alan "şer'i yasama" alanıdır. Bunun dışında devletin tüm erk'leri(yasama, yürütme ve yargı) bu divanda toplanmıştır. Divan-ı Hümayunun bu yetkilerinin kaynağını, Osmanlılardan önceki halife-sultanların sahip oldukları yetkiler ile Osmanlı padişahının yetkilerinde aramak gerekir. Zira, Divan-ı Hümayuna kaynaklık eden daha önceki divanlar da, halife veya hükümdar adına yetkiler kullanan birer danışma ve karar organı idiler. Aynı şekilde Divan-ı Hümayun da, Osmanlı padişahı adına yetkiler kullanan bir danışma ve karar organıdır. Öyle ki; divan, padişahın sürekli olarak denetimi altında bulunmaktaydı ve padişah nerede bulunuyorsa divan orada toplanmak durumundaydı. Hatta divanda alınan kararlar, ancak padişahın onayı halinde kesinlik ve yürürlük kazanmaktaydı<sup>8</sup>. Bu nedenle, Osmanlılardan önceki halife-sultanların yargı yetkisi ile Osmanlı padişahının yargı yetkisinin incelenmesi, Divan-ı Hümayunun yargı yetkisinin kaynağını ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir.

<sup>6</sup> ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.209.

<sup>7</sup> MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.27.

<sup>8</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU, *İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı (Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme)*, Beyan yay., İstanbul, 1996, s.148.

### 1. Genel Olarak Halife-Sultanların Yargı Yetkisi

Yargı yetkisi hususunda, devletin başında bulunan (halife veya hükümdar) kişinin konumuna işaret etmek gerekmektedir. İlk islam devletinin oluşmaya başladığı dönemlerde, devletin başında bulunan ve aynı zamanda peygamber olan Hz. Muhammed'in yargı yetkisi, tartışma konusu yapılmamıştır. O, doğal yargıç konumunda idi. İnsanlar, uyuşmazlıklarını ona götürürler ve bulunan çözümlere rıza gösterirlerdi. Daha sonra, yargı işlerinin artması üzerine Peygamber tarafından atanan yargıçların, ona vekaleten görev yaptıkları kabul edilirdi. Diğer bir deyişle, aslolan Peygamberin yargıçlığıdır, fakat ülke topraklarının genişlemesi ve nüfusun çoğalmasına paralel olarak artan yargı işlerini Peygamber tek başına göremeyeceğinden, başka yargıçlara da ihtiyaç duyulmuştur. Ancak bu yargıçlar, Peygamber adına ve ona vekaleten yargısal faaliyette bulunurlardı.

Peygamberden sonra devletin başına geçen kişilerin (halifelerin) konumları, tartışma konusu olmuştur. Denilmiştir ki; Peygamberin vefatından sonra devletin başına geçen kişiler, Peygamberin halefidirler ve ona vekaleten bu görevde bulunurlar<sup>9</sup>. Bu anlayış, yani Peygamberin vekili olduğunun kabulü halifeye, büyük bir güç kazandırmaktaydı. Bu anlayışa göre halifenin islam toplumu (ümme) nezdindeki mevki, Peygamberin müminler nezdindeki mevkiine benzemektedir. Nasıl ki bir müslüman, Peygamberi sevmeye mecbur ise, aynı şekilde onun vekili olarak kabul edilen halifenin de sevilmesi dinsel bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>10</sup>. Buradaki sevgi; duygu ile ilgili gönül bağı anlamında değil, halifeye mutlak itaat anlamındadır.

Halife böyle bir konum bahşedilince bunun doğal sonucu olarak, devletin tüm erk'leri onun şahsında toplanmış olmaktadır. Dolayısıyla, içtihat yapabilecek düzeyde bilgili olması gereken halife<sup>11</sup>, baş yargıç sıfatıyla yargılama yapmak ve uyuşmazlıkları çözmek yetkisine sahip olmaktadır. Bu anlayışa göre diğer yargıçlar, halife adına ve ona vekaleten yargılama faaliyetinde bulunurlar. Çünkü yargı yetkisi esas itibariyle, Peygamberin vekili olan halifeye aittir<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Ali ABDÜRREZZAK, *İslamiyet ve Hükümet* (Osmanlıcaya çev.Ömer Rıza), İstanbul, 1927, s.8.

<sup>10</sup> ABDÜRREZZAK, *age.*, s.8.

<sup>11</sup> Halife olacak kişide bulunması gereken koşullar için bkz., Hayrettin KARAMAN, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, C.1, İstanbul, 1982, s.87 vd.

<sup>12</sup> Bu anlayışın yaptığı tarife göre halife; Peygambere halef olmasının yanısıra, zill-Ullah fi al-Alem (yeryüzünde Allah'ın gölgesi) sayılıyor. Bu kabul ona, genel ve mutlak anlamda

Bu anlayışın dışında ve ondan farklı olarak ortaya konulan görüşe göre; halifenin hakimiyetinin kaynağı halktır<sup>13</sup>. Hilafet makamına atanmak ve bu makamda kalabilmek ancak, halkın rızası(biat) ile olanaklıdır<sup>14</sup>. Halifenin velayeti, Peygamberin velayeti gibi genel ve mutlak değildir. Hilafet; halk ile halifelik şartlarını taşıyan kişi arasında yapılan bir vekalet aktidir. Dolayısıyla, halifenin velayetinin kaynağı halktır ve halife, halkın vekili olarak bu makamda bulunur. Bu görüş, halifeyi kutsallıktan çıkarmaktadır. Ona itaatsizlik, Peygambere itaatsizlik sonucunu doğurmamaktadır.

Bu görüşe göre de devletin memurları, halifeye vekaleten görevlerini ifa ederler ancak, buradaki vekalet ilişkisi, normal vekalet ilişkisindeki tevkil(vekil eden)-vekil ilişkisinden bir noktada farklıdır. Şöyle ki; müvekkil ölür veya vekilini hal'ederse, vekil münazil(azledilmiş) olur. Fakat halife ölür veya hal'edilirse, onun atadığı ve kendisine vekaleten iş gören memurları (yargıçlar, valiler vs.), münazil olmaz. Çünkü vekil, müvekkilin velayetiyle müvekkilin işlerini görmektedir. Velayet son bulunca vekil münazil olmaktadır. Oysa memurların (yargıçlar, valiler ve diğer memurların) velayetinin kaynağı halife değildir. Örneğin yargıç, halifenin velayeti ile halifenin işlerini görmemekte, belki halkın velayeti ile halkın hukukunu temin etmektedir. Burada halka ait olan velayet, halife aracılığı ile ve halkı temsilen yargıca (ve diğer memurlara) geçmektedir. Bu itibarla yargıcın (ve diğer memurların) sahip olduğu kamusal gücün(nüfuzun) kaynağı halife değil, halktır.

Dolayısıyla, halifenin ölmesiyle veya hal'edilmesiyle, yargıçların (ve diğer memurların) görevleri sona ermez; tüm kamu görevlilerinin velayeti

---

velayet bahşetmektedir. Bunun sonucu olarak halife, üstün bir güce ve çok geniş bir yetkiye sahip olmaktadır. Toplumun yönetimi, tümüyle onun elindedir, bütün emir ve yasaklar ona aittir, büyük-küçük her işi o idare eder. Onun saltanatı herşeyi kapsar. Dini olsun-dünyevi olsun her iş, onun emriyle icra olunur. Çünkü hilafet, din ile dünyayı birleştiren, toplayan bir esastır. Halifenin velayetinde ortağı yoktur. Ondan başka toplum(müslümanlar) üzerinde bir velayeti haiz bir kimse bulunmaz. Bütün kamusal görev ve yetkilerin kaynağı, hilafettir. Devletin bütün memurları, halifenin(ya da hükümdarın) vekili olarak görevlerini ifa ederler. Bkz., ABDÜRREZZAK, *age.*, s.9-10.

13 ABDÜRREZZAK, *age.*, s.15.

14 Burada halkın biati ile kastedilen, halifenin halk oyu ile seçilmesi değildir. Toplumu oluşturan bireylerin tek tek iradelerinin tesbiti yoluna gidilmez. Bunun yerine halk tarafından sevilen ve itibar sahibi olan kişilerden oluşan ve "seçkinler kurulu" denilen bir grup (ki bu grup, halkı temsil ettiği varsayılarak) halk adına halifeye biat ederler. Bazan mevcut halife de (ki daha önce halkın rızasını alarak bu göreve gelmiş olduğu için), kendinden sonraki halifeyi belirleyebilir. "İstihlaf" denilen bu usulde halifenin iradesi, halkın iradesi(biati) yerine geçmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Halil CİN, Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, C.I, Timaş yay., İstanbul, 1990, s.208 vd.

devam eder. Ancak, bu görevlilerin halife tarafından azledilmeleri mümkündür<sup>15</sup>. Teorik olarak yapılan bu tartışmalar, kısmen uygulamaya da yansımıştır. İslam hukukunda erk'ler ayrımı olmadığı için, islamın ilk dönemlerinde yöneticiler, aynı zamanda yargıçlık görevini de ifa etmekte idiler<sup>16</sup>.

Daha sonra, devletin genişlemesi ve insan ilişkilerinin artması sonucunda, yargısal ve yönetsel alanlar fiilen birbirinden ayrılma sürecine girdi. Bu alanlardan herbiri, belirli bir uzmanlığı gerektiren görevler haline geldi. Yargı görevini layıkı veçhile yerine getirebilmek, belirli bir hukuk bilgisi ve eğitimini gerekli kılmaktaydı. Bu gelişme devam ederek, giderek yargıyı, yönetimden ayrı bir alan haline dönüştürdü<sup>17</sup>.

İslam devletinin kurucu başkanı olan Hz. Muhammed, aynı zamanda doğal yargıç konumunda idi. Peygamberin atamış olduğu diğer yargıçlar; esas itibariyle Peygambere ait olan ve onun verdiği yetkiye dayanarak, görevlerini ifa etmekte idiler. Başlangıçta, çeşitli bölgelere vali olarak gönderilen yöneticilere, ek görev olarak yargıçlık görevi de verilmekteydi. Daha sonra, sırf yargı işlerine bakmak üzere yargıçlar atanmaya başladı<sup>18</sup>. Ancak, bu gelişmeler, yargısal alanın yönetsel alandan ayrılması sonucunu doğurmamıştır. Zira Peygamberin, devletin bütün erk'lerini şahsında topladığı anlayışı hakimdir. Bu anlayışı, islamın en temel kaynağı olan Kur'an da destekler görmektedir<sup>19</sup>.

Hz.Muhammed; bir devletin kurucusu olduğu kadar, bir dinin de kurucusudur. Bu itibarla hem ruhani hem de cismani iktidar, onun şahsında toplanmıştır. Uhrevi ve dünyevi bütün işler, onun şahsında birleşmiş ve iç içe girmiştir. Peygamber dönemindeki bu uygulama ve anlayış, islam dininin genel karakterini de ortaya koymuştur. Buna göre, bir din olarak islamiyet; uhrevi yaşama (iman ve inanca) ilişkin hükümler getirmiş ancak, dünyevi yaşamı da ilgi alanı dışında tutmamıştır. İslamiyet; dünyevi alanı, insan aklına terketmek yerine, doğası gereği statik bir yapıda olan dinsel kurullarla düzenleme yoluna gitmiştir. İslam dininin bu karakteri, ileriki yüzyıllarda, bir takım sorunların nedenleri arasında gösterilecektir.

<sup>15</sup> ABDÜRREZZAK, *age.*, s.15.

<sup>16</sup> İlber ORTAYLI, "Osmanlı Kadısı-Tarihi Temeli ve Görevi", *AÜSBF Dergisi*, C.XXX, No:1-4, Ankara, Mart-Aralık 1975, s.117.

<sup>17</sup> ORTAYLI, *age.*, s.117-118 ; FENDOĞLU, *Yargı Bağımsızlığı*, s.77.

<sup>18</sup> Fahrettin ATAR, *İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*, Diyanet İşleri Başkanlığı yay., Ankara, (tarihsiz), s.45-48.

<sup>19</sup> Bkz., Kur'an, IV/80, XXXIII/21, XLVII/33. Ayetler.

Ancak, Peygamber döneminde İslam dininin, dünyevi alana müdahale eden hükümler getirmesinin, sorunlara neden olduğunu söyleyemeyiz. Zira, kabile anlayışının hakim olduğu bu dönemde İslamiyetin, dünyevi yaşama ilişkin getirmiş olduğu hükümler, oldukça ilerici ve devrimci nitelikteydi<sup>20</sup>. Kaldı ki, bir sorunla karşılaşıldığında; söz ve fiilleriyle İslam hukukunun kaynağı konumundaki Peygamber, yeni kurallar koyma yoluna gidebilmekteydi. Bu itibarla Peygamber dönemi, kendine has koşulları olan bir dönem olarak kabul edilmelidir. Bu dönemde yargısal görevler, yönetsel görevlerle iç içe olarak ve Peygamber kaynaklı olarak yerine getirilmiştir.

Raşid halifeler döneminde de, bu temel anlayış devam etmiştir. Zira bu halifeler, Peygamber döneminde çeşitli görevlerde bulunmuşlar hatta yargıçlık yapmışlardır<sup>21</sup>. Bu dönemde halifeler Peygamberin vekili addedildiğinden, ona yakın bir mevkie sahip oldular. Halifeye itaat, dinsel bir gereklilik gibi algılanmaya başlandı. Şer'i hukukun koyduğu sınırlar dışında devletin bütün erk'leri, halifenin şahsında toplanmaktaydı. Bütün kamu görevlilerinin görev ve yetkilerinin kaynağı halife idi.

Yargı görev ve yetkisi de, esas itibariyle halifeye aitti<sup>22</sup>. Halife bu görevini, bizzat ya da atadığı memurları(yargıçları) aracılığı ile yerine getirmekteydi. İslam devletinin yönetimini Emevi hanedanının ele geçirmesinden sonra halifelerin yargısal alana müdahalesi, esas itibariyle yargıçları atama ve görevden alma şeklinde olmaktadır. Yargı yetkisinin, hilafete dahil

20 İslam dininin getirmiş olduğu bazı hükümler, egemen sınıfın çıkarları ile çatışır nitelikteydi. Bu nedenle, zengin ve soylulardan oluşan bu sınıf, mevcut düzenin devamından yana tavır alarak Hz.Munammed ve yandaşlarıyla mücadeleye giriştiler. Egemen sınıfın baskısı ve sömürsü altında yaşayan yoksul ve güçsüz kitle ise, bu yeni harekete, büyük bir umutla sarıldılar. Zira İslamiyetin getirdiği hükümler, o dönem için, oldukça ilerici ve devrimci nitelikteydi. Örneğin; daha önce kadın, hakkın konusu iken, İslamiyetten sonra hakkın sujesi konumuna geldi. Kadına, terekeden pay alma hakkı tanındı. Kölelerin durumları düzeltilmeye çalışıldı. Bu ve benzer hükümler, o dönem için oldukça radikal hükümlerdi. Ancak, dinsel nitelikli bu hükümler, doğaları gereği statik bir yapıda oldukları için, insanlığın gelişmesine paralel olarak, gelişemediler. Bu hükümler, sonraki yüzyıllarda gelişen insan ihtiyaçlarının çok gerisinde kaldılar. Çünkü, vaz'edildikleri şekilde durmaktaydı. Hukuk kuralları, sosyal düzeni sağlayan ve koruyan bir işleve sahip olması gerekirken; bu hükümler, sosyal düzenin bozulmasının sebebi haline geldiler. Örneğin; kadına (1/2 oranında da olsa) mirastan pay ayrılması, o dönem için oldukça ilerici bir düzenlemeydi. Zira, kadının daha önce böyle bir hakkı olmadığı gibi, kendisi terekeye dahil bir mal kabul edilmekteydi. Ancak modern zamanlar için bu hüküm; erkeği ekonomik açıdan destekleyen, eşitlik ilkesini zedeleyen ve sosyal düzenin bozulmasına yolaçabilecek bir hükümdür.

21 Ziya KAZICI, *İslam Müesseseleri Tarihi*, Kayıhan yay., İstanbul, 1996, s.112.

22 Selçuk ÖZÇELİK, "İslam Hukukuna Göre Hükümdarın Hukuki Durumu", *Tahir Taner'e Armağan*, İÜHF. yay., İstanbul, 1956, s.161-162.



önemli görevlerden olduğuna ilişkin anlayış, teorik olarak devam etmekteydi ancak; islam coğrafyasının genişlemesi, uyumsuzlukların miktar ve çeşidinin artması nedeniyle, yargı görev ve yetkisi, fiilen yargıçlar tarafından ifa edilir olmuştur. Diğer yandan yargı görev ve yetkisinin, hilafete dahil önemli görevlerden sayılması ve başyargıç sıfatıyla halifenin bu görevi bizzat yerine getirmesi, bu makamda bulunan kişinin müçtehit hukukçu<sup>23</sup> düzeyinde bilgi ve birikimle donanımlı olmasını gerekli kılmaktaydı. İlk dönem uygulamalarında, bu nitelikleri haiz olan kişilerin halifelige seçildiklerini görmekteyiz. Ancak, Emeviler döneminde hilafet, saltanata dönüştüğü için, diğer bir deyişle, seçim usulü terk edildiği için<sup>24</sup>, en uygun ve en ehliyetli kişinin bu makama getirilmesi olanağı ortadan kalktı. Bu gelişme zamanla halifenin, başyargıçlık sıfatının önem ve anlamının azalması sonucunu doğurdu. Bu dönemden itibaren devletin başında bulunan kişilere halife denilse de gerçekte bu makam, hükümdarlığa dönüştü.

Emeviler dönemindeki bu gelişmeler; halifenin (hükümdarın) mutlak olan yargı yetkisini etkilemiş ve halife, yargıçları atayan-azleden, yargı kararlarını denetleyen bir merci haline gelmiştir. Yargılama görev ve yetkisi ise, yargıçlarca yerine getirilen bir görev olduğu anlayışı yerleşmeye başlamıştır. Bu dönemde yargısal alan, yönetsel alandan ayrı bir alan olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Ancak, yargıçların, siyasal otoritenin baskılarından uzak, tamamen bağımsız olarak görev yaptıkları söylenemez<sup>25</sup>.

Abbasiler döneminde yargıçlık, itibarı yüksek bir meslek haline geldi. Yargıçların yetkilerinde artışlar oldu. "Kadi'l-Kudatlık" denilen kurumun oluşturulmasıyla yargısal alan, örgütlü bir yapıya kavuştu. Bu dönemden itibaren yargıç atamaları, bu kurumun başında bulunan ve "başyargıç" kurumunda olan kişi (kadi'l-kudat) tarafından yapılmaya başlandı.

23 Müçtehit hukukçuda bulunması gereken vasıflar için bkz., Ziya UMUR, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, C.1, Beta yay., İstanbul, 1987, s.183 vd.

24 Emevi hanedanının yönetimi ele geçirme ve devam ettirme usulü, islam kamu hukukunun geleneksel ilkeleriyle uyummadığı ileri sürülmüştür. Zira Emevi yöneticileri, seçim usulü yerine kuvvet esasına göre yönetimi ele geçirmişler ve özgür iradeye dayalı biat yerine, meşru olmayan yollarla biati temin etme yoluna gitmişlerdi. Hilafet makamına atanma hususunda, daha önceki uygulamalar terk edilmiş olduğu için, Emevilerle birlikte hilafetin saltanata dönüştüğü kabul edilmiştir. Bkz., KARAMAN, *age.*, s.95 vd.

25 KAZICI, *age.*, s.117.

## 2. Osmanlı Padişahının Yargı Yetkisi

Osmanlı dönemine gelindiğinde; kuruluşundan itibaren devletin başında bulunan “bey”ler(ki daha sonra bunlar, padişah olarak anılacaktır)<sup>26</sup>, yargılama görevini bizzat ifa etmek yoluna gitmemişler, bu görevi, atadıkları yargıçlara bırakmışlardı. Yargıçların şeriat adına hüküm verdikleri ve onların işine müdahale edilemeyeceği anlayışı, devletin kuruluş döneminden itibaren yerleşmeye başladı<sup>27</sup>.

Osmanlı Devleti, şeriat temeli üzerine oturduğu için; şeriatı bilen ve yorumlayanlar zamanla, ayrı ve ayrıcalıklı bir sınıf oluşturdular. “Ulema” denilen bu sınıf, devletin eğitim, din ve yargı işlerini üzerlerine aldılar. Yargıç, ulema sınıfının bir mensubu olarak yargılama görevini yerine getirirken, genellikle şer’i hükümleri uygular<sup>28</sup>. Bu nedenle, şeriatın temsilcisi sayılan yargıçların yargılama işlerine müdahale edilmemiştir. Osmanlı yargı sistemine hakim olan anlayışa göre; şer’i hukuka ilişkin konularda yargılama yetkisi ulema sınıfına (bu sınıfın mensupları olarak yargıçlara) aittir. Padişahın, bu konuda yetkisi yoktur<sup>29</sup>.

Hilafetin; 1517 yılında Osmanlılara geçtiğinin kabul edilmesinden sonra da<sup>30</sup>, halife-padişahların yargı yetkisinde bir değişiklik meydana gelmiş değildir. Geleneksel Osmanlı yargı sistemine göre, şer’i hukuka ilişkin konularda şer’i mahkemeler yetkili idi. Diğer bir deyişle, şer’i hukukun düzenle-

26 CİN,AKGÜNDÜZ, *Hukuk Tarihi I*, s.221.

27 ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.199.

28 Şer’i hukuka ilişkin davalara bakmaya, kadılar yetkilidir ancak, kadıların görev ve yetkileri bu alanla sınırlı değildir. Padişahın; örfi hukuka ilişkin uyuşmazlıkların mahkemelerde çözümleneceğine ilişkin iradesi, yargıçları bağlar. Bu halde kadılar, örfi davalara da bakmakla yükümlü olurlar. Zira, örfi davalara bakacak özel görevli mahkemeler mevcut olmadığı için, şer’i ve hukuki bütün uyuşmazlıklar, şer’i mahkemelerde çözüme kavuşturulurdu. Osmanlı kadısının görev ve yetkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., M.Akif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, 3.bası, Beta yay., İstanbul, 1999, s.80 vd.

29 Padişahın; şer’i hukuka ilişkin konularda, bizzat yargılama yaparak hüküm vermek yetkisi mevcut değildir. Ancak, gerek kadıların atanmalarında son sözün padişaha ait olması, gerekse yargı örgütünün başında bulunan kazaskerlerin padişah tarafından atanması padişaha, şer’i yargı örgütünü denetim altında tutma olanağını vermektedir. Keza; hükmün haksızlığı veya kadı’nın yanlışlığı, rüşvet aldığı sav ve yakınmaları ile bir şer’i dava Divan-ı Hümayun önüne gelebilir. Ya da kadı, yetkili olduğu halde bir şer’i davaya bakmaktan kaçınabilir ve davayı Divan-ı Hümayuna havale edebilir. Bu hallerde, kararı divan verir. Divanın; padişahın mutlak otoritesi altında bulunan bir devlet kurumu olduğu düşünülecek olursa, padişahın, şer’i hukuka ilişkin konularda dolaylı ve sınırlı bir yetkiye sahip olduğu söylenebilir.

30 Hilafetin Osmanlılara geçip-geçmediği, tartışmalı bir konudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., UMUR, *age.*, s.217 vd.

diği alanlara ilişkin konularda padişah hüküm veremez. Bu noktada şer'i hukuk ve onu temsil eden yargıç (ve gerektiğinde hükmü düzelten kazasker) padişahın üstün durumdadır<sup>31</sup>.

Örfi hukuka ilişkin konularda ise, padişahın yargı yetkisi tamdır. Örfi hukuktan doğan uyuşmazlıkları, dilediği gibi çözümlerabilir. Padişah, örfi hukuktan doğan uyuşmazlıkları çözerken, daha önceki örfi kurallarla da bağlı değildir. Zira örfi alanda padişahın iradesi, yasa hükmündedir. O isterse, uyuşmazlığı çözerken yeni bir hukuk kuralı da koyabilirdi<sup>32</sup>.

Padişahın sahip olduğu bu yetki, örfi hukuk alanında bireylerin hukuksal güvenceden yoksun bulunmaları sonucunu doğurmuştur. Nitekim, Tanzimat dönemine kadar uygulaması devam eden bu geleneksel sistemin yol açtığı genel rahatsızlık, Tanzimat Fermanına da yansımıştır. En temel hakların bile (yaşama hakkı dahil) o tarihe kadar, hukuksal güvence altında bulunmadığı, Tanzimat Fermanının içeriğinden<sup>33</sup> anlaşılmaktadır.

### III- Tanzimat Dönemine Kadar Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi

Osmanlı Devleti'nin en üstün gücü padişahdır. Şer'i hukuk alanına ilişkin yasama ve yargılama dışında, bütün siyasal ve hukuksal erk'ler, padişahın kişiliğinde toplanmıştır<sup>34</sup>. Devletin merkez örgütünde, padişahın sonra en güçlü kişinin, padişahın vekili konumundaki "vezir-i azam" olduğu kabul edilmektedir<sup>35</sup>. Ancak bu vekillik, mutlak anlamda değildir. Vezir-i azamın vekillik niteliği padişahın iradesi ile sınırlıdır. Vezir-i azam, her zaman tek başına karar verme olanağına sahip bulunmayabilir<sup>36</sup>. Padişah bazı devlet sorunlarının, belirli devlet büyüklerinin katılımı ile oluşan kurulda (Divan-ı

31 ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.188.

32 Osmanlı padişahının yargı yetkisi için bkz., ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.187-188.

33 Tanzimat Fermanının metni (ve sadeleştirilmiş hali) için bkz., Yaşar YÜCEL, Ali SEVİM, *Türkiye Tarihi (Osmanlı Dönemi, 1730-1861)*, C.4, TTK. yay., Ankara, 1992, s.248 vd.

34 Osmanlı padişahının yetkileri için bkz., ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.185 vd.

35 Vezir-i azamın devlet görevlileri içindeki konumu, Fatih Sultan Mehmet'in teşkilat kanunnamesinin 1.md. nde açıkça ifade edilmiştir. Bkz., Ahmet AKGÜNDÜZ, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri (Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri)*, C.I, Fey vakfı yay., İstanbul, 1990, s.318.

36 Vezir-i azamın görev süresi ve yetkileri tümüyle hükümdarın iradesine tabidir. Hükümdar, vezir-i azamın yetkilerini kısıtlayabileceği gibi, bazı alanlarda başka bir devlet görevlisini daha yetkili kılabilir. Örneğin; Fatih'in teşkilat kanunnamesinin 1.md. nde "...ve mahımın vekili defterdarımdır" ifadesi ile mali işlerde defterdarın daha yetkili olduğu belirtilmiştir.

Hümayunda) görüşülmesini isteyebilir. “Padişahın divanı” olarak da ifade edilen Divan-ı Hümayuna, padişahın vekili olarak vezir-i azam başkanlık eder. Ancak, asıl başkan padişaktır<sup>37</sup>. Divan-ı Hümayun; devlet işlerinin padişah adına görüşülüp karara bağlandığı bir kurul olduğu için, devletin en yüksek yönetim ve karar organıdır. Divan-ı Hümayun; örfi hukuk kuralları koyabilir, bu bakımdan yasama yetkisi vardır. Devletin, iç ve dış her türlü sorunuyla ilgilenip, kararlar verebilir ve bu kararların uygulanmasını sağlayabilir, yani yürütme yetkisi de vardır. Divan, örfi ve şer’i davalara bakabilir, yargı kararlarını ve yargıçları denetleyebilir. Bu açıdan bakıldığında ise divan, yargı yetkisi ile de donatılmış bir üst kurul-organdır.

### 1. Divan-ı Hümayun’un Yargı Sistemi İçerisindeki Yeri

Osmanlı Devleti’nde, uyuşmazlıkların çözüm mercii, esas itibariyle şer’i mahkemelerdi. Her tür uyuşmazlığa bakmakla görevli ve yetkili olan bu mahkemeler, genel görevli ve yetkili yargı kurumları idi. Bunun dışında, özel görevli ve yetkili yargı kurumları olarak, cemaat mahkemeleri ve konsolosluk mahkemeleri bulunmaktaydı. Hisbe(ihtisab) kurumu, ayrı bir yargı kurumu değildi. Bu kurumda görev yapan muhtesib’lerin yargısal nitelikte görevleri bulunmakta ise de, muhtesib’in esas görevi; dinsel kurallara uygun hareket edilmesine nezaret etmek, genel ahlâkın korunmasına yönelik yasaklara uyulmasını denetlemek, ölçü-tartı uyuşmazlıklarına bakmak gibi beledi ve inzibati nitelikteydi. Osmanlı yargı sistemi içerisinde bu tür görevler de kadıya verilmiş olduğundan, muhtesib, kadıya bağlı bir memur olarak bu görevi yerine getirirdi<sup>38</sup>. Diğer bir anlatımla muhtesib, bir nevi belediye ve inzibat memuruydu<sup>39</sup>. Dolayısıyla bu kurum, ayrı bir yargı kurumu niteliğinde değildi. Bu yargı kurumlarından başka, merkezde ve eyaletlerde yargı yetkisi kullanan divanlar bulunmaktaydı. Bu divanlardan biri de, merkezde bulunan ve en üst karar organı durumundaki Divan-ı Hümayun’dur<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.36.

<sup>38</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., R. LEVY, “Muhtesib”, *İslam Ansiklopedisi*, C.8, Maarif Basımevi, İstanbul, 1960, s.532-533 ; Halil İNALCIK, “Mahkeme”, *İslam Ansiklopedisi*, C.7, Maarif Basımevi, İstanbul, 1969, s.150 ; Halil CİN, Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, C.II, SÜ. yay., Konya, 1989, s.291 vd.

<sup>39</sup> Bkz., Ferit DEVELİOĞLU, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 11.bası, Aydın Kitabevi yay., Ankara, 1993, s.676.

<sup>40</sup> Divan-ı Hümayun dışındaki diğer divanlar için bkz., MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.142 vd.

## 2. Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi

Şer'i mahkemeler, kadı(yargıç) ve yardımcılarının<sup>41</sup> görev yaptığı yargı birimleridir. Bu mahkemeler; Osmanlıların, bağımsız bir devlet olarak tarih sahnesine çıktıkları tarihten, Tanzimat dönemine kadar geçen beş yüzyılı aşan bir zaman dilimi içerisinde, her türlü hukuksal sorunun çözüldüğü mercii olmuştur. Şer'i mahkemeler, genel olarak tek yargıçlı<sup>42</sup> ve tek derecelidir. Osmanlı yargı sisteminde, sistematik bir temyiz kurumu mevcut değildi<sup>43</sup>. Yargıcın kararları, kural olarak kesindir. Ancak, Divan-ı Hümayunun, devletin en yüksek karar organı olarak zaman zaman yargıçların kararlarını temyiz mahkemesi gibi denetlediği görülmektedir<sup>44</sup>.

Divan-ı Hümayunun yargı yetkisi sadece, divana getirilen yargı kararlarını temyizen incelemekle sınırlı değildi. Divan, ilk ve son derece mahkemesi olarak davalara bakabileceği gibi, yargı örgütünü denetleyebilmekteydi. Divan-ı Hümayunun yargı yetkisi, ilgili başlık altında ele alınacaktır ancak burada şu kadarını belirtelim ki; divan, bir temyiz mahkemesi değildir. Osmanlı hukuk sisteminde, sistematik bir temyiz usulü yoktur<sup>45</sup>. Davaların divan önüne getirilmesi ya da yakınma gibi özel durumlarda divan, yargısal faaliyette bulunur ve denetim görevini yapar. Divan, sadece yargısal sorunları inceleyen bir organ değildir. En üst organ olarak divan, devletin tüm işlerine bakmakla görevli ve yetkilidir.

Divan-ı Hümayuna kaynaklık eden daha önceki Türk-İslam devletlerindeki divanların, şer'i hukukun uygulanmasına ilişkin yetkileri mevcut değildi. Bu divanlar genellikle, şeriat dışı hukukun uygulanmasıyla uğraşan, devletin en yüksek yargı kurulları niteliğinde idi. Osmanlı Devletin'de de Divan-ı Hümayun, devletin tüm işlerine bakan ve yargı yetkisini de üzerine alan, devletin en yüksek organıdır. Ancak Divan-ı Hümayunun yargı yetkisi, daha önceki Türk-İslam devletlerindeki divanların yargı yetkisinden farklı olarak, hem şer'i yargıyı hem de örfi yargıyı içine almaktadır<sup>46</sup>.

41 Kadı(yargıç) yardımcıları ve bunların görevleri için bkz., İ.Hakkı UZUNÇARŞILI, *Osmanlı Devletinin İlmîye Teşkilatı*, 3.bası, TTK. yay., Ankara, 1988, s.117 vd.

42 İslam Hukukunda teorik olarak bir'den fazla yargıçtan oluşan mahkemelerin oluşturulmasına bir engel yoktur. Ancak uygulama genellikle tek yargıçlı mahkemeler şeklinde olmuştur. Bkz., AYDIN, *age.*, s.78.

43 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.87, dip.69.

44 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.86.

45 Hasan Tahsin FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi yay., İstanbul, 2000, s.418.

46 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.86.

### a) Örfi yargı yetkisi

Örfi konulara ilişkin uyuşmazlıklarda padişahın yargı yetkisinin sınırsız olduğunu daha önce ifade ettik<sup>47</sup>. Padişah bu yetkisini, çoğu kez kendi divanı aracılığı ile kullanır. Bunun sonucu olarak Divan-ı Hümayun, örfi davalarda sınırsız yargı yetkisine sahip olmuştur. Örfi davalarda Divan-ı Hümayun, kurul şeklinde faaliyet gösterir. Diğer bir deyişle divanın tüm üyeleri, dava ile ilgili görüşmelere ve kararın ortaya çıkmasına aktif olarak katılırlar. Divan-ı Hümayunun; diğer alanlarda olduğu gibi yargısal alandaki yetkisinin kaynağı da padişahdır. Divan, padişah adına yargı yetkisini kullanır. Padişah tarafından her an denetlenmesi söz konusu olduğu için, divan bu görev ve yetkisini büyük bir titizlikle yerine getirmekteydi<sup>48</sup>.

Divan-ı Hümayun; bir yandan padişah adına örfi hukuku yaratan bir yasama organıdır, diğer yandan da bu hukuktan doğan uyuşmazlıkları çözen bir yargı organıdır. Erk'ler ayırımının bilinmediği bir rejimde; yasama ve yargı görev ve yetkilerinin (ve yürütme görev ve yetkisinin de) bu şekilde iç içe geçmiş olmasını, yani hukuku yaratan organın, bu hukuktan doğan uyuşmazlıkların da çözüm yeri olmasını normal karşılamak gerekir<sup>49</sup>.

Divan-ı Hümayun yargı yetkisini kullanırken; önüne gelen uyuşmazlıkları<sup>50</sup>, ilk yargı yeri olarak ele alıp nihai çözüme kavuşturabileceği gibi, yargıçların çeşitli nedenlerle bakmaktan kaçınarak divana gönderdikleri davalara da ilk yargı yeri olarak bakabilir<sup>51</sup>. Diğer yandan divan, bir çeşit üst mahkeme (temyiz mercii) olarak da faaliyette bulunabilir.

### b) Şer'i Yargı Yetkisi

Divan-ı Hümayunda şer'i yargıyı, "ehl-i şer" denilen sınıfın şefi konumundaki kazaskerler temsil eder; örfi yargıyı ise, vezir-i azam ve "ehl-i örf"

47 ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.188.

48 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.86.

49 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.87.

50 İslam hukukunda kadı, kendi yargı bölgesinde bulunan her kişi üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Divan kural olarak, uyuşmazlığın tarafları ya da kadı tarafından önüne getirilen davalara ilk yargı yeri(mahkeme) olarak bakar. Ancak divan, önüne gelmeyen ve tarafları divanın toplandığı bölgede bulunmayan uyuşmazlıklara da bakmaya yetkilidir. Padişaha tanınan "kamu yararı nedeniyle kadıların yer bakımından yetkilerinin sınırlandırılması" yetkisi, divana bu olanağı vermektedir. Başka bir kadı'nın yetkisi dahilinde bulunan bir dava Divan-ı Hümayunda görülmeye başlanmış ise, o davanın görülme yetkisi, davalı veya davacının bulunduğu yerdeki kadıdan alınmış sayılır. Bkz., MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.88.

51 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.90.

denilen sınıfın başında bulunan diğer şef'ler(yöneticiler) temsil eder<sup>52</sup>. Yargı örgütünün başında bulunan ve dolayısıyla ülkenin en yüksek yargıçları sayılan kazaskerler, divanın doğal üyeleri olarak şer'i davalara bakarlar. Divan önüne gelen bir yargısal sorun şer'i nitelikte ise, böyle bir davanın dinlenmesi ve çözümü Rumeli kazaskerine havale edilir. Anadolu kazaskeri ise uzman bir hukukçu olarak, Rumeli kazaskerinin yanında yer alır. Dava, kurul üyeleri önünde cereyan eder ve karar, kurul kararı olarak çıkar. Ancak, şer'i nitelikteki bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin nihai hükmü Rumeli kazaskeri verir<sup>53</sup>.

### c) Şer'îye Mahkemelerini Denetleme Yetkisi

Divan-ı Hümayun; bir çeşit üst mahkeme gibi hareket edip, hükme bağlanmış uyuşmazlıkları yeniden ele alıp, karar vermek yetkisine de sahiptir. Yukarıda belirttiğim gibi, İslam hukukunda "temyiz" kurumu yoktur. Yargıcın verdiği hüküm, kural olarak kesindir. Bu nedenle temyiz, istinaf, karar düzeltme gibi kavramlar, İslam hukukunda mevcut değildi. Ancak, şer'î mahkemelerde tek kişi olarak hüküm veren yargıcın<sup>54</sup> her zaman, bilerek ya da bilmeyerek yanlış bir karar vermesi ihtimal dahilindedir. Yargı sistemindeki bu sakıncadır ki; temyiz ya da karar düzeltme kavramlarına yaklaşan fakat sistematik ve kurumsal bir yapıda olmayan çözüm yollarının doğmasını sağlamıştır<sup>55</sup>.

52 Şeriat alanı içinde iş görenlerin oluşturduğu sınıfa "ehl-i şer" denilmektedir. Bu kavramın ilk bakışta, "ulema" kavramı ile aynı anlama geldiği düşünülebilir. Ancak daha yakından bakıldığında "ulema" kavramının, "ehl-i şer" kavramını da içine alacak şekilde daha geniş bir kavram olduğu görülecektir. "Ulema" sınıfı; kamu görevlisi olsun ya da olmasın eğitim, din ve yargı işleriyle meşgul olanların oluşturduğu sınıf olduğu halde, "ehl-i şer" sınıfı; aynı işlerle meşgul olan kamu görevlilerinin oluşturduğu sınıftır. Örneğin; bir kamu görevi olmadan, diğer bir deyişle devletle bir hizmet ilişkisi bulunmadan İslam fıkhı ile meşgul olan bir kişi, ulemadan sayılır ancak, ehl-i şer mensubu değildir. "Ehl-i şer" denilen sınıfın içinde yer alan bir grup, fiili olarak devlet yönetimine de katılırlar. Bu grup, yargıçlardan oluşur. Daha önce de belirttiğimiz gibi yargıçlar sadece adalet dağıtmakla kalmazlar, ayrıca bazı yönetsel görevleri de yerine getirirler. Kazaskerler, bu sınıfın şefi konumundadır. "Ehl-i şer" in "ifta" görevi yapan diğer grubunun başında ise "şeyhülislam" bulunur. Devletin şeriat alanı dışında görev yapan kamu görevlilerine ise "ehl-i örf" denilmektedir. Devletin, her bir yönetsel biriminin başında bulunan şef'ler(yöneticiler) ile vezir-i azam, divanda "ehl-i örf"ü temsil ederler. Bkz., MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.38.

53 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.87-88.

54 Her ne kadar, yargılama faaliyeti sırasında kadiya yardımcı olan görevliler varsa da, uyuşmazlığa ilişkin nihai karar kadı tarafından verilir.

55 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.91-92.

Yargı kararının açık bir haksızlığa yolaçması, yargılama usulüne uyulmamış olması, yargıcın rüşvet alması, hükmün yanlış bir kurala dayanması, yeni delillerin ortaya çıkması gibi durumlarda aleyhine hüküm verilen taraf, davanın yeniden görülmesini isteyebilir. Bu istem (ya da itiraz) hükmü veren yargıca veya başka bir yargıca yapılabilir. İtiraz gerekçeleri yerinde görülürse, davaya yeniden bakılır. Davayı kaybeden taraf için tanınan bu itiraz olanağı, bir kanun yolu olarak görülemez. Burada, davanın yenilenmesi sözkonusudur. Bu yol, davayı kaybeden taraf için yeterli ve güvenli bir yol olmaktan uzaktır. Hükmün, kararı veren kadı veya başka bir kadı tarafından yeniden incelenmesi, yapılan haksızlığı ortadan kaldırmaya yetmeyebilir. Kadıların zulmen verdikleri hükümlerin büyük sayılara ulaşması<sup>56</sup> nedeniyle kesinleşmiş hükümlerin padişah divanında incelenmesi usulü doğdu.

Divan-ı Hümayunun daha çok yönetsel bir organ olduğu düşünülürse, kesinleşmiş şer'î hükümlerin divanda yeniden incelenmeye tabi tutulması ve gerektiğinde hükmün değiştirilmesi yadırganabilir. Ancak, yargı örgütünün başı olan ve ülkenin en yüksek yargıçları konumunda bulunan kazaskerlerin, asıl üye olarak divanda bulunmaları, divanı, yüksek yargı organı haline getirmektedir. İlgili tarafın yakınması üzerine divan önüne gelen mahkeme hükmü, burada yeniden incelenir ve bir hukuka aykırılık görülürse, (çoğu kez) aynı mahkemeye bazen de başka bir mahkemeye tekrar yargılanmak üzere gönderilir. Divan, gerekli gördüğünde iade gerekçesini de mahkemeye bildirebilir. Divan, davayı ilgili yerel mahkemeye göndermeyip, kendisi de hükme bağlayabilir. Divan kararları kesindir ve hemen uygulanabilir niteliktedir<sup>57</sup>.

Şu hale göre Divan-ı Hümayun; ilk mahkeme olarak davalara bakma ve hüküm tesis etme yetkisine sahip olduğu gibi, bir yüksek mahkeme gibi, yakınılan mahkeme kararlarını yeniden inceleme ve gerektiğinde yeni hüküm tesis etme yetkisine de sahiptir. Divanın yargı yetkisi, bu kadarla sınırlı değildir. Divanın ayrıca, yargı örgütünü denetleme yetkisi de mevcuttur. Bu denetleme; yakınılan kadı hakkında bir soruşturma yapıp, gerektiğinde kadı ile ilgili olarak tedbir almak şeklinde olabileceği gibi, divanın görevlendireceği "mehayıf müfettişleri" aracılığı ile de yargı örgütü denetlenebilir. Özel yargıç konumundaki bu müfettişler, özellikle çok yakınma gelen bölgelere gönderilir. Bu müfettiş-yargıçlar, gittiği bölgede bulunan naiplere ve kadı-lara rağmen doğrudan doğruya davalara bakarlar, yakınmaları dinlerler ve

<sup>56</sup> Bkz., Ahmet MUMCU, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı (Deneme)*, AÜHF, yay., Ankara, 1972, s.9 vd.

<sup>57</sup> AYDIN, *age.*, s.87.



elde ettikleri bilgileri, Divan-ı Hümayuna bildirirlerdi. Bu özel yargıçlar, yargı örgütünün başı olan kazaskerlere değil, divana karşı sorumludurlar<sup>58</sup>.

#### IV-Tanzimat Döneminde Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi

##### 1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nin geleneksel yargı örgütünün; XIX. yüzyılda ortaya çıkan gelişmeleri ve yenilikleri karşılamaktan uzak kalması, yargı yetkisi kullanan bazı kurulların(meclislerin) ortaya çıkması sonucunu doğurdu. Kurul(meclis, divan) geleneği, Osmanlı Devleti'nde çok eskilere dayanmaktaydı. Kuruluş döneminden XVII. yüzyıla kadar, devlet yönetiminde önemli rol oynayan Divan-ı Hümayun; devletin iç ve dış en önemli işlerinin görüşülüp karara bağlandığı bir kurul-organdı. Bu yüzyıldan itibaren devletin kurum ve kurullarında meydana gelen genel bozulmaya bağlı olarak, bu divan da önemini ve gücünü giderek kaybetmeye başladı. Bu suretle doğan boşluk, vezir-i azam divanları ile doldurulmaya çalışılmıştı<sup>59</sup>. Ancak bu durum, yeni bir "*danışma ve karar kurulu*"na olan ihtiyacı ortadan kaldıramamıştı. Bu nedenle, zaman zaman toplanan ve devletin ileri gelenlerinin oluşturduğu "*meşveret meclisi*" ön plâna çıktı<sup>60</sup>. III. Selim dönemindeki "*Nizam-ı Cedid*" denilen yenileşme hareketlerinin programlanması ve uygulanması sırasında daha çok toplanmaya başlayan bu meclis(kurul), giderek, Divan-ı Hümayunun yetkilerini kullanan bir meclis haline geldi<sup>61</sup>. II. Mahmut dönemi ise, meşveret meclisinin yoğun biçimde toplandığı bir dönem olmuştur. Bu dönemde yapılan bütün ıslahat hareketlerinde, bu meclisin önemli katkıları olmuştu<sup>62</sup>.

##### 2. Yeni Yargı Kurullarının(Meclislerinin) Oluşturulması

Tanzimat Fermanının ilanı ve bunu takip eden kararlarla Osmanlı Devleti'nin siyasal, yönetsel, hukuksal ve ekonomik yapısı değiştirilmek isten-

58 MUMCU, *Divan-ı Hümayun*, s.86.

59 Mehmet SEYİTDANLIOĞLU, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala (1838-1868)*, TTK. yay., Ankara, 1994, s.16.

60 Meşveret meclisinin ortaya çıkışı ve gelişmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz., Ayhan CEYLAN, *Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşünceşi ve Uygulaması (Kurultay-Divan-Meclis)*, İstanbul, 1998, s.76 vd., (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

61 SEYİTDANLIOĞLU, *age.*, s.16-17.

62 Musa ÇADIRCI, *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapıları*, TTK. yay., Ankara, 1991, s.185.

miştir<sup>63</sup>. Bu değişim, yargısal yaşamda da kendisini göstermiş ve yargı örgütü içerisinde yeni yargı kurumları oluşturulmuştur.

Yargılama alanında yeni düzenlemelerin yapılmaya başlanması, II. Mahmut döneminin sonlarına rastlamaktadır. 23 Mart 1837 yılında kurulan ve yasama ve yargı yetkileri ile donatılan “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*”<sup>64</sup>, geleneksel yargı sistemindeki gelişmelerin başlangıcını oluşturur.

#### a) Meşveret Meclisi ve Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye

III.Selim döneminden itibaren ön plana çıkan ve II.Mahmut döneminde önemi daha da artan Meşveret meclisi, devlet yönetiminde etkili bir konumda bulunmasına karşılık, düzenli bir çalışma sistemine ve kurumsal bir yapıya sahip değildi. Kendisine bağlı bir bürokratik örgütü bulunmuyordu. İhtiyaca göre padişahın bir hatt-ı hümayunu ile toplanan bu meclis, gündemindeki konuları görüşerek padişaha fikir verirdi. Meşveret meclisi bu yapısı ile, Divan-ı Hümayundan boşalan yeri tam anlamıyla dolduramadı. Belirli kuralları olan, yerleşik ve düzenli bir meclise(kurula) duyulan ihtiyaç ortadan kalkmadı<sup>65</sup>. Bu nedenle II. Mahmut; yararına inandığı meşveret toplantılarına resmi bir hüviyet kazandırmak gereğini duydu. 23 Mart 1837 tarihinde kurulan “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*” ile, meşveret meclisi kurumsal bir yapıya dönüştü.

Tanzimat döneminde bu meclis; “yeni yasaları hazırlamak”, “Tanzimatın uygulanmasına nezaret etmek” gibi önemli görev ve yetkilerin yanı sıra, bazı yargısal görev ve yetkiler ile de donatılmıştı. Esasen “nezaret” görev ve yetkisi, yargılama görev ve yetkisini de kapsamaktaydı. Bu görev ve yetki daha çok yönetsel yargı alanına ilişkindi. Meclis-i Vâlâ, memurları yargılayacak ve devletle kişiler arasındaki uyuşmazlıklara bakacaktı<sup>66</sup>. Nitekim, Tanzimata aykırı davranışları görülen bazı yöneticiler, bu meclisce yargılanarak çeşitli cezalara çarptırılmışlardı<sup>67</sup>. Böylece, Tanzimat dönemine kadar

<sup>63</sup> Kazım YETİŞ, “Tanzimat Karşısındaki Tavırların Tasnifi Konusunda Bir Deneme”, *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu* (31 Ekim-3 Kasım 1989), TTK. yay., Ankara, 1994, s.118.

<sup>64</sup> Enver Ziya KARAL, *Osmanlı Tarihi(İslahat Fermanı Devri, 1856-1861)*, C.VI, 4.bası, TTK. yay., Ankara, 1988, s.120 ; “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” nin kuruluş tarihi konusunda farklı bilgi için bkz., SEYİTDANLIOĞLU, *age.*, s.36.

<sup>65</sup> SEYİTDANLIOĞLU, *age.*, s.17-18.

<sup>66</sup> Gülnihal BOZKURT, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi (Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci, 1839-1939)*, TTK. yay., Ankara, 1996, s.134-135.

<sup>67</sup> ÇADIRCI, *age.*, s.191 vd.

genel görevli ve yetkili yargı kurumu olan şer'îye mahkemelerinin yönetsel yargıya ilişkin görev ve yetkileri, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye"ye devredilmiş olmaktadır.

Diğer yandan bu meclis, yargı yetkisini kullanırken, kendisini sadece yönetsel alan ile sınırlı görmemiştir. Temel görevi, Tanzimatın getirdiği sistemi korumak ve yaşatmak olan Meclis-i Vâlâ; bu görevi yerine getirebilmek amacıyla bazan hukuksal(örfi) sorunlara bakmış, bazen de ceza yargılamasında bulunmuştur. Normal koşullarda şer'îye mahkemelerinin görev ve yetkisi dahilinde bulunan hırsızlık, adam öldürme, eşkiyalık gibi suçları işleyenlerin yargılanmaları, gerek gördükçe bu mecliste de yapılmaktaydı. Daha sonra bu meclisin; gerek yeni yasaların hazırlanması, gerekse Tanzimatın uygulanmasının sağlanması gibi önemli ve yoğun iş yükü karşısında, bu tür yargılamalar tekrar yerel mahkemelerde yapılmaya başlandı. Ancak bu kez Meclis-i Vâlâ'yı, temyiz mercii konumunda görmekteyiz. Yerel mahkemelerin; adam öldürme, hazine gelirlerini zimmete geçirme gibi önemli davalara ilişkin kararları, Meclis-i Vâlâ'da bir kez daha görüşülmeden kesinleşmezdi<sup>68</sup>.

Meclis-i Vâlâ'ya tanınan bu yargı yetkisi, tartışma konusu olmamıştır. Zira, Divan-ı Hümayunun gücünü ve önemini kaybetmesinden sonra onun mirasçısı olarak ortaya çıkan bu meclis, Divanın yargısal yetkilerini de kullanan bir meclis olmuştu. Ehl-i örf denilen üyeleri dışında bir de ehl-i şer denilen üyesinin (kazaskerin) bulunması<sup>69</sup> bu meclisi, örfî ve şer'î yargı konularında yetkili kılmaktaydı.

#### **b) Yargı Yetkisi Kullanan Diğer Kurullar(Meclisler)**

Tanzimatın ilk yıllarında bu meclisin(Meclis-i Vala) dışında, yargı yetkisi kullanan başka meclisler de bulunmaktaydı. Tanzimattan önce başlayan Avrupa ile ticari ilişkilerin gelişmesi sonucunda, Batının bazı ticari gelenek ve kuralları Osmanlı Devleti'nde de yerleşmeye başlamıştı. Tüccarlar, aralarında çıkan uyuşmazlıkları, kendilerinin seçtikleri kişilerden oluşan özel meclislere havale etmeye başlamışlardı. Şer'î kurallara dayanmak zorunda olmayan bu meclisler, önüne gelen uyuşmazlıkları, ticari geleneklere ve zamanın yeni anlayışlarına göre çözmek yoluna giderlerdi. Bu suretle, şer'î hukukun ve yargı sisteminin yetersizliğinden doğacak sorunlar, giderilmeye çalışılmıştı. Tanzimat döneminde(1840 tarihinde) bu meclislere resmi bir

<sup>68</sup> ÇADIRCI, *age.*, s.190.

<sup>69</sup> Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâmı Adliye'nin üyeleri için bkz., ÇADIRCI, *age.*, s.186.

şekil verilerek, Ticaret Nezaretine bağlı olmak üzere bir ticaret meclisi(ticaret mahkemesi) teşkil olundu<sup>70</sup>.

Bundan başka, yine 1840(1256) tarihinde Maliye Nezaretinde “*Meclis-i Muhasebe*” denilen bir meclis oluşturularak, sarraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklara bakmakla görevlendirildi. Aynı yıl, *liman reisinin* başkanlığı altında oluşturulan diğer bir meclis de, deniz ticaretinden doğacak uyuşmazlıklara bakacaktı. Ayrıca 1847(1263) tarihinde taşrada, ticari nitelikteki uyuşmazlıklara bakmak üzere özel meclisler oluşturuldu<sup>71</sup>.

Yargı örgütünde yapılan bir diğer yenilik, 1840(1256) tarihli Ceza Kanununu uygulamak üzere aynı yıl İstanbul’da oluşturulan “*Meclis-i Tahkikat*” adlı kuruldur. Bu kurul, bütün ceza sorunlarıyla uğraşır ve haftanın belli günlerinde toplanarak, ceza yargılaması yapardı. Daha sonra eyaletlerde de oluşturulan bu kurulların başkanı vali, üyeleri ise yargıç ile eyalet meclisi üyeleri arasından veya dışardan, vali tarafından seçilen kişilerdi. Bu kurulların(mahkemelerin) verdiği hükümler -ölüm cezası dışında- kesindi ve hemen yerine getirilirdi. Ölüm cezasını gerektiren hususlarda ise, kurulun başkanı olan vali tarafından, toplanan deliller Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’ye(İstanbul’a) gönderilirdi ve bu meclisin ölüm cezası vermesi halinde kararın kesinleşmesi ve yerine getirilmesi için padişahın onayı gerekliydi<sup>72</sup>.

Ceza yargılaması yapmak üzere oluşturulan meclis-i tahkikat adlı kurulların dışında, Osmanlı vatandaşları ve yabancıların her tür ceza davalarına bakmak üzere “karma ceza mahkemeleri” oluşturuldu. 1847 yılında kurulan ve “kurul” niteliğinde olan bu mahkemelerde görev yapacak olan üyelerin yarısı büyükelçilikler veya konsolosluklarca, diğer yarısı da Osmanlı Devleti tarafından seçilecekti<sup>73</sup>. Tanzimatın ilanından hemen sonra ortaya çıkan bu meclisler(ya da mahkemeler); yargısal görev ve yetkilere sahip olmalarına karşın, karmaşık ve yargılama tekniğine uymayan bir yapıdaydı. Genellikle yönetsel görevlerde bulunan memurlardan oluşan bu meclislerde<sup>74</sup>; halkın temsilcisi sayılabilecek kişiler, şeriatın temsilcisi yargıç ve hatta yabancı uyruklu kişiler de görev yapmaktaydı.

Hukuk sistemindeki ve yargı örgütündeki yetersizlik sonucunda; Tanzimatın ilk yıllarından itibaren gerek ticaret gerekse ceza davalarına

<sup>70</sup> M.Reşit BELGESAY, “Tanzimat ve Adliye Teşkilatı”, *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.213-214; KARAL, *Osmanlı Tarihi*, VI, s.150-151.

<sup>71</sup> BELGESAY, *agm.*, s.214.

<sup>72</sup> KARAL, *Osmanlı Tarihi*, VI, s.150 ; BOZKURT, *age.*, s.116.

<sup>73</sup> ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.297.

<sup>74</sup> BELGESAY, *agm.*, s.214.

bakmak üzere, pratik ihtiyaçların zorlamasıyla ortaya çıkan bu yargı kurumlarının varlığı, önemli bir yenilikti. Zira, Tanzimata kadar devam eden geleneksel tek yargıçlı sistemin dışında, çok üyeli yargı kurumları yargısal yaşama girmişti. Bu kurumların oluşumu, şer'îye mahkemelerinin görev ve yetki alanlarını önemli ölçüde daraltmıştı. Tanzimat döneminde şer'îye mahkemeleri, yargısal yaşamı tümüyle kontrol eden yargı kurumu olmaktan çıkmıştı. Ancak, bu gelişmeler, Tanzimat döneminde yargı örgütüne ilişkin sorunları ortadan kaldırmaya yetmedi. Bu dönemdeki yeni yargı kurumlarının karmaşık yapısı ve işleyişi; yargı örgütünde esaslı bir düzenlemeyi gerekli kılmaktaydı<sup>75</sup>.

### V- Sonuç

Osmanlı Devleti'nin kuruluşuna islami esaslar hakim olduğu için, devletin kurum ve kuralları oluşturulurken, daha önceki islam devletlerinin büyük ölçüde etkisi altında kalınmıştır. Bu etki, yargı kurumları üzerinde de görülmüş ve Osmanlı yargı sistemi, geleneksel yapıya uygun olarak düzenlenmiştir. Bu sistem içerisinde şer'îye mahkemeleri, devletin temel ve genel yargı kurumları niteliğindedir. Tek yargıçlı<sup>76</sup> ve tek dereceli bir yapıya sahip olan bu mahkemeler, bünyesinde bazı sakıncalar taşımaktaydı. Şöyle ki, yargıcın; yargılama usulüne uymaması, tarafsızlığını koruyamaması, iradi veya gayri iradi olarak hata(lar) yapması ve bunun, kararına yansması her zaman olasıydı. Bu sakıncaların bertaraf edilebilmesi için, uygulama, kendi denetim sistemini yaratmıştır. Şühudül-hal denilen ve o yargı çevresinin ileri gelenlerinden oluşan heyet, yargılamanın gözlemcileri olarak mahkemede bulunurlardı<sup>77</sup>. Bu heyetin; yargılamanın işleyişi ve karar üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamakla birlikte, zaman zaman eski yargıçların hatta eski kazaskerlerin de bu heyette görev yapması, yargıcı, tarafsız ve usule uygun hareket etmek hususunda daha dikkatli olmaya sevkettiği kuşkusuzdur<sup>78</sup>.

Diğer yandan, o yargı çevresinin müftüsünün (veya baş müftü konumundaki şeyhülislâmın) fetvaları da, yargı kararları üzerinde dolaylı fakat etkili

<sup>75</sup> Enver Ziya KARAL, *Osmanlı Tarihi (Islahat Fermanı Devri, 1861-1876)*, C.VII, 4.bası, TTK. yay., Ankara, 1988, s.164.

<sup>76</sup> Daha önce de belirttiğimiz gibi İslam hukukunda teorik olarak çok yargıçlı mahkemelerin oluşturulmasına bir engel yoktur. Bkz., 42 no'lu dipnot.

<sup>77</sup> Nasi ASLAN, *İslam Yargılama Hukukunda "Şühud'ül-hal" Jürisi – Osmanlı Devri Uygulaması*, Beyan, yay., İstanbul, 1999, s.17.

<sup>78</sup> Şühud'ül-hal denilen heyette bulunan üyelerin, görev yapacakları mahkemenin yargıcı tarafından atanıyor ve azlediliyor olmaları, gerçek ve kurumsal bir denetim sisteminin oluşumunu engellemiştir. ASLAN, *age.*, s.71 vd.

bir rol oynamaktaydı<sup>79</sup>. Burada müftülerin, yargıç olmadıkları halde yargı kararları üzerindeki etkileri yadırganmamıştır. Zira; eğitim, din ve yargı hizmetlerine ilişkin görev ve yetkiler ulema sınıfına aitti. Dolayısıyla müftünün, din hizmetlerini yürüten ve ulema sınıfına mensup bir kamu görevlisi olarak, dinsel hukukun uygulanmasına yorumları (fetvaları) ile katılması normal karşılanmıştır.

Bu denetim araçları ile, yargıcın, tek başına (kesin) karar vermesinin sakıncaları giderilmeye çalışılmıştır. Ancak burada, yeterli ve kurumsal bir denetim söz konusu değildir. Bu noktada Divan-ı Hümayun önemli bir fonksiyon ifa etmekteydi. Yargı kararları ve yargıçlar divan tarafından bir tür temyiz kurumu gibi denetlenerek, bu sakıncalar giderilmeye çalışılmıştır. Divanın bu denetimi, ülke genelinde uygulama birliğini sağlama bakımından da önem arz etmekteydi. Ne var ki, Divan-ı Hümayun, sadece yargısal denetim yapan kurumsal bir temyiz mercii olmadığı için, yapılan denetimler de münferiden ve yakınma sonucunda vukubulmaktaydı. Diğer yandan divanın, uyuşmazlıklara ilk yargı yeri olarak bakma yetkisi, belki bir güvence sayılabilirdi ancak, ülkedeki bütün uyuşmazlıklara bir divanın(hatta merkezdeki diğer divanların da) bakmasının olanaksızlığı göz önünde bulundurulacak olursa, bu denetim yolunun da yeterli olmadığı sonucuna varılacaktır.

Tanzimat döneminde yaşanan değişim süreci, geleneksel yapısını sürdüren Divan-ı Hümayunun devlet yaşamındaki önemini ve üstün konumunu fiilen ortadan kaldırmıştır. Bunun sonucu olarak, divanın yetkilerini kullanan başka kurullar(meclisler) ortaya çıkmıştır. Bu kurullardan bazıları daha sonra mahkeme niteliğine dönüşmüştür<sup>80</sup>. Ancak bu gelişmeler, Osmanlı yargı sisteminin dağınık ve karmaşık yapısını azaltmak yerine daha da artırmıştır ve bu yapı, devletin sonuna kadar devam etmiştir.

---

<sup>79</sup> FENDOĞLU, *Yargı Bağımsızlığı*, s.288.

<sup>80</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., İbrahim DURHAN, *Yapısı ve İşleyişi İtibariyle Osmanlı Yargı Örgütü ve Tanzimat Dönemindeki Gelişmeler*, İstanbul, 1999, s.153 vd., (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

# OMBUDSMAN KURUMU

*Yrd.Doç.Dr. Hayrettin EREN\**

## GİRİŞ

İdarenin genel olarak kamu hizmeti dediğimiz, yürütmekle yükümlü olduğu görevleri vardır. İdare, kamu hizmetlerini, görevlerini şüphesiz hukuk kurallarına uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Fakat idarenin görevlerini yerine getirirken bilerek veya bilmeyerek hukuka aykırı davranması da muhtemeldir.

İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak, durumunu değerlendirmek, aksayan yönlerini saptamak için hem hukukilik hem de yerindelik denetimi yapılır. İdarenin denetiminde çeşitli denetim yolları söz konusudur. İdarenin idari kuruluşlar tarafından yapılan denetimine “İdari Denetim” denir<sup>1</sup>. İdarenin yasama organı tarafından da denetlenmesi söz konusudur. Yasama organı tarafından yapılan denetime de “Siyasal Denetim” denir<sup>2</sup>.

İdare üzerindeki denetim yollarından birisi de “Kamuoyu Denetimi”dir. Kamuoyu denetiminin idare üzerinde etkili olabilmesi için örgütlü bir toplum olmak ve işleyen demokrasiye sahip olmak gerekir. Günümüzde gelişen kitle iletişim araçları dolayısıyla kamuoyu denetimi büyük bir öneme sahiptir. İdari kuruluşlar, kamuoyunun eğilimlerini dikkate almak, yaptıkları işleri

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Örneğin Devlet Denetleme Kurulu, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Başbakanlık Teftiş Kurulu tarafından idarenin denetlenmesi. Kuruluşunda Ombudsmanvari bir organ olarak düşünülen Devlet Denetleme Kurulu, gelişen süreç içerisinde işlevsel olamamıştır. Kurul üyelerinin, süreleri dolmadan görevden alınabilmeleri görevde güvencesizlik oluşturmaktadır. Kurul, çalışmalarını gerekli gördüğü zamanlarda ya da 1 yıllık raporlarda yayınlatabilme imkanından da 406 sayılı KHK yapılan değişiklikle mahrum bırakılmış ve önemli bir araçtan yoksun kalmıştır. Aslında yapılacak köklü değişiklikle Devlet Denetleme Kurulunun ya doğrudan “kamu denetçisi”, olarak ya da TBMM’ne bağlı “Parlamento Ombudsmanı” olarak yeniden düzenlenmesi mümkündür.

2 Örneğin soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması gensoru gibi meclis denetim yolları aracılığıyla; dilekçe hakkı kullanılarak TBMM Dilekçe Komisyonuna veya TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonuna başvurulması suretiyle idarenin siyasal denetimi yapılmaktadır.

kamuoyuna duyurmak ve açıklamak zorunluluğu duyarlar ki özellikle görsel ve yazılı medya idare üzerinde etkili bir denetim aracı olmaktadır. Ayrıca örgütlü toplumun görüntüleri olan çeşitli meslek kuruluşları ve derneklerin, baskı kümesi olarak, kamu yönetiminin işleyişini etkileme olanakları da vardır<sup>3</sup>.

İdare üzerinde uygulanan ve “İdare”nin dışında yer alan bir organ tarafından yapılan diğer bir denetim de “Yargı Denetimi” dir. İdarenin bu yolla denetimi İdareden ayrı, bağımsız bir organ, “Yargı Organı” tarafından yapılmaktadır. İdarenin yargısal denetimi, denetim yolları içerisinde en etkili ve en önemlisi olanıdır. Çünkü Anayasanın 138.maddesi yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu, hiçbir surette değiştiremeyeceklerini ve yerine getirilmesini geciktiremeyeceklerini hüküm altına almıştır. İdarenin yargısal denetimi hukuk devletinin vazgeçilmez unsurudur<sup>4</sup>.

İdare üzerindeki denetim, yalnız ulusal düzeyde olmaz; globalleşmenin yoğun olarak yaşandığı günümüz dünyasında uluslararası denetim de söz konusudur. Özellikle son yıllarda insan hakları bağlamında uluslararası denetim mekanizması ülkemiz açısından önemini, güncelliğini arttırmaktadır. Bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanalıyla da idarenin uluslararası denetimi yapılmaktadır.

İnsan haklarının temel sorumlusu ve ödevlisi hiç kuşkusuz ki devlettir. İdare, bireyin yaşamına bazen kamu düzenini sağlamak, bazen de kamu hizmeti sunmak amacıyla müdahale eder ki, bu müdahaleler sırasında insan hakları sıklıkla ihlal edilir. Bundan dolayı idarenin denetlenmesi, aslında dolaylı olarak insan haklarının korunması anlamına da gelmektedir. Ombudsman kurumu, yukarıda kısaca ifade ettiğimiz idarenin denetimi alanında faaliyet gösteren yerleşik mekanizmaların yanında, onlarla işbirliği içerisinde yeni bir mekanizma olarak ortaya çıkmaktadır<sup>5</sup>.

Ombudsman bir kurum olarak ilk defa 1809 Anayasası ile İsveç’te ortaya çıkmıştır. 1809 yılına kadar Kral’ın gözlemcisi olarak faaliyet gösteren Ombudsman, bu tarihte yürürlüğe giren İsveç Anayasasında düzenlenerek anayasal bir kurum haline gelmiştir. Ülkede demokrasinin yerleşmesi ile de Ombudsman, Kral’ın yerine Yasama Organı adına, Yürütme Organını ve ona

3 GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-TAN, Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar, C.I, Ankara, 1998, s.747.

4 ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996, s.118.

5 ERHÜRMAN, Tufan, “İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara, 2000, s.339. (Ombudsman Kurumu)



bağlı olarak çalışan tüm kamu kuruluşlarını denetleyen bir organ haline dönüşmüştür<sup>6</sup>.

Ombudsman bir yüzyılı aşkın bir zaman boyunca İsveç'e özgü bir kurum olarak kaldıktan sonra, Finlandiya'da (1919), Danimarka'da (1955), Almanya'da (56), Norveç'te (1962), Yeni Zelanda'da (1962), İngiltere'de (1966), Fransa'da (1973), Portekiz'de (1973), Avusturya'da (1977), İspanya'da (1978), İrlanda'da (1980), Hollanda'da (1982), Belçika'da (1995) kurulmuştur<sup>7</sup>. 1980-1990'lı yıllarda Afrika ve Doğu Avrupa'da da kurulmaya başlanan Ombudsman kurumu, son derece hızlı bir şekilde yayılarak, günümüzde 90 ülkede faaliyette bulunmaktadır<sup>8</sup>.

Birçok ülkede Ombudsman tek kişilik bir kurumdur, yardımcıları yoktur. Bazı ülkelerde de bu kurum heyet halindedir (İsveç, Finlandiya, Avusturya). Bazı ülkelerde ise taşra temsilcileri oluşturulmuştur (Fransa). Ulusal düzeyde, mahalli idareler ve kamu teşebbüsleri düzeyinde uygulanan Ombudsman sistemleri vardır. Ayrıca, Avrupa Birliği düzeyinde de Ombudsman kurumuna yer verilmiştir<sup>9</sup>. Ülkemizde ise Ombudsman kurumu halen oluşturulmamış, kurulmamıştır.

## I. TANIM

Ombudsman kavram olarak, "sözcü", "temsilci", "başkaları için şikayet eden kişi" anlamına gelen İsveççe bir sözcüktür. Ombudsmanın Türkçe karşılığı olarak; arabulucu<sup>10</sup>, kamu hakemi, medeni hakların savunucusu,

<sup>6</sup> Kurumun kaynağı, ortaya çıkışı ve tarihi süreç ile ilgili olarak bkz.; GELHORN, Walter, *Ombudsman and Others-Citizens' Protectors in Nine Countries, USA*, Harvard University, 1967, s.194 vd.; WAHAB, İbrahim, *The Swedish Institution of Ombudsman*, Stockholm, 1979, s.19 vd.; ALATON, İshak, "Bireyi Devlete Karşı Savunan Ombudsman Kurumu", *Radikal Gazetesi*, 18.03.1997; BAYLAN, Ömer, *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikayetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Formülü*, Ankara, 1978, s.7; ULER, Yıldırım, "Ombudsman (Kamu Denetçisi)", *I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Üçüncü Kitap, Çeşitli İdare Hukuku Konuları*, Ankara, 1992, s.1028.

<sup>7</sup> TORTOP, Nuri, "Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulaması", *AİD.*, C.31, S.1, Mart 1998, s.3.

<sup>8</sup> ERHÜRMAN, *Ombudsman Kurumu*, s.342.

<sup>9</sup> FRANK, Bernard. "The World-Wide Growth of The Ombudsman", Prof.Dr.Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara, 1977, s.159; BABÜROĞLU, Oğuz, "Devlette Bir Toplam Kalite Mekanizması Örneği "Ombudsman" Kurumu", *Zaman Gazetesi*, 6.2.1999, s.13; TORTOP, s.3,8.

<sup>10</sup> Değişik şekilde ifade edilen bu kurumun teknik olarak bir "arabulucu" şeklinde nitelenmesi doğru değildir. Özellikle idarenin hukuka aykırı bir eylem veya işlemi ile karşılaşan ombudsmanın bir arabulucu gibi davranmasını beklemek mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda Ombudsman, hiç kuşkusuz ki, hukuka aykırı eylem ve işlemi yapan idarenin

parlamento komiseri, kamu denetçisi gibi kavramlar kullanılmaktadır. Çeşitli ülkelerde uygulanan ombudsman kurumu değişik biçimlerde ifade edilmektedir. Hollanda'da ulusal ombudsman, Fransa'da arabulucu, Kanada'da vatandaş koruyucusu, İspanya'da halk savunucusu, Avusturya'da-Romanya'da halkın avukatı, Portekiz'de adalet temsilcisi, İngiltere'de yönetim için parlamento komiseri, Polonya'da sivil haklar savunucusu, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde yüksek yönetim denetçisi ifadeleri kullanılmaktadır<sup>11</sup>.

Ombudsman kurum olarak, parlamento tarafından parlamentoyu temsil etmek üzere seçilmiş kimse veya kimseleri simgelemektedir. Kurumu uygulayan her ülke, kendi gereksinimlerine göre, başka ülkelerde bulunmayan, özgün yapılar oluşturmuşlardır<sup>12</sup>. Ombudsman, farklı ülkelerde farklı içerikteki yasal ve anayasal düzenlemelerle gündeme geldiğinden, kurumun net bir tanımının yapılması mümkün değildir. Kurumun her uygulaması, bulunduğu yerin gereksinimlerine ve özelliklerine göre farklı yapılara yol açabilir. Fakat biz uygulamalarda yer alan ortak noktalardan hareketle şöyle bir tanım yapabiliriz:

“İdarenin işlemleri, eylemleri, davranışları üzerinde hukuka aykırılık ve yerindelik denetimi yapmaya; hukuka aykırı bulduğu veya yerinde bulmadığı işlemlerin geri alınması/kaldırılması veya bu işlem veya eylemlerden doğan zararların giderilmesi ve yurttaşlara yönelik uygunsuz davranışların düzeltilmesi için ya şikayet üzerine ya da resen idare nezdinde girişimlerde bulunmaya ve bağlayıcı olmayan kararlar almaya yetkili olan, parlamentoya karşı sorumlu bağımsız bir devlet organıdır.”

Uluslararası Barolar Birliği'nin tanımı ise şöyledir: “Anayasa ya da yasa tarafından kurulan, mağdur olan yurttaşların idareye ve kamu görevlilerine ilişkin şikayetleri üzerine ya da resen harekete geçip araştırma yapma, düzeltici tavsiyelerde bulunma ve rapor yayınlama yetkilerine sahip olan, parlamentoya karşı sorumlu, yüksek düzeyde, bağımsız bir kamu görevlisi tarafından yönetilen bir bürodur.”<sup>13</sup>

Ombudsmanın yetki ve statüsü genel olarak anayasa ve yasalarda belirtilmiştir. İsveç'te Anayasanın 6.maddesinde temel ilkeler belirtilmiş, ayrıca

---

karşısında bulunacak ve arabulucu gibi davranmak yerine, hukuka aykırı eylem veya işlemi yapanın bu hukuka aykırılığı kayıtsız ve koşulsuz olarak gidermesini isteyecektir.

11 TORTOP, s.4; ATALAY, Nail, “KKTC'de İnsan Haklarının Korunması Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu”, Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara, 2000, s.352.

12 BABÜROĞULU, s.13.

13 HOLM, Niels, Eilschou, “The Ombudsman-A Gift From Scandinavia To The World” in The Danish Ombudsman, Ed., HANSEN, Hans Gammeltoft-AXMARK, Flemming, Copenhagen, DJOF Publishing, 1995, s.13.

ayrıntılar tüzükle saptanmıştır. Finlandiya Anayasasının da 49 ve 59. maddelerinde parlamenter arabulucu veya ombudsmanın parlamento tarafından seçileceği, devlet sivil ve askeri yönetimi denetlemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Portekiz Anayasasının 23.maddesinde adalet temsilcisi olarak nitelenen parlamenter arabulucu veya ombudsmanın, bağımsız bir kişi olduğu, parlamento tarafından seçileceği, yönetimle ilgili vatandaş şikayetini incelemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir<sup>14</sup>. KKTC Anayasasının 114.maddesi Yüksek Yönetim Denetçisi başlığı altında ombudsman kurumunu düzenlemiştir<sup>15</sup>.

Diğer bir kısım ülkelerde parlamenter arabulucu veya ombudsman kurumu anayasalarda yer almamıştır. Fransa, Hollanda, İngiltere ve İrlanda'da parlamento tarafından kabul edilen bir kanunla düzenlenmiştir<sup>16</sup>.

Ombudsmanın anayasal veya yasal bir düzenlemeye sahip olması, görevini yürütürken diğer kurumlarla olan ilişkilerinde büyük destek sağlar<sup>17</sup>. Aynı zamanda kuruma anayasal ve yasal korunma imkanı verir.

## II. OMBUDSMAN KURUMUNUN ÖZELLİKLERİ

### A. Bağımsızlık-Tarafsızlık

Bağımsızlık Ombudsman açısından tanımlayıcı bir unsurdur. Ombudsmanın yürütmeden ve idareden bağımsızlığı tam sağlanmış olmalıdır<sup>18</sup>. Bu bağımsızlığın tam sağlanamaması durumunda bu kuruma Ombudsman adının verilmesi doğru değildir. Çünkü ancak, idarenin ve yürütmenin tüm etkilerinden arındırılmış bir kurum, idarenin üzerinde etkili bir denetim uygulayabilir. Aksi takdirde, bu denetimin idare içinde alışlagelmiş olan hiyerarşik denetimden veya vesayet denetiminden bir farkı kalmaz.

<sup>14</sup> TORTOP, s.4.

<sup>15</sup> "Yönetimin herhangi bir hizmet veya eyleminin, yürürlükteki mevzuata ve mahkeme kararlarına uygun olarak yapıp yapılmadığını veya herhangi bir yürütsel veya yönetsel birim veya görevli tarafından veya onlar adına yapılan herhangi bir hizmet veya eylemi denetlemek, soruşturmak. yetkililere rapor sunmak veya yasada belirlenecek diğer görevleri yerine getirmek amacı ile, Cumhurbaşkanlığınca, Meclisin onayı ile, bir Yüksek Yönetim Denetçisi atanır.

Yüksek Yönetim Denetçisinde aranan nitelikler, yetki ve görevleri Yasa ile düzenlenir.

Yüksek Yönetim Denetçisinin görevden alınma koşulları, bir Yüksek Mahkeme üyesine uygulanan koşullara denk tutulur.

Yargı organları ile dış politikayı ve ülke savunmasını ilgilendiren konular Yüksek Yönetim Denetçisinin yetki alanı dışındadır." .ATALAY, s.352.

<sup>16</sup> TORTOP, s.5.

<sup>17</sup> BABÜROĞULU, s.13.

<sup>18</sup> TORTOP, s.

Aslında Ombudsman, sadece idare karşısında değil, seçilmesi ve görevden alınması dışında parlamento karşısında da bağımsız olan bir kurumdur. Ombudsman yetkisini her zaman parlamentodan alır, fakat incelemelerinde parlamento karşısında da bağımsızdır. Parlamento onu seçebilir ve görevden alabilir, ancak ona herhangi bir emir ya da talimat veremez<sup>19</sup>. Ombudsman faaliyetlerini yürütürken tam bir özgürlük ve otonomi içinde hareket eder. Ombudsmanın faaliyetlerini yürütürken parlamento, Ombudsmana belirli bir şikayeti nasıl ele alacağı hakkında talimat veremez veya Ombudsmanın kararlarını etkileyemez, onları tekrar gözden geçirip düzeltemez<sup>20</sup>.

Ombudsmanın seçilme yöntemi, kurumun bağımsızlığının sağlanması açısından önemlidir. Kural olarak ombudsmanlar, parlamento tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı ve hükümetler tarafından atanması halleri çok azdır. İdareden bağımsız bir organ olmaları da bunu gerektirmektedir. Ayrıca, halkın seçtiği kişilerden oluşan parlamento tarafından seçilmiş olma, ombudsmanların demokratik yasallığını da güçlendirmektedir. Ancak bu genel kurala istisna olarak üç devlet gösterilebilir. Bunlardan birisi İngiltere'dir. İngiltere'de parlamento komiseri ve hükümetin önerisi üzerine Kraliçe tarafından atanır. Ancak Kraliçe bu atamayı yapmadan önce, parlamento komiseri ile Avam kamarası arasındaki ilişkileri yürütmekle görevli soruşturma komisyonu başkanının görüşünü almak zorundadır. İrlanda ombudsmanı da, parlamentonun kararından sonra Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Üçüncü örnek ülke de Fransa'dır. Fransa'da arabulucu, Cumhurbaşkanı'nın imzasını da içeren Bakanlar Kurulu kararı ile atanır<sup>21</sup>.

Parlamento tarafından yapılan seçimde aranan çoğunluk da önemlidir. Burada önemli olan, mümkün olduğu kadar fazla sayıda milletvekilinin desteğinin ortaya çıkabilmesidir. Bu açıdan Muhalefet partilerinin de etkin oldukları bir seçim çoğunluğu, nitelikli çoğunluk önemlidir<sup>22</sup>.

Ombudsmanın görev süresi de bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından önemlidir. Ombudsmanın görevi sürelidir. Bu süre genelde parlamento süresi ile sınırlıdır<sup>23</sup>. Ombudsmanın sadece bir dönem için görev yapabilmesi ve ikinci kez aynı görev için aday gösterilememesi, bu kurumun başında bulunacak kişinin görev süresi boyunca ikinci bir kez seçilebilmesini sağla-

---

19 MOLLER, Jens, "The Danish Ombudsman and The Protection of Human Rights", Ombudsman in Europe, (Ed.MATSCHER, Franz), Austuria, 1994, s.38.

20 BABÜROĞULU, s.13.

21 TORTOP, s.5.

22 BAYLAN, s.166.

23 TORTOP, s.6.

yabilmek için birilerine hoş görünmek ve yaranmak zorunda kalmaması sonucunu doğuracağından, bağımsızlığın ve tarafsızlığın sağlanması açısından önemlidir. Ombudsmanın, yasama organı tarafından seçildiği durumlarda, görev süresinin yasama organının görev süresinden daha uzun olması, yasama organlarının hiç olmazsa belli bir süre için kendi seçmedikleri Ombudsmanlarla çalışmak zorunda kalmalarını sağlaması açısından yerinde olur. Bu durum, parlamentonun çoğunluğunu elinde bulunduran partinin yürütme organını da ele geçirdiği günümüzde bağımsızlık açısından daha da önemli hale gelmiştir<sup>24</sup>.

Ombudsmanın bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması açısından önemli noktalardan biri de bütçe sorunudur. Bütçesi sürekli olarak yasama organı tarafından belirlenen veya onun tarafından denetlenen bir Ombudsmanın bağımsızlığından söz edilmesi kolay değildir. Ombudsman kurumu, özel bütçeli bir kuruluş olarak düzenlenmeli, bütçe Ombudsman tarafından hazırlanmalıdır. Ayrıca, Ombudsman kurumunun başında bulunacak kişinin maaşının da, ülke içerisindeki en yüksek maaşlı kamu görevlisinin maaşına denk olması gerekir. Bu durum, kurumun başındaki kişinin yaşam seviyesini yükseltmek için iktidardakilerle pazarlık yapmak ve dolayısıyla onlarla “uyumlu” olmak zorunda kalmasını önlenmesi açısından önemlidir<sup>25</sup>.

Ombudsman kurumunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı, sadece başında bulunacak kişiyle ilgili bir sorun değildir. Dolayısıyla personelinin de bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmalıdır. Personel, idare ve yürütme tarafından veya onların etkisi altında değil, doğrudan doğruya Ombudsman makamına atanan kişi tarafından seçilmelidir. Ayrıca, bu personelin de tatminkar bir maaş almasının sağlanması, bağımsızlığın ve tarafsızlığın maddi yollarla zedelenmesi olasılığının asgariye indirilebilmesi açısından önemlidir<sup>26</sup>.

Ombudsmanın yaşı da bağımsızlığı ve tarafsızlığı etkileyen bir konudur. Görev süresi dolduktan sonra ne yapacağını düşünen, bu sürenin sonunda siyasete atılmayı veya bürokrasinin üst basamaklarında görev almayı tasarlayan bir Ombudsmanın, bağımsız ve tarafsız kalmasının güçleşeceği, geleceğe yatırım yapma çabası içerisine girebileceği muhtemeldir. Bu nedenle Ombudsmanın, gerek yaşça gerek mesleki konumu itibarıyla Ombudsmanlık makamını bir sıçrama tahtası olarak görmeyecek bir durumda olması tercih edilmelidir. Dolayısıyla ombudsman tercihen, kıdemli hakimler, üniversite

---

<sup>24</sup> ERHÜRMAN, Tufan, “Ombudsman”, AİD., C.31, S.3, Eylül 1998, s.92. (Ombudsman)

<sup>25</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman, s.92.

<sup>26</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman, s.92.

profesörleri, avukatlık yapan avukatlar ya da yönetimdeki görevine geri dönmeyi düşünmeyen üst düzey yöneticiler arasından seçilmelidir<sup>27</sup>.

Ombudsman, görevini yürütürken her türlü partizanlıktan uzak kalmalıdır. Ombudsman, iktidardaki veya muhalefetteki herhangi bir partiyle ilişkide bulunmamalı, bu anlamda tarafsız bir kimlik taşımalıdır<sup>28</sup>.

### B. Görev Alanı

Ombudsman, idarenin denetlenmesi amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Ombudsmana yapılan şikayetler, idarenin işleyişindeki bozukluklar ve karşılaşılan haksızlıklarla ilgilidir. Dolayısıyla Ombudsmanın hangi alanlarda görev yapacağı belirlenmesi önemlidir. Görev alanı belirlenirken öncelikli amaç, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin denetim kapsamına alınması olmalıdır.

Ombudsmanın görev alanı iki kriterden yararlanarak belirlenebilir. Birinci kriter, işlevsel yaklaşımdır. İşlevsel yaklaşım kriterine göre; işlem, eylem veya davranışın hangi organ tarafından yapıldığına değil, idari fonksiyona dahil olup olmadığına bakılır<sup>29</sup>. Buna göre, hangi organ tarafından yapılırsa yapılsın idari işlemler, idari eylemler ve idari davranışlar Ombudsmanın yetki alanı içerisinde kabul edilir. Bu yaklaşımdan hareketle yargı organının veya yasama organının yaptığı idari işlemler, eylemler ve davranışlar Ombudsmanın denetim yetkisi içerisinde değildir. İkincisi kriter ise organik yaklaşımdır. Organik yaklaşım kriterine göre ise; işlemin, eylemin veya davranışın niteliğine değil, hangi organ tarafından yapıldığına bakılır. İdari fonksiyona dahil bir işlem yasama veya yargı organı tarafından yapılsa dahi ombudsmanın görev alanı dışında kalır. İşlevsel kriter amaca daha uygun bir özellik taşımaktadır. Çünkü mümkün olduğu kadar geniş bir alan görev alanı içine katılmalıdır.

İlke olarak Ombudsman, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarla, yasama ve yargı işlemleriyle ilgili alanlarda incelemelerde bulunmaz<sup>30</sup>. Bazı ülkelerde askeri konular, dış ilişkiler, yerel yönetimlerle ilgili alan ve kamu kuruluşlarının ticari faaliyetleri Ombudsmanın inceleme alanı dışında tutulmuştur. Bazı ülkelerde ise Ombudsman daha geniş yetkilere sahiptir. İspanya'da güvenlik güçleri ve askerlerle ilgili konularda ve adalet alanında

---

<sup>27</sup> HANSEN- GAMMELTOFT, Hans, "Ombudsman Kavramı", Çev: ERGUN, Turgay, AİD., C.29, S.3, Eylül 1996, s.202.

<sup>28</sup> BABÜROĞULU, s.13.

<sup>29</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman, s.93.

<sup>30</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman Kurumu, s.340.

yapılan yönetsel işlemler görev alanı kapsamındadır. Bazı Afrika ülkelerinde, çevreye ilişkin konularda özel kişilerin eylem ve işlemleri de kapsam alanına sokulmuştur<sup>31</sup>. Ayrıca Finlandiya'da kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi durumunda, niteliği gereği kamu hizmeti olan hizmeti yürüten özel kişilerin faaliyetlerini de denetleyebilmektedir. Ayrıca yargısal işlemleri, adil yargılama ilkeleri, yargıçların davranışları ve yargılamadaki gecikmeler açısından denetleyebilmektedir. İsveç'te ceza mahkemelerine özellikle hizmet kusuru işleyen kamu görevlileri ile ilgili olarak müddei sıfatı ile başvurabilirler. Ayrıca Polonya ve İspanya'da, yasaların Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilme hakkı tanınmıştır<sup>32</sup>.

### C. Harekete Geçme Şekli ve Yetkileri

Ombudsmanı diğer denetim mekanizmalarından ayırt eden en büyük özellik, insanların ombudsmana direkt olarak, son derece kolay, masrafsız bir şekilde ulaşabilmeleridir. Ombudsman yalnız yönetimin denetlenmesi ile görevli bir kişi değildir. Aynı zamanda yönetimle ilişkilerinde yönetime karşı vatandaşların savunmasını da üstlenen bir kurumdur. Vatandaşlarının haklarının korunmasının da bir güvencesidir. Ombudsmanın yapısında varolan esneklik ve şekilci olmama özellikleri dikkate alınır, Ombudsmanın harekete geçebilmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmaması gerekir<sup>33</sup>. Ombudsman sisteminin diğer denetim yollarına göre üstünlüğü, işleminin basit ve masrafsız oluşudur<sup>34</sup>.

Ombudsmanın harekete geçebilmesinin iki yolu vardır. Birinci yol şikayet, ikinci yol ise kendiliğinden harekete geçmedir. Şikayet yolunda mağdurların şahsen, dilekçe ile, mektupla veya telefonla kendisine şikayet için başvurmaları üzerine harekete geçer. Şikayet sözlü veya yazılı olabilir. İkinci yol ise, ombudsmanın, basında yer alan haberler, herhangi bir şekilde elde edilen duyular veya kamu kuruluşlarını denetleme yetkisi çerçevesinde yaptığı gözlemler doğrultusunda resen harekete geçebilmesidir.

Şikayet hakkı genelde vatandaşlar tarafından kullanılır. Vatandaşların ombudsmana başvurma hakkı birçok ülke tarafından tanınmıştır. Bazı ülke-

---

<sup>31</sup> HATCHARD, John, "The Ombudsman in Africa Revisited", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.40, Part.4. October 1991, s.939-943.

<sup>32</sup> TORTOP, s.9,10; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.748; LETOWSKA, Ewa, "The Polish Ombudsman and Human Rights", *Ombudsman in Europa*, (Ed.MATSCHER, Franz), Austria, 1994, s.57. (Human)

<sup>33</sup> BABÜROĞULU, s.13; ERHÜRMAN, Ombudsman, s.94.

<sup>34</sup> GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.748.

lerde bu hak anayasada düzenlenmiştir. Bazı ülkeler tüzel kişilere de bu hakkı tanımıştır. Fransa yabancı uyruklu kişilere de bu hakkı tanımıştır<sup>35</sup>.

Vatandaşlar doğrudan doğruya ombudsmana başvurabilirler. Fakat İngiltere ve Fransa'da vatandaşlar doğrudan değil, parlamenter aracılığı ile ombudsmana başvurabilirler<sup>36</sup>.

Ombudsmana başvuru için bazı şartlar da aranabilir. Hollanda, Fransa'da müracaat için kişinin bir çıkarının (menfaat kriteri) bulunması istenmiştir. İspanya'da şikayet süreye bağlanmıştır, şikayet için olayın üzerinden 1 yıl geçmesi gerekir. Bazen de şikayet için, diğer tüm idari çarelerin, yolların tüketilmiş olması gerekir. Bir avukatın bulunması zorunlu olabilir. Dil ve kabul için zorunluluklar olabilir<sup>37</sup>.

Ombudsman, genel olarak her şikayetle ilgili dosyaları incelerken adalet ve eşitlik ilkelerini göz önünde bulundurur. Ombudsman, öncelikle yönetimin davranışının doğru olup olmadığı üzerinde durur. Anayasa, uluslararası anlaşmalara, Yasalara uyulup uyulmadığını araştırır. İncelemelerinin sonucunda emretmez, genel öğütler, tavsiyeler yapar, rapor hazırlar<sup>38</sup>.

Ombudsman, idarenin bazı dokümanlarına girmek, onları incelemek yetkisine sahiptir. Bu durum ilgili kuruluşun bazı dosyalarının açıklanması sonucunu doğurur. İlgili memurların dinlenmesi ve görüşlerin alınması gerekebilir. Şahit dinlenebilir. Birimlerin denetlenmesi söz konusu olabilir<sup>39</sup>. Ombudsman, araştırmaları için örneğin İsveç'te mahkemelerin duruşmalarına ve müzakerelerine katılabilir, yönetsel kuruluşların toplantı ve müzakerelerinde hazır bulunabilir, ilgili karar ve işlemleri bildirebilir. Mahkemeler, idari kuruluşlar ve bunların görevlileri Ombudsmana gerekli bilgi ve belgeleri, dokümanları vermekle yükümlüdürler<sup>40</sup>.

#### D. Kararlarının Etkililiği

Ombudsmana ilişkin ilginç bir benzetme yaparsak "Ombudsman bir bekeçi köpeği gibidir. Havlayabilir ancak ısırılmaz."<sup>41</sup>

35 TORTOP, s.6,7.

36 BABÜROĞULU, s.13.

37 TORTOP, s.6.

38 TORTOP, s.7.

39 HOLM, s.15.

40 TORTOP, s.9,10.

41 LETOWSKA, Eva, "The Polish Ombudsman (The Commissioner for The Protection of Civil Rights)", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.39, Part.1, January 1990, s.209.



Gerçekten de Ombudsman, herhangi bir konuda idareyi bağlayıcı kararlar alabilmek yetkisinden yoksundur. Ombudsman, idari işlemleri iptal edemez, idareyi tazminat ödemeye mahkum edemez ve idareye herhangi bir konuda emir veremez. Dolayısıyla Ombudsmanın kararlarının gereklerini yerine getirmeyen idarenin, kamu görevlilerinin hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu değildir. Ombudsmanın alacağı kararların etkililiğini arttırmak ancak, bu kararları yerine getirmeyen idarenin ve kamu görevlilerinin üzerinde oluşabilecek kamuoyu baskısını, siyasal baskıyı arttırmakla mümkün olur<sup>42</sup>.

Ombudsman, parlamento tarafından parlamentoyu temsil etmek üzere seçilmiştir. Dolayısıyla Ombudsmanın arkasında parlamentonun desteği vardır. Ombudsmanın otoritesinin parlamentodan çıkması, idare nezdinde Ombudsmana ayrı bir itibar sağlar. Aynı zamanda denetlemekle yükümlü olduğu idareden ayrı bir konumda bulunduğu da göstergesidir<sup>43</sup>.

Ombudsman kurumu, bulunduğu ülkenin gereksinimlerine uygun olarak şekillendirilebilecek esnek bir yapıya sahiptir. Ancak bu esneklik, her zaman iyi sonuçlar vermeyebilir. Bu özelliğinden hareketle, bazı ülkelerde hukuk devleti açısından çok büyük katkılar sağlamış Ombudsman kurumları oluşturulurken, bazı ülkelerde sadece "göstermelik" yapılar söz konusu olabilmıştır<sup>44</sup>. Ombudsmanın göstermelik olmaktan çıkarılmasının en etkin yolu, onun halka mal edilmesidir. Daha kuruluş aşamasında halk bu kurumu istemeli, desteklemeli ve onun oluşturulmasında aktif bir şekilde görev almalıdır<sup>45</sup>.

Ombudsman olarak atanacak kişinin, daha sonra da kurumun, gerek idari mekanizmada, gerekse kamuoyunda yaratabilecekleri güvenilirlik ve saygınlık izlenimi, Ombudsmanın etkinliğinin en büyük güvencesidir. Gerek toplumun, gerekse idarenin güvenilir ve saygın bulmadıkları bir kişiyle işbirliğine girip, idari sorunların giderilmesi için uğraş vermelerini beklemek gerçekçi olmaz. Bu yüzden Ombudsmanın, kariyer endişesi taşımayan, dürüst, olgun, tarafsız, tecrübeli, idareyi bilen ve hukuka tam anlamıyla hakim bir kişi olması gerekir<sup>46</sup>.

---

42 ERHÜRMAN, Ombudsman, s.94.

43 BABÜROĞULU, s.13.

44 ULER, s.1028.

45 ERHÜRMAN, Ombudsman, s.95.

46 BABÜROĞULU, s.13.

Ombudsmanın raporları ve aldığı kararlar her ne kadar idareyi ve kamu görevlilerini bağlamıyorsa da uygulamada bu rapor ve kararların etkinliğini sağlayabilmek için çeşitli yollar kullanılabilir:

1- Ombudsmanın raporlarının devlet kademeleri içerisinde en geniş kesimlere iletilebilmesinin sağlanması: Ombudsman, incelemelerin sonuçlarını, yönetimin uymakla yükümlü olmadığı raporlarla açıklar. Bu raporlar, öncelikle, ihtilafın gereksiz yere büyütülmeden çözülebileme olanağın değerlendirilmesi açısından uyuşmazlığın tarafları durumunda olan kişi ve yönetsel kuruluşlara iletilmelidir. Fakat bu yolla çözüm bulunması mümkün olmadığı takdirde, hazırlanmış olan raporun diğer devlet kademelerine de iletilebilmesi gerekir<sup>47</sup>. Bu şekilde Ombudsman, konuyu kamuoyuna mal etmeden önce, son bir aşama olarak parlamentoyu ve özellikle de parlamentodaki muhalefet partilerini devreye sokarak, hakkında şikayette bulunulan idari kuruluş üzerinde yasama ve yürütme organlarının baskısını hissetmesi sağlanmış olur.

Ombudsmanın tek tek olaylara ilişkin karar niteliğinde raporlarının yanında, bir de, belli aralıklarla, belli makamlara sunduğu raporları vardır. Ombudsmanın faaliyette bulunduğu birçok ülkede, kurumun araştırdığı konular ve varılan sonuçlar, yıllık veya dönemlik raporlar şeklinde parlamentoya sunulmakta ve orada tartışma konusu oluşturmaktadır. Bu raporların, tek tek olaylara ilişkin raporlardan farklı olarak, herhangi bir sürece tabi olmaksızın, devletin tüm kademelerine ve kamuoyuna açık olacağına kuşku bulunmamak gerekir<sup>48</sup>.

2- Ombudsmanın iletişim organlarıyla olan ilişkilerinin geliştirilmesi: Ombudsman yaptığı araştırmalar sonucunda hazırladığı rapor ve önerilerini ilgililere ve idareye bildirir. İdare, Ombudsmanın kararlarını uygulamadığı takdirde, Ombudsmanın hukuki alandaki yetkileri tükenmiş olur. İşte bu noktada Ombudsmanın elindeki tek koz, idareye karşı siyasi denetim mekanizmasını, kamu oyunu, baskı gruplarını harekete geçirmektir ki bu, Ombudsmanın en etkili mücadele aracıdır. Günümüzde Ombudsmanın asıl gücü kamuoyunun nabzını elinde bulundurmasından ve gerekli gördüğü zamanlarda kamuoyunu yürütmeye karşı harekete geçirebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bunun yanında sahip olduğu soruşturma yapma, delil toplama, gibi yetkiler ikincil önemde kalmaktadır<sup>49</sup>. Bundan dolayı

---

<sup>47</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman, s.96.

<sup>48</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman, s.96.

<sup>49</sup> WADE, H.W.R., "The Ombudsman in Britain", Prof.Dr.Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974, s.592.

Ombudsmanın kitle iletişim organlarıyla olan ilişkilerinin en üst düzeyde olması, kurumun kalıcılığı ve özellikle de etkinliği açısından gerekli ve önemlidir<sup>50</sup>.

3- Adli yardım: Ombudsman, haklı gördüğü bir başvuru için elindeki tüm olanakları kullanmasına rağmen yönetimi ikna edememiş ise, şikayetçiye adli yardım sağlama olanağına sahip olmalıdır. Bu yardım yolu aynı zamanda vatandaş ve idare nezdinde, Ombudsmanın etkisiz bir kurum olduğu inancını yıkmaya da yardımcı olur. Bir taraftan idare, dava tehdidiyle karşı karşıya kalmaktansa Ombudsmanın kararını uygulamayı tercih edecek, diğer taraftan vatandaş ise, Ombudsmana başvurmasının hiçbir sonuç doğurmayacak olsa bile, en azından kendisine bir adli yardım olanağı kazandıracığı düşüncesiyle kurumu daha fazla önemseyecektir<sup>51</sup>. Bu durum hem Ombudsmanın etkinliğini arttırmak, hem de devletin kendi içerisindeki bir organ vasıtasıyla yurttaşlarını yine kendi içerisindeki bir başka organa karşı korumak için hiçbir fedakarlıktan kaçınmayacağını göstermesi ve dolayısıyla hukuk devleti idealine ulaşmak için elinden geleni yapan bir devlet olduğunu kanıtlaması açısından son derece önemlidir<sup>52</sup>.

### III. OMBUDSMANIN DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNE SAĞLAYABİLECEĞİ KATKILAR

18.yy.'da İsveç gibi küçük bir ülkede, ülke içerisinde kendisinin temsilcisi konumunda bulunan memurları denetlemek arzusuyla hareket eden bir kralın ve onun sadık, dürüst ve yetenekli yardımcısının geliştirdikleri bir kurumun, bugün hemen hemen tüm dünyaya yayılabilmesinin sırrı, hukuksal ve teknolojik gelişmelere çok rahat adapte olabilmesidir. Kurum, krallıklardan temsili demokratik rejimlere, oradan da katılımcı demokrasiyi yerleştirmeye çalışan rejimlere uyum sağlayarak, mevcut yapıları ileriye götürmek için bir motor görevini görmüştür. Günümüzde demokratik hukuk devletlerinde, özellikle sosyal devlet ilkesinin anayasalarda yerini almasıyla, idarenin görevleri, yetkileri artmıştır. Temsili demokrasinin halkla iletişim kurma yöntemleri günden güne yetersiz kalmış ve halkın yönetime katılımını kolaylaştıracak, en azından halk ile idare arasındaki ilişkileri iyileştirecek kurum ve yöntemlere gereksinim duyulmuştur. İşte Ombudsman, köklerini yıllar öncesinde bulan fakat günümüze de kolayca uyarlanabilen yapısıyla, demokratik hukuk devletinin sorunlarının en azından bir kısmına çözümler

---

<sup>50</sup> BABÜROĞULU, s.13

<sup>51</sup> HOLM, s.17,19.

<sup>52</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman, s.98.

üretebilme potansiyelini taşımaktadır<sup>53</sup>. Ombudsmanın demokratik hukuk devletine çeşitli konularda katkısı söz konusudur.

#### A. Eğitici Katkı

Ombudsman, kendisine başvuran yurttaşlara sorunları ile ilgili hızlı ve doyurucu bilgi aktarmak, sorunların giderilmesi için harekete geçmeyen yurttaşları bilgilendirerek harekete geçirmek veya en kötü olasılıkla onlar adına re'sen harekete geçmek suretiyle demokratik hukuk devletinin bu alandaki eksikliklerinin giderilmesine katkıda bulunabilecek bir yapıya sahiptir. Ombudsman kurumu, hukukçularla, çeşitli konulardaki uzmanları bünyesinde bir arada barındırması dolayısıyla, halkın çeşitli konularda bilgilendirilmesi ve başvurularına doyurucu cevaplar alabilmeleri mümkündür<sup>54</sup>.

Ombudsmanın eğitici etkisi sadece yurttaşların haklı oldukları durumlarda değil, haksız ve yersiz başvuruda bulunmaları durumunda da söz konusudur. Ombudsman her başvuru ile tek tek ilgilenir. Haksız ve yersiz başvuruda bulunan yurttaşları, neden haksız oldukları konusunda veya şikayet denetim alanı dışında ise aslında nereye, başka ne gibi yollara başvurmaları gerektiği konusunda bilgilendirmek suretiyle eğitici etkiye sahiptir<sup>55</sup>.

Ombudsmanın vatandaşı bilgilendirme, yönlendirme işlevini kitle iletişim organları aracılığıyla yerine getirmesi durumunda yaygın bir yurttaşlık eğitimini yerine getirmesi söz konusudur<sup>56</sup>.

Ombudsman, yurttaşların idareyle ilgili şikayetlerini devlete iletebilmeleri açısından son derece işlevsel olan yeni bir olanak sunmak suretiyle, katılımcı demokrasi ideali açısından da önemli bir açılım sağlamaktadır. Yurttaşlar bir yandan şikayetleri aracılığıyla kamu yönetiminde iyileştirmeler yapılmasını sağlayarak, bir yandan da hukuka aykırı olan veya yerinde olmayan eylem ve işlemlerin kendilerinin veya sonuçlarının hukuk aleminden silinmesini sağlayarak devlet yönetimine katılmaktadır. Bunun getireceği, yaratacağı moral değer de çok önemlidir<sup>57</sup>.

---

53 ERHÜRMAN, Ombudsman, s.99.

54 LETOWSKA, Human, s.58 vd.

55 BABÜROĞULU, s.13

56 ERHÜRMAN, Ombudsman, s.99.

57 ERHÜRMAN, Ombudsman, s.102.

### B. Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi Konusundaki Katkıları

Ombudsmanın idare üzerindeki etkilerini, önleyici ve caydırıcı etkiler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ombudsmanın önleyici etkisi, Ombudsman tarafından sıkı bir denetime tabi tutulacağına bilincinde olan idarenin eylem ve işlemlerinde daha dikkatli davranması şeklinde ortaya çıkar. Ombudsmanın caydırıcı etkisi ise, hukuka aykırı eylem ve işlem yapmak niyetinde olan kamu görevlilerinin, yakalanmak endişesiyle bu niyetlerinden vazgeçmeleri şeklinde ortaya çıkmaktadır ki bu etkiler, kamu yönetiminin iyileştirilmesi yolunda önemli katkı sağlar. Ayrıca, kamu yönetiminin iyileştirilmesi, yoğun bir şekilde şikayet edilen kamu kurumları ile ilgili olarak, söz konusu kamu kurumlarının gereksinim duydukları yapısal ve yönetsel değişikliklere ilişkin önerilerini içeren raporlar hazırlayabilir. Bunun yanında, kamu yönetiminin genelini ilgilendiren aksaklıklarla ilgili öneriler de sunabilir<sup>58</sup>.

Ombudsmanın, belli bir idari kuruluşla ilgili olarak gelen tüm şikayetlerin genel bir değerlendirilmesini içeren raporları ilgili kuruluşa iletmesi de, söz konusu kuruluşun kendi bünyesinde yapması gereken değişiklikleri görmesini sağlaması açısından yararlı olur<sup>59</sup>. Böylece idare de, yurttaşlarıyla arasındaki sürtüşmeleri görebilmenin yollarını yetkili bir ağızdan öğrenme olanağına sahip olur.

### C. İdari Yargı'ya Katkıları

Ombudsman idari yargıya oranla daha caziptir. Ombudsmanın yönetsel yargıya göre daha cazip olmasının nedenlerini şöyle sıralamak mümkündür: Ombudsman yönetsel yargıya oranla daha ucuz bir yoldur. Ombudsman herhangi bir bedel ödenmeksizin harekete geçirilebilmektedir. Ombudsmanı harekete geçirme yöntemi yönetsel yargıyı harekete geçirme yönteminden çok daha basittir. Yönetsel yargı, Ombudsmana göre çok daha şekilcidir. Bu nedenle Ombudsmanı harekete geçirebilmek için bir avukata ve onun gerektireceği maddi yüke de gerek yoktur. Ombudsman idari yargıya oranla daha hızlı sonuç alınabilecek bir yoldur. İdari yargı hukukilik denetimi ile sınırlıdır, yerindelik denetimi yapamaz, fakat Ombudsman, yerindelik denetimi de yapabilir<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ERHÜRMAN, Ombudsman Kurumu, s.344-347.

<sup>59</sup> ERHÜRMAN, Tufan, Dünyada ve KKTC'de Ombudsman, Lefkoşa, 1995, s.27. (KKTC'de Ombudsman)

<sup>60</sup> ERHÜRMAN, KKTC'de Ombudsman, s.69.

Yukarıda ifade ettiğimiz cazip özellikleri ile Ombudsman kurumu ön denetim benzeri bir işlevi üstlenmek suretiyle idari yargının yükünü hafifletmektedir. Ombudsmanın, kamu yönetiminin iyileştirilmesi konusunda yapacağı katkılarla daha az uyuşmazlık çıkmasını sağlaması idari yargının yükünü azaltacak öncelikli katkıdır. Ombudsman, diğer taraftan da ortaya çıkmış olan uyuşmazlıkların yargı önüne gelmeden önce giderilmesini sağlayarak gene idari yargının yükünü azaltıcı katkı sağlar. Ombudsman, ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili olarak idari yargının dava yükünün azaltılmasına iki şekilde katkı sağlar. Birincisi idareyle ilgilidir: idarenin bir haksızlığa yol açması durumunda, hukuka aykırı eylem veya işlemde bulunan idareyi, işlemini geri almaya veya eylemden doğan zararı gidermeye ikna ederek uyuşmazlığı dava aşamasına gelmeden çözümler, giderir. İkincisi vatandaşla ilgilidir: vatandaşın açıkça esastan yoksun, haksız ve yersiz başvuruda bulunması durumunda, vatandaşı neden haksız oldukları konusunda bilgilendirip, idari yargıda dava açmalarının zaman ve para kaybı olduğuna ikna edip, dava aşamasına gitmelerini engelleyerek idari yargının yükünü hafifleterek katkıda bulunur. Diğer yandan da vatandaşın yargı yolu dışında başka bir şekilde giderilmesi mümkün olan şikayetini yargı önüne götürmesine engel olarak yönetsel yargının dava yükünün azalmasına katkıda bulunur<sup>61</sup>.

Ombudsmanın idari yargının dava yükünü hafifletebilmesi için Ombudsmana müracaatın teşvik edilmesi gerekir. Özellikle idari yargı açısından gerekli teşvik, Ombudsmana başvurunun idari yargıda dava açma süresini durdurmasıdır. Aksi takdirde Ombudsman, yurttaşların hak arama özgürlüklerini ortadan kaldıracak bir tuzak olmaktan başka bir işleve sahip olamayacak ve idari yargının dava yükünün azaltılması da mümkün olmayacaktır<sup>62</sup>.

## SONUÇ

Ombudsman kurumu, kamu yönetiminin ve idarenin işlem ve eylemlerinin yasalara, mahkeme kararlarına ve hukuka uygunluğunu denetleyerek, insan hak ve özgürlüklerinin idare karşısında korunması konusunda önemli bir işlev görmektedir. Ombudsman kurumu yaptığı çalışmalarla bir yandan insan haklarının korunmasına ve bunun yanında insanların, haklarından haberdar olarak haklarını aramalarına katkıda bulunurken, diğer yandan da katılımcı demokrasi idealinin gerçekleşmesi ile hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır.

61 ERHÜRMAN, Ombudsman, s.101.

62 ERHÜRMAN, Ombudsman, s.101.

Ombudsman adında bir kurum oluşturmakla hukuk devleti idealine ulaşmak konusundaki tüm sıkıntıların bir çırpıda aşılmış olacağını düşünmek son derece sakıncalıdır. Ancak son derece iyi düşünülmüş, yaygın bir şekilde tartışılmış ve kurulacağı ülkenin gereksinimlerine göre düzenlenmiş bir Ombudsman kurumu, gerçek anlamda hukuk devleti idealine yaklaşılmaya hizmet edebilecektir.

Ombudsmanın etkisini abartmamakta yarar vardır. Ombudsman, hukuk devletinde idari yargının yerini alabilecek bir kurum olarak değil ancak ona destek olabilecek, onun dava yükünü azaltarak onun daha iyi çalışmasına yardımcı olabilecek bir kurum olarak düşünülmelidir. İdari yargı dün olduğu gibi bugün de hukuk devleti idealine ulaşmada en önemli araç olmaya devam etmektedir.

Yukarıda da görüldüğü gibi, Türk Devlet İdaresi sisteminde Ombudsmanvari görevler üstlenmiş bir çok kontrol mekanizması zaten vardır. Önemli olan bu mekanizmaların verimli işleyip işlemediği ve etkili olup olmadığıdır. Meclis üyeleri tarafından yürütülen soruşturmaların politik etkilerden tamamen bağımsız olduğu söylenebilir mi? Veya Meclise gelen her dilekçe ile tek tek ilgilenildiğinin iddia edilmesi mümkün müdür? Kamu kurumlarındaki verimsiz işleyiş, karşılaşılan bürokratik engeller artık olağan karşılanmakta, bir çok insan şikayet etme gereğini bile duymamaktadır. Çünkü şikayet etse bile herhangi bir düzelme olamayacağını bilmektedir. İdari denetim tam anlamıyla yapılabilen midir? İdari denetim organları etkin midir? Fonksiyonel midir? Yargı kararlarının gerekleri yerine getirilmekte midir? Yargı kararlarını uygulamayan idare ve kamu görevlisinin sorumlulukları işlemekte midir? Gerçekten Ombudsman kurumundan beklenen faydayı sağlayabilmek için, tüm kurum ve kuruluşlarıyla işleyen bir demokrasiye sahip olmak gerekir. Aksi takdirde kurulacak Ombudsman kurumu da göstermelik bir yapıya dönüşecektir.

Türkiye’de, Ombudsman kurumu için bir tasarım süreci başlatılmalı ve şu sorulara cevap aranmalıdır;

Türkiye’de Ombudsman kurumu olsa idi nasıl bir Ombudsman kurumu olurdu? Oy birliği ile Meclis mi seçerdi; yoksa cumhurbaşkanı veya meclis başkanı mı atardı? Meclisin seçtiği veya cumhurbaşkanının atadığı Ombudsman politik tarafsızlığını muhafaza edebilir miydi? Kimler Ombudsman olabilirdi? Devlet seviyesinde bir tane Ombudsman mı olurdu; yoksa her şehrin kendine özel bir şehir Ombudsmanı mı olurdu? Ombudsman kurumunun görev alanı ne kadar geniş olurdu? Ombudsman kurumunun denetim kapsamına kimler girerdi? Bakanlar ve dokunulmazlıkları olan milletvekilleri de denetlenebilir miydi? Meclis Ombudsmanının

yanı sıra, tüketici Ombudsmanı, çocuk Ombudsmanı gibi hükümet veya Danıştay tarafından atanan Ombudsmanlar da olur muydu? Ombudsmana kanuni takip başlatma yetkisi verilir miydi? Ombudsmana müracaatta ne gibi kriterler aranırdı? Bu sorulardan hareketle, yeterince tartışılmış, üzerinde düşünülmüş bir ombudsman kurumunun hukuk devleti olma yolunda katkıları sağlayabileceğini söyleyebiliriz.



# 1997 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNU TASARISI HAKKINDA DÜŞÜNCELER

*Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner Hacıoğlu\**

## GİRİŞ

Türk Ceza Hukukunun kendisine has bir suç ve ceza politikasının gereklerini gerçekleştirme fırsatı olarak ilgilendiğimiz 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısının ülkemiz açısından nedenli hayati önem taşıdığı aşikardır. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'muz 74 yıllık bir uygulama dönemini doldurmuş bulunmaktadır. Ancak sürekli bir değişim ve gelişme süresini yaşayan Türk toplumunun ihtiyaçları; Köklü bir Türk Adalet Reformunun yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Türkiye'nin jeo-politik stratejik ve kültürel konumu itibariyle, yeni bir bin yılı başladığımız bu günlerde bu reformun yapılmamış olması her gün Türk insanının ve Türkiye'yi örnek alacak yakın ve dostane ilişkiler içinde olduğumuz ülkeler için de bir kayıp olmaktadır.

Öte yandan Avrupa Birliğine katılma sürecinde önemli adımlar kaydedilmiş bulunmaktadır. Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecine giren ülkemizde Avrupa Topluluğu Hukuku normlarının belirleyici bir fonksiyona sahip olduğu herkesin malumudur. Topluluk hukuklarının da entegrasyonunu kapsayan bu birleşme sürecinde kanunların uyumlaştırılması mesuliyeti de bulunmaktadır.

Bu bilinen sebeplerin ötesinde Türk Milletine yapılacak en büyük hizmetin, çağdaş, etkin bir Türk Adalet Sisteminin meydana getirilmesi olduğuna inanıyoruz.

Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Türk Adalet Reformuna konusunda yapılacak her türlü çalışmaya olumlu ve yapıcı bir anlayışla, objektif ve bilimsel bir yaklaşımla, ülkemiz şartlarının ve Türk Milletinin ihtiyaçlarını, özlemlerini göz önünde bulundurarak katkıda bulunma gayreti ve sorumluluğu içindedir.

---

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

Tasarının kamuoyuna sunulması ve tanıtılması faaliyetlerinden biri olarak nitelendirdiğimiz 25 Mayıs 1998 tarihinde yapılan “Çağdaş Ceza Hukukunda Yeni Problemler Sempozyum”u Fakültemizde gerçekleştirilmiş, ancak bazı nedenlerle bu sempozyumda sunulan bildiriler yayınlanamamıştır.

Adalet Bakanlığımızın Fakültemizden görüş istemesi üzerine bu inceleme hazırlanmıştır. İncelemede tasarının sistematik ve muhteviyat bakımından değerlendirilmesi yapılarak, değerlendirme bölümlerinde önerilere yer vermek suretiyle bir inceleme metodu kabul edilmiştir.

## **I. TASARININ SİSTEMATİK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. Genel Olarak**

Tasarı, bazı kısım ve bölümler dışında bilimsel esaslara uygun, organik bütünlüğü sağlayıcı, pratik bir sistematığe sahiptir. Bu bakımdan yürürlükteki kanuna göre yenilikçi yanı bulunmaktadır.

Genel hükümlerin birinci kısmında ilk üç bölüm dışındaki sistematığını isabetli bulmaktayız.

Özel hükümlerin sistematığı bakımından hukuki konu ölçütünün esas alınarak, suçların; “kişilere”, “topluma”, “millete, devlete ve kamusal barışa” karşı suçlar olarak üç kısma ayrılmak suretiyle, çağdaş kriterlerin esas alınarak bilimsel bir suç tasnifinin yapılmış olmasını isabetli bulmaktayız.

### **2. Genel Hükümlerin Sistematığı**

Genel hükümlerin genel olarak sistematik incelemesi yapıldığında yeni bir sistematığın benimsendiğini saptamaktayız.

Genel hükümlerin Birinci kısmında,

Yasallık-Kanunun Uygulanması-Yabancı Ülkede İşlenen Suç Bölümlerinde konu itibarıyla bazı düzenlemelerin ilgili olmadığı halde bu bölümlerde düzenlendiği görülmektedir:

a- “Yasallık” bölümünde düzenlenen “Kanunun Bağlayıcılığı” başlıklı maddenin suçun manevi unsuruna ilişkin kusurlulukla ilgili ve “Hukuki Hata” olarak bilinen ve “Kurucu Unsurlarda Hata” konusuyla ilgili olup, bu konunun tasarının “Kusurluluk” bölümünde düzenlenmesi uygun olurdu.

b- “Özel kanunlarla İlişki” başlıklı 3.md. kanunun uygulanması, özel norm-genel norm ilişkisi ile ilgili olup, kanunun uygulanması bölümünde düzenlenmesi gerekirdi.

c- “Tanımlar” başlıklı 4.md’deki tanımların çoğu ikinci kitabın özel hükümler kısımlarında yer alan çeşitli hükümlerin uygulanması bakımından bu kitaba ait düzenlemeler mahiyetindedir. Özel hükümlerle ilgili olanların özel hükümler kısmında düzenlenmesi isabetli olacaktır.

d- “Suç ve Cezada Kanunilik” ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan esaslar ve sonuçlarının yasallık başlığı altında düzenlenmediğini saptamaktayız. Suçun tanımı, suçun kurucu unsurlarının belirlenmesi gibi konular açıkça düzenlenmemiş “Ceza kanunlarının geriye yürümezliği”, “Ceza Kanunlarının Açıklık ve Belirliliği” gibi ilkelerin ve güvence normlarının bu bölümde düzenlenmesi uygun olurdu.

İkinci bölüm, “ Kanunun Uygulanması “ na, Üçüncü bölüm, “Yabancı Ülkede İşlenen Suçlar”a ilişkin düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bu iki bölümdeki düzenlemeler muhteva itibariyle kanunun zaman ve yer bakımından uygulanması konuları ile ilgilidir. Özellikle yabancı ülkede işlenen suçlar bölümünün ceza kanununun yer bakımından uygulanması sistemlerinden “yarı mülkilik” sistemi ile ilgili olup, bu sistem mülkilik sisteminin sakıncalarının giderilmesi için benimsenen bir sistem olduğundan kanunun uygulanması bölümünde bir alt grupta düzenlenmesi uygun olurdu.

Birinci kitabın ikinci kısmı, “suç” ana başlığı altında; teşebbüs, kusurluluk, tüzel kişiler, hukuka uygunluk sebepleri, suça etki eden sebepler başlıkları altında beş bölümden oluşmaktadır.

Ceza Hukuku Biliminin suç genel teorisinin inceleme konularını oluşturan bu hususların sistematik ve bilimsel olarak incelenmesinde takip edilen metodun tasarımının hazırlanmasında dikkate alınması sistematik ve teorik açıdan daha uygun olurdu.

Çağdaş Ceza Hukukunda ve Yeni Ceza Kanunlarında suçun unsurları tamamlanmış suç esas alınarak düzenlemeler yapılmaktadır. Bu nedenle tamamlanmış suça ilişkin genel esaslar düzenlenmeden “Suça Teşebbüs”ün düzenlenerek başlanmasını teorik yönden uygun bulmamaktayız.

Bu kısımda -fiil-eylem-hareket- netice ve nedensellik bağı ile ilgili düzenlemeler, icra ve ihmâl hareketleri ve ihmâl suretiyle icra suçlarının tanımlanmasının yapılması uygun olurdu.

Kusurluluk, suçun unsurlarından biri olduğundan ve teşebbüste de aranan unsur olması itibariyle kusurluluğu, düzenleyen hükümlerin suça teşebbüsü düzenleyen hükümlerden önce düzenlenmesi teorik açıdan daha isabetli olurdu.

Kusurluluk bölümündeki yenilik ihtiva eden bir takım düzenlemeler olumlu ve uygun düzenlemelerdir. Örneğin, Kast, Taksir ve Bilinçli Taksirin tanımının yapılması kusurluluğu kaldıracı sebepler olarak hata, cebir, ikrah ve tehdit”in kabul edilmesi. Ancak kusur yeteneği yada isnat yeteneği ile ilgili düzenlemelerin bu bölümde yer alması teorik olarak daha uygun olurdu.

Bu bölümde Kurucu Unsurlarda Hatanın yanı sıra Hukuki Hatanın da bu bölümünde düzenlenmesi isabetli olurdu.

Bu bölümde “Suçta Sapma” “Çok Neticeli Sapma” ile ilgili düzenlemeler açık değildir.

Kusurluluk türlerinden, objektif sorumluluk muhafaza edilmiştir. Tasarıda Objektif sorumluluğun muhafazası benimsendiğine göre objektif sorumluluğa kast başlığı altındaki düzenlemede yer verilmemesi teorik olarak daha uygun olurdu.

Üçüncü bölümde tüzel kişilerin sorumluluğu başlıklı düzenleme suç siyasentinin gereği olarak bir tercihi gerekli kıldığından, tasarıda tüzel kişilerin sorumluluğun benimsenmiş olması, suçla mücadele bakımından önemli bir gelişmedir. Ancak çağdaş ceza hukukunda ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi nazara alınmalıdır. Alman Ceza Kanunu ve İtalyan Ceza Kanunu’ndaki düzenlemelere uygun olarak tüzel kişilerin sorumluluğunun yeniden düzenlemeleri uygun olurdu.

Genel hükümler kısmının diğer bölümlerindeki düzenlemelerin çağdaş ceza hukuku gelişmelerine uygun, yenilikçi ve bilimsel açıdan da uygun düzenlemeler olduğu, bu düzenlemelerin muhafaza edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

### **3. Özel Hükümlerin Sistematiği**

Özel hükümlerin sistematiği ile ilgili ilk değerlendirmemiz, suçların tasnifinde hukuki konu ölçütünün kabul edildiğidir. Bu ölçüte göre suçlar üç kısımda, kişilere, topluma ve devlete karşı suçlar olarak tasnif edilmiştir. Tasarıda suçların tamamının hukuki konusu ölçütü esas alınarak tasnif edildiği belirtilmekte ise de bu ölçüte uymayan tasniflerin de yapıldığı görülmektedir. Örneğin, kişi hürriyetine yönelik olmalarına rağmen “Kişilere Karşı, Ulaşım Araçlarını Kaçırma ve Engelleme Suçları” topluma karşı, “Angarya Suçları” devlete karşı suçlar arasında “Cinsel Özgürlüğe İlişkin Suçlar” topluma karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.

Bu gibi örnekler çoğaltılabilir. Tasarının suçların tasnifinde kullandığı ölçütün “Hukuki konu, pasif suje, failin sıfatı, suçun maddi konusu ve failin saiki” gibi ölçütlerle tamamlanarak bir tasnif yapılması daha uygun olurdu.

Özellikle çağımızdaki hızlı gelişmeler ve toplumumuzdaki değişmeler nazara alındığında ailenin daha çok korunması anlayışının egemen olması, aile düzenine karşı suçların ayrı bir kısımda ve yeni ihtiyaçlara göre düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Tasarıda kabahatlerin çoğunun suç olmaktan çıkarılması anlayışını suç politikasının gereği ve bir tercihi olarak değerlendirmekte ve olumlu bulmaktayız. Ancak suç olarak muhafaza edilenlerin kabahatler olarak düzenlenmesi suç politikasının amaçlarına aykırılık teşkil etmektedir. Bunların suç olarak muhafazasında yarar varsa cürümlerin arasına yerleştirilmesi sistematik açıdan uygun değildir. Kanaatimizce kabahatler suç olmaktan çıkarılmalıdır. Eğer çıkarılmayacaksa ayrı bir kitap halinde düzenlenmesi sistematik bakımdan olumlu olacaktır. Suçların ağırlığı bakımından yapılan cürüm ve kabahatler tercihi bu suretle daha bilimsel ve sistematik bakımdan uygun bir düzenleme niteliğine kavuşabilecektir. Bu suretle uygulamada doğabilecek karışıklıklar da önlenecektir.

Tasarıda genel hükümler kitabında düzenlenen “Tanımlar” başlıklı dördüncü maddedeki tanımların çoğu özel hükümlerle ilgilidir. Tanımlar maddesinin özel hükümler kitabının başlangıcında yer alması sistematik bakımdan daha uygun olacaktır.

## **II. TASARININ MUHTEVA BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. Genel Olarak**

Tasarının “Genel Hükümler” ve “Özel Hükümler” başlıklarını taşıyan iki kitaptan oluşması, Çağdaş Ceza Hukuku’ndaki gelişmelere uyumlu olarak, yeni bir “Çocuk ve Küçük Ceza Hukuku” esaslarının özel bir kısmında büyüklerinkinden ayrı olarak düzenlenmiş olması, kabahat nevinden çoğu suçların suç olmaktan çıkarılması, müeyyideler sisteminin güvenlik tedbirleri ile tamamlanmış olması, hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler gibi, dolayısıyla failik, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasıyla ilgili yeni düzenlemeler gibi birçok yenilikleri öngören düzenlemeleri isabetli ve olumlu bulmaktayız.

Özel Hükümler kitabında yer alan suçların yürürlükteki kanundan farklı olarak kişilere, topluma ve devlete karşı suçlar olarak üç kısımda düzenleni-

şini ve kişilere karşı suçların birinci kısmında yer almasını isabetli bulmaktayız.

## 2. Genel Hükümlerin Muhteva Bakımından Değerlendirilmesi

Genel hükümlerin sistematığının değerlendirilmesini yaptığımız bölümde belirttiğimiz üzere, genel hükümler kitabının özellikle suç genel teorisini ilgilendiren konularda, Çağdaş Ceza Hukukundaki gelişmelere uygun olarak Avrupa Birliği Hukuku'nda olduğu gibi suçun genel unsurları bakımından açık düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Özellikle fiil-yada eylem-hareket-netice-icra hareketleri-ihmal hareketleri ve ihmal suretiyle icra suçlarının tanımı yapılmalı, hukuki hata konusu yeniden düzenlenmelidir. Objektif sorumluluk hallerinin tasarıda muhafaza edildiği görülmekte olup, mümkünse bu hallerin kusurluluk bakımından yeniden değerlendirilerek; failin istemediği neticeden cezalandırılabilmesi için taksir seviyesinde kusurlu olması şartı öngörülmeli ve bu kurum tasarısındaki kast başlığı altındaki maddeden çıkarılarak, ayrı bir madde halinde düzenlenmelidir.

Müeyyideler sisteminde asli cezalar arasında "Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma" cezası düzenlenmeli, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenek cezaların çeşitlerinin artırılmasına yönelik yeni düzenlemeler yapılmasını önermekteyiz. Cezalar sistemini tamamlayan kurumlar arasında "Hükmün Geri Bırakılması" kurumunun düzenlenmiş olması isabetli olup, bu tür kurumlar arasında "Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi" "Muhakemenin Ertelenmesi" vb. gibi diğer kurumların düzenlenmesini önermekteyiz.

Belirttiğimiz bu düzenlemelerin dışında tasarısındaki genel hükümlere ait diğer düzenlemeleri yenilikçi nitelikte ve muhteva bakımından gerekçeleri ile birlikte olumlu bulmaktayız.

## 3. Özel Hükümlerin Muhteva Bakımından Değerlendirilmesi

Özel Hükümlerin sistematik değerlendirilmesinin yapıldığı bölümde belirttiğimiz üzere birtakım suçlar hariç, suçların bilimsel ve çağdaş kriterlere uygun olarak tasnifinin yapılmış olmasını, Türk toplumunun gelişen ve değişen ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte, yeni suç tiplerinin ihdas edilmiş olmasını olumlu ve isabetli bulmaktayız.

Tasarının halkın anlayacağı bir dil anlayışı esas alınarak yazılmış olmasını olumlu bulmakla beraber, tasarıda bazı bölümlerde kullanılan ifadeler arasında tam bir uyum bulunmamaktadır. Örneğin, suçu etkileyen sebepler

bakımından ağırlatıcı ve hafifletici sebepler terimini karşılayan farklı ifadeler kullanılmıştır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Tasarıda özel hükümleri ilgilendiren tanımların bu kitapta başlangıçta yer almaması isabetli olmamıştır. Ayrıca tasarıda tanımlar maddesinde bulunmayan terimlere rastlanmakta bazı terimlerin tanımı yapılmadığı için bunlar ilgili bölümlerde tekrarlanmaktadır. Bu yaklaşımın Kanun Ekonomisine uygun olmadığını düşünmekteyiz.

Özel hükümler kısmında madde kenar başlıkları karışıklıklara yol açabilecek mahiyettedir. Kenar başlıklarında suçun basit ve nitelikli şekli ayrımı anlayışını uygun bulmakla beraber bazen ağırlatıcı sebep tabirine yer vermek suretiyle suçun niteliği itibariyle kesin ve net ayırım yapılması zorlaşmaktadır. Bu terimlerin birbiri yerine kullanıldığı örnekler çoktur.

Bazı suçlar bakımından tasarıda kullanılan ifadeler belirsizlik taşımaktadır. Bu tür düzenlemeler "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi"yle bağdaşmaktadır. Özel hükümler kitabında "... Devlete Karşı Suçlar" kısmı tasarının kamuoyuna sunulmasından sonra en yoğun eleştirilen kısmı olmuştur. Özellikle bu kısımda tehlike suçlarına yönelik düzenlemelerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce özgürlüğü yönündeki genel sınırlandırma sebepleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında belirtildiği üzere bu konudaki "somut eylemin önlenmek istenen tehlike neticesini yaratmaya elverişli olması" ölçütleri bakımından, bu kısmın yeniden değerlendirilmesi uygun olacaktır. Örneğin; tasarının 356 ve 371.maddesindeki suçlar buna örnek gösterilebilir.

Ülkemizde sosyolojik bir gerçek olarak ortaya çıkan ve yaygın hale gelen ensest ilişkilerin olumsuz sonuçları dikkate alınarak aileye karşı suçlar kısmında, (fucur) suçlarının düzenlenmesi toplumsal bir ihtiyaçtır.

Çocuk hakları sözleşmesi hükümleri dikkate alındığında çocuk istismarının her türlüü ülkemizde sosyolojik bir gerçek olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır. Çocuk istismarını önleyecek bir takım suçların düzenlenmesi gereklidir. Tasarıda bu konuda özel hükümlerin kişilere karşı suçlar kısmında olumlu düzenlemeler olmakla birlikte, hürriyete karşı suçlar bakımından, aileye karşı suçlar bakımından çocuk pasif suje kabul edilerek çocuk istismarı ile ilgili yeni suçlar düzenlenmelidir. Örneğin çocukların sağlığını tehlikeye sokan madde verme, maddi çıkar sağlama amacıyla çocukların rızasıyla kaçırılıp alıkoyma, ağır işlerde çalıştırmama, cinsel taciz, şiddet ve korku filmleri izletmeme gibi suçlar ihdas edilmelidir.

Tabii afet hallerinin sıkça meydana geldiği ülkemizde bu hallerin meydana getirdiği korku ve kargaşandan yararlanarak çeşitli suçlar işlenmekte-

dir. Bazı suçlar bakımından bu hallerin ağırlatıcı sebep yada suçun unsuru haline getirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle bu afet hallerinde asılsız ve yalan haberler uydurmak ve haberi neşretmek suretiyle halk panik ve endişe içinde bırakılmaktadır. Toplumla karşı suçlar kısmında bu ihtiyacı karşılayacak yeni suçların ihdas edilmesi gereklidir.

Suçların korudukları hukuki yarara oranla dengeli bir şekilde ceza dozimetresinin gözetilmediği görülmektedir. Suçlar arasındaki ceza dengesinin gözetilerek daha bilimsel bir esasa suçların müeyyidelerinin düzenlenmesi uygun olacaktır.

Tasarıda taksirli suçlarda fail bakımından öngörülen cezasızlık sebebinin hakimnin takdirine bağlı kılınması daha uygun olacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere özel hükümler kısmının eleştirilen yönleri Ceza Hukuku doktrini, uygulamamızın yerleşik içtihatları ve çağdaş ceza hukukundaki gelişmelere uygun olarak Türk Toplumunun ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde yeniden incelenip düzenlenmelidir.

### **SONUÇ**

Tasarının sistematik ve muhteva değerlendirmesinin yapıldığı bölümlerde de belirttiğimiz üzere, Tasarı Çağdaş Ceza Hukukunun gelişmelerine paralel ve yeni düzenlemeler ve kurumlar öngörmektedir. Bu kurumların ve düzenlemelerin muhafaza edilmesi, eleştirilen yönlerinin ve bu konudaki önerilerin, sivil toplum örgütlerinin görüşlerinin de alınarak yeniden değerlendirilmesini ve Tasarıyla birlikte "Uygulama Kanunu"nun ve diğer düzenlemelerin hızla yapılmasını, kanun koyucu tarafından kabul edilmesini umut ediyoruz.



# CEZA MUHALEMESİNDE HUKUKA AYKIRI DELİLLERİ DEĞERLENDİRME YASAĞI

*Yrd.Doç.Dr. Mahmut Koca\**

## GİRİŞ

Ceza muhakemesi makamları, özellikle ceza yargılaması makamları, olayların hukuk normları karşısındaki durumunu açıklamak olan görevlerini yapmak için bazı vasıtaların yardımına başvurmak zorundadırlar. Bu vasıtalardan biri de “delil”dir.

Muhakeme makamları, cezai bir uyuşmazlığın maddi yönünü çözebilme için gerçeği araştırıcaklardır. Bu araştırmaların sonunda hakim bir hükme varacaktır. Hakimin hükme varması, araştırılan maddi meselenin “sabit görülmesi veya görülmemesi” şeklinde olacaktır. Hakimin vardığı bu sonuç, taraflar bakımından da o meselenin “isbat edilmesi veya edilme-mesi”dir. İşte, taraflar bakımından “isbat”, hakim bakımından “sabit görme” ve maddi mesele bakımından “sübut” denilen faaliyetler için kullanılan vasıtalara “delil” denilir<sup>1</sup>. Demek ki delil, hakimin muhakeme sonucunda maddi olayı çözmeye ve böylece bunu sabit görmesine veya görmemesine hizmet eden araçlar olmaktadır<sup>2</sup>. “Delilsiz mahkumiyet olmaz” kuralı, ceza muhakemesi hukukunun temelini oluşturan kurallardan birisidir<sup>3</sup>.

Maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde her şey delil olabilir, yani “delil serbestliği ilkesi” geçerlidir. Diğer taraftan hakim, delil olarak ileri sürülen hususların delil olabilme yani isbat değerini serbestçe takdir eder. Buna “delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi” denilmektedir. Nitekim CMUK m.254/1’de hakimin, irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir edeceği açıkça belirtilmiştir. Bu iki

---

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

<sup>1</sup> Nurullah Kunter-Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, İstanbul 1998, s.538.

<sup>2</sup> Nevzat Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1999, s.160.

<sup>3</sup> Zeki Hafızoğulları, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s.638.

ilke, bugün modern ceza muhakemesinde “vicdani delil sistemi”ni oluşturmaktadırlar<sup>4</sup>.

Ceza muhakemesinde “vicdani delil sistemi”nin geçerli olması, hakimlerin keyfi hareket edebileceği anlamına gelmez. Her şeyden önce, maddi meselenin ispatı işinde kullanılan delil vasıtalarının hukuk düzenince kabul edilen vasıtalardan olması gerekir. Bir başka deyişle, ceza muhakemesinde “delil serbestliğinin” bulunması, delillerin kaynaklarının, elde edilme yöntemi ve esaslarının kanunla konulması kuralını ortadan kaldırmayacağı gibi; delillerin takdirinde “hakimin vicdani kanaatine” itibar edilmiş olması da, kaynağını, elde edilme usul ve esaslarını kanunda bulmayan bir delille, hakim mahkumiyet kararı verebileceği anlamına gelmez<sup>5</sup>. Nitekim, kanunumuz, delil ikamesinin kanun hükümleri mucibince caiz olmaması halinde bunun reddolunabileceğini açıkça belirtmiştir (CMUK m.238/1a). Dolayısıyla, ceza muhakemesi hukukunda “delil serbestliği ilkesi” sınırsız değildir. Bu ilkenin sınırı, insanlık onuru ve yasaların belirlediği sınırlar içinde delil elde etme ve bunları muhakemede kullanmaktır<sup>6</sup>.

Çünkü ceza muhakemesinin gayesi olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, en üstün gaye ve mutlak bir değer değildir. Modern ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin sınırsız bir şekilde araştırılmasının pek çok kişisel ve toplumsal değeri tahrip edeceği kabul edildiğinden, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine mutlak bir değer tanınmamakta, buna “delil yasakları” denilen bir takım sınırlamalar getirilmek suretiyle, sözkonusu kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır<sup>7</sup>. Dolayısıyla, bir delilin bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekir.

Bu yazının amacı, delil yasaklarını bütünüyle incelemek değildir. Burada, delil yasakları, “değerlendirme yasağı” yönüyle ele alınacaktır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve eğer değerlendirme yasağı söz konusu ise bunun

4 Bkz. Kunter-Yenisey, s.540; Toroslu, s.160 vd.; Bahri Öztürk-Mustafa R. Erdem-Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999, s.432 vd.; Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun Yolları, 2.Baskı, İstanbul 1990, s.121.

5 Hafizoğulları, Hukuka Aykırı, s.638.

6 Erdener Yurtcan, “Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s.519.

7 Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜ. SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.7.; Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s.137-138.

uzak etkisinin kabul edilip edilemeyeceği incelenecektir. Ancak, delil yasaklarının nelerden ibaret olduğuna da kısaca değinmek gerekir.

## **I- DELİL YASAKLARI**

### **A- Kavram**

“Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denmektedir”<sup>8</sup>. Dolayısıyla “delil yasakları” kavramı, hem delil elde etme yasağını hem de değerlendirme yasağını içeren bir kavram olmaktadır. Deliller, beyan, belge ve belirti olmak üzere üç çeşittir<sup>9</sup>. Bu delillerin elde edilmesinde, devlet organları sınırsız bir yetkiye sahip değildirler. Her şeyden önce Anayasa (m.5, 17) tarafından öngörülen “insan haysiyetinin korunması ilkesi” buna engeldir.

Delil yasakları, sanığın ceza muhakemesinin bir objesi değil, aksine süjesi olduğunu garanti eden, sanık haklarını koruyan ve muhakemenin dürüst bir şekilde yapılmasını sağlayan bir niteliğe sahiptirler. Ceza muhakemesinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinde, delil yasakları önemli bir fonksiyon görmektedirler.

### **B- Delil Yasakları Durumları**

Delil yasakları, ikame ve değerlendirme yasakları olmak üzere iki ana başlık altında incelenmekte ve bunlar da; 1) Konusu bakımından yasaklanmış deliller (CMUK m.49) 2) Delil aracı yasakları (CMUK m.47, 48, 50) 3) Elde edilmesinde uygulanan metot dolayısıyla yasaklanan deliller olmak üzere üç alt başlık altında incelenmektedir<sup>10</sup>.

Öztürk, bu tasnifin soyut olduğunu ve konunun esaslı bir şekilde incelenmesini engellediğini belirterek, olaylara dayalı, daha somut bir tasnif önermektedir<sup>11</sup>. Bize göre de daha somut ve 3842 sayılı yasayla CMUK’a dahil edilen hükümlerle paralellik taşıyan bu tasnife göre, delil yasakları durumları 5 gruba ayrılmaktadır.

1) Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi: CMUK’nun 3842 sayılı yasa ile yeniden düzenlenen 135.maddesine göre, ifadesi alınan ya da sorguya çekilen sanığı isnat edilen suç, susma, müdafiden yararlanma,

<sup>8</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.6.

<sup>9</sup> Bkz.Kunter-Yenisey, s.577 vd.

<sup>10</sup> Öztürk-Erdem-Özbek, s.529; Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s.138-139.

<sup>11</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.7 vd.

yakalandığını yakınlarına haber verme ve savunma hakları konusunda aydınlatmak, ifade alan veya sorguya çeken makamlar bakımından bir yükümlülüktür. 135.maddede belirtilen hakların sanığa bildirilmemesi delil yasaklarına yol açmaktadır<sup>12</sup>.

2) İfade Alma ve Sorgu Sırasında Sözkonusu Olan Delil Yasakları: CMUK'na 3842 sayılı yasa ile eklenen 135a maddesi, sanığın özgür iradesini ve dolayısıyla insan haysiyetini koruyan ve sanığın savunma hakkının güvencesini oluşturan bir hükümdür. İnsan haysiyetinin korunmasına ilişkin Anayasal düzenleme, bu madde ile ceza muhakemesinde somutlaştırılmıştır. Sanığın özgür iradesini etkileyen işkence, kötü muamele, yorma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, aldatma tehdit gibi hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması yasaktır<sup>13</sup>. Bu yasağa uyulmamasının muhakeme hukuku bakımından müeyyidesi yine aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir: Yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadeler, sanığın rızası olsa dahi, delil olarak değerlendirilemez.

3) İfade ve Sorgu Dışında Sözkonusu Olan Delil Yasakları: Ceza muhakemesinde yapılan işlemler, yalnızca ifade alma ve sorgudan ibaret değildir. Bunun dışında da delil elde etmeye yönelik, çeşitli işlemler vardır ve bu işlemler yapılırken hukuka aykırı hareket edilmesi de, elde edilen delili hukuka aykırı hale getirebilir. Sözelimi, hukuka aykırı olarak yapılan vücudun muayenesi (CMUK m.74, 66/son), ölü muayenesi ve otopsi (CMUK m.79 vd.), elkoyma, arama (CMUK m.86 vd.), telefonların dinlenmesi, özel hayatın gizliliği ihlal edilerek yapılan ses kayıtları gibi işlemlerle elde edilen deliller de hukuka aykırı olmaktadır.

4) Delil Aracı Yasakları: Sözelimi, tanıklıktan veya yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların hukuka aykırı bir şekilde tanık olarak dinlenmesi (CMUK m.47 vd., 245); kışkırtıcı ajanın delil elde etmede kullanılması yasaktır; bu yasaklara aykırı olarak elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

5) Delil Konusu Yasakları: Bunlar, konuları itibariyle delil olmaya elverişli olmayan hususlardır. Örneğin devlet memurları, sır olarak saklamak

---

<sup>12</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.7; ayrıca bkz. Cumhur Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s.223 vd.; Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s.253 vd.; Mahmut Koca, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 1998, s.279 vd.

<sup>13</sup> Bu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin, s.187 vd.; Demirbaş, s.282 vd.; Koca, s.309 vd.

mecburiyetinde oldukları olaylar hakkında izin verilmeden tanıklık yapamazlar (CMUK m.49).

## **II- HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU**

### **A- Genel Olarak**

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu, ceza muhakemesinin en tartışmalı konularından birisidir. Ülkemizde, özellikle 1992 yılında 3842 sayılı yasa ile CMUK'nun 254. maddesine son fıkra olarak eklenen "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" şeklindeki anlatımından sonra yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanan bu konu, Amerika Birleşik Devletlerinde bir asırdan ve Kıta Avrupasında ise yarım asırdan fazla bir süredir tartışılmaktadır<sup>14</sup>.

Esasında ceza muhakemesi suç teşkil eden bir eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleştiyse bunun kim tarafından gerçekleştirildiğini ve bu eylemin cezayı gerektirip gerektirmediğini, ceza verilecekse ne tür bir ceza verileceğini araştıran faaliyetler bütünü olarak anlaşılırsa, ceza muhakemesindeki en önemli faaliyetin delillerin toplanması olduğu görülür. Bir başka deyişle, ceza muhakemesi işlemlerinin çoğunluğunu delil elde etme çabası oluşturmaktadır. Zira hakimin suç teşkil ettiği iddia edilen olayın hukuk normları karşısındaki durumunu ve sanığın mahkum olacağı cezayı belirlemesi, öncelikle suç teşkil eden bir olayın varlığının ve bunun kim tarafından gerçekleştirildiğinin ispat edilmesine bağlıdır. İspat ise, mahkemenin vermiş olduğu hükmün dayanağını oluşturan "olayın" gerçekleşmiş olduğu konusunda bir kanaat elde edilmesi için yapılan faaliyetlerdir<sup>15</sup>. Ceza muhakemesi hukukunda ispat külfeti olmadığından, mahkeme sanığın kendisine isnat edilen fiili gerçekleştirmiş olduğunu, duruşmada tartışılan delillere

---

<sup>14</sup> Bazı yazarlar, Birleşik Devletlerde değerlendirme dışında tutma kuralının kabulünden önce Fransa ve Almanya'da bu kuralın kabul edildiğini belirtmektedirler. Örneğin Pakter'a göre, Fransa'da 1672 yılında, kanuna aykırı bir aramadan elde edilen delil değerlendirme dışı tutulmuştu. Yasaya aykırı arama ve elkoyma nedeniyle bir kararın bozulması Birleşik Devletlerdeki ilk davadan dört yıl önce 1910'da Fransa'da gerçekleşti. Almanya'da ise, 1889 yılında yasaya aykırı bir arama ve elkoymadan elde edilen delil, değerlendirme dışında tutuldu. Bkz. Pakter, 1985, "Exclusionary Rules in France, Germany and Italy", 9 Hastings International and Comparative Law Review 1, 4 (nak. Vahit Bıçak, Improperly Obtained Evidence (A Comparison of Turkish and English Law), Ankara 1996, s. 75-76, dn.38).

<sup>15</sup> Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s.119.

dayanarak ortaya koymak mecburiyetindedir. Hakim, fiili sanığın gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda bir kanaata varamazsa, yani şüphesini %100 yenemezse, o hususu sabit olmamış addedecektir<sup>16</sup>.

Ceza muhakemesinde bu denli işlevi olan delillerin nasıl elde edileceği, kurallara bağlanmıştır. Yakalama, ifade alma, arama, el koyma, telefonların dinlenmesi, vücudun muayenesi, otopsi, tanık dinleme gibi faaliyetlerin nasıl gerçekleştirileceği ceza muhakemesi kanunlarında, hatta bazıları anayasalar ve uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir. Hukuk kurallarına uygun olarak gerçekleştirildiği takdirde belirtilen işlemler sonucu elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılacağı doğaldır. Fakat hukuk kurallarına aykırı olarak bu işlemler yapılır ve bunun sonucunda delil elde edilirse, bu deliller muhakemede kullanılmalı mıdır? Bir başka deyişle, ceza muhakemesi kurallarına aykırı bir şekilde elde edilen deliller, acaba otomatik olarak değerlendirme yasağına tabi olurlar mı?

### **B- Yaklaşımlar**

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda belli başlı üç yaklaşım biçiminin bulunduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki ve geleneksel olanı, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın elde edilen delillerin mutlak olarak değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır. İkincisi, ilk görüşün zıddı olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tabi olmasıdır. Üçüncüsü ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesini, bazı durumlarda değerlendirilmemesini öngören esnek yaklaşımdır. Dolayısıyla, ilk iki yaklaşımı katı yaklaşımlar olarak değerlendirsek, katı ve esnek yaklaşımlar olmak üzere temelde iki görüşün olduğunu söylemek mümkün olacaktır<sup>17</sup>.

#### **1- Mutlak Kabul Yaklaşımı**

Mutlak kabul yaklaşımı, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin akibeti konusunda kabul edilen en eski görüştür. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için değişik gerekçeler ileri sürülmüştür. İlk argüman, ceza muhakemesinin yegane amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ve yargılama makamının isnat edilen suçun işlenip işlenmediğini tam ve doğru olarak tespit edebilmesi için, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın bütün ilgili ve faydalı

<sup>16</sup> Kunter-Yenisey, s.548; Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s.143.

<sup>17</sup> Bu yaklaşımlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bıçak, s.33 vd; Ali Şafak-Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 3. Baskı, Ankara 1999, s.252 vd.

delillerin kabul edilmesi gerektiğidir. İkinci olarak, ceza muhakemesinin konusunun isnat edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğu ve delillerin nasıl elde edildiğinin ceza muhakemesi bakımından ikincil bir uyumsuzluk teşkil ettiği ve mahkemenin bu sorunla uğraştırılmasının asıl sorunun çözümünü geciktireceği belirtilmektedir. Kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen bir başka tez de, suçluların cezalandırılmasında kamu menfaatinin bulunması ve bu yaklaşımın toplumdaki suç olgusunu azaltacağı düşüncesidir<sup>18</sup>.

Kesin kabul yaklaşımı bir çok bakımdan eleştirilmiştir. Bu yaklaşımın, mahkemeleri hukuka aykırılığa ortak edeceği, hukuka aykırılığı meşrulaştıracağı, halkın hukuka olan saygısını azaltacağı ve kolluğu tembelliğe iteceği belirtilmektedir<sup>19</sup>. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için ileri sürülen gerekçeleri bir hukuk devletinde kabul etmek mümkün değildir. Şüphesiz ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak önemlidir, ancak maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir amaç değildir ve maddi gerçeğe, hukuka, insan haysiyetine saygılı olarak ulaşmak zorunludur. Ceza muhakemesi sadece maddi boyutu olan bir hukuk sistemi değil, moral boyutu da çok önemli olan bir sistemdir. Bu nedenle, hukuka aykırılıklara göz yummak mahkemenin moral boyutunu ihmal edeceğinden, onun vatandaşlar nezdindeki saygınlığını da etkileyecektir.

## **2- Mutlak Değerlendirme Yasağı**

Mutlak değerlendirme yasağı, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasını ifade eder. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için de bir çok argüman ileri sürülmüştür<sup>20</sup>.

Kişisel hak teorisine göre (personal right theory), değerlendirme dışında tutma hakkı (the right to exclusion), sanığın sübjektif anayasal bir hakkıdır. Bu hak, kavramsal ve etik olarak, kişinin kolluğun anayasaya aykırı davranışlarından beri olma anayasal hakkının ve dürüst yargılanma hakkının bir parçasıdır. Şayet hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin karara esas alınması kabul edilseydi, vatandaşların hukuka aykırı eylemlere karşı güvende olma hakkını belirten anayasal koruma değersiz kalırdı. Ayrıca, hukuka aykırı delilleri mahkemede sanığa karşı kullanmak, sanığın anayasal haklarının

---

<sup>18</sup> Bkz. Bıçak, s.34-37; Şafak-Bıçak, s.253-255.

<sup>19</sup> Bu eleştiriler için bkz. Bıçak, s.37, 38.

<sup>20</sup> Bkz. Bıçak, s.39 vd.

bir inkarı olacaktır<sup>21</sup>. Amerikan Anayasası, kesinlikle kendisinin ihlalini yasaklamakta ve bu yüzden hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirme dışı tutulması gerekmektedir. Mapp v. Ohio davasında da bu durum ifade edilerek, 4. Ek'deki hukuka aykırı arama ve elkoyma yasağının 5. Ek'in kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile birlikte düşünülmesi gerektiği, bu iki düzenlemenin değerlendirme yasağının anayasal temelini oluşturduğu belirtilmiştir. Buna ilaveten hem masum hem de sanık, anayasal değerlendirme yasağı haklarını korumak için mahkemeye başvurma hakkına sahiptirler<sup>22</sup>.

Güvenilmezlik Teorisine göre (Unreliability Theory), ceza muhakemesinin ilk amacı, cezai isnatların gerçeğini araştırmaktır ve bunun sonucu olarak da, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yalnızca, güvenilir olmadıklarında değerlendirme dışı tutulabilirler. Güvenilmezlik prensibi, sanığın dürüst yargılanma hakkının doğal bir sonucudur. Çünkü bu hak, delilin güvenilir olmadığına ilişkin bir risk varsa, sanığın mahkum edilmemesini gerektirir. Şüphesiz güvenilir delil, muhtemelen sanığın yanlış mahkumiyetine yol açacaktır. Yanlış mahkumiyet kararı verme riskini azaltmak için güvenilir delil, hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmalıdır. Bu teori, hukuka aykırı elde edilen bir çok delili, değerlendirme yasağının alanından dışarı çekiyor. Örneğin, işkence yapılarak elde edilen bir itiraf, onun güvenilirliğini gösteren başka deliller olması durumunda delil olarak kabul edilecektir. Ayrıca bu destekleyici delil, tek başına suç kanıtlamak için yetersizse, itiraf kabul edilmeli midir? Güvenilirlik prensibine göre, itirafın güvenilirliği hakkında şüphe yoksa, cevap doğrulayıcı olmalıdır. Bu örnekten açıkça anlaşılıyor ki, güvenilirlik teorisi, ifadenin güvenilirliği üzerinde bir etkisi olmadığı sürece, ifadeleri ortaya çıkartmak için baskıcı metotların kullanılmasında herhangi bir sakınca bulmamaktadır<sup>23</sup>. Verilen örneklerden de anlaşılmaktadır ki, bu teori, kolluğun ceza muhakemesini yürütürken uyması gereken standartları önemli ölçüde zayıflatmaktadır. Dolayısıyla, güvenilirlik teorisi çerçevesinde hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri değerlendirme dışında tutmak kabul edilemez<sup>24</sup>

21 Weeks v. United States, 232 U.S. (1914), at p. 398; Gouled v. United States 255 U.S. 298, 313 (1921) (nak. Bıçak, s.39).

22 Weeks v. U.S. 232 U.S. 383, at p.392 (1914) (karar için bkz. Phillip E. Johnson, Cases and Materials on Criminal Procedure, West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1988, s.24vd.).

23 Bu açıklamalar ve teori hakkında gbi. bkz. Bıçak, s.41 vd.

24 Şafak-Bıçak, s.257.



Koruma Teorisine (Protective Theory) göre<sup>25</sup>, değerlendirme yasağı, yalnızca sanığın haklarını koruma gayesi güden kuralların ihlalinin sonucu olarak elde edilen delili kapsar. Hukuka aykırı olarak ulaşılan delilin değerlendirilmemesi, hakların ihlali sonucu sanığın karşılaşılabileceği dezavantajlara karşı onu koruyacaktır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delil değerlendirme dışı tutulduğunda, sanık sanki ihlaller hiç yapılmamış gibi bir durumda olacaktır. Bu teori iki ayrı sınırlama içermektedir. Birincisi, hazırlık soruşturmasındaki her ihlal delilin değerlendirme dışında tutulmasına neden olmayacaktır. Sanığı delillerin toplanmasına karşı doğrudan korumayı amaçlamayan normların ihlali halinde deliller değerlendirilebilecektir. Örneğin tutuklama, doğrudan delil toplamaya yönelik bir işlem olmadığı için tutuklamanın hukuka aykırı olması, usulüne göre yapılan sorguda elde edilen delillerin değerlendirme dışında kalması sonucunu doğurmayacaktır. Değerlendirme yasağını haklı kılmak için hazırlık soruşturmasındaki müdahalenin, ilk olarak, delilin toplanmasına yönelik bir adım olması gerekir. İkinci olarak, sanığın haklarını korumayı amaçlayan kuralların ihlali ile delilin elde edilmesi arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Bir müdahale sanığın haklarını korumayı amaçlayan bir kuralı ihlal edebilir, ve henüz delilin elde edilmesiyle zorunlu bir bağı olmayabilir. Buna açık bir örnek R. v. Alladice<sup>26</sup> davası olabilir, ki bu davada, ihlal edilen kural (müdafie danışma hakkı) sanığın haklarını korumayı amaçlıyordu, fakat delil bu kuralın ihlali vasıtasıyla elde edilmedi. Zuckerman'a göre<sup>27</sup>, ceza soruşturmalarında davranış standartları vermekle yasakoyucunun amacı, makul şüphe olmadığına kolluk marifetiyle yapılacak müdahalelerden masumu korumaktır.

Caydırma teorisine (Deterrence Theory) göre<sup>28</sup>, ceza muhakemesi kurallarını ya da standartlarını ihlal etmekten kolluğu sakındırdığı için, hukuka aykırı deliller değerlendirme yasağına tabi olmalıdır. Bu teori, bir ceza mahkemesinin, yalnızca yargılama için olandan daha çok koğuşturma olarak adlandırılan davranışların hepsi için sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Polisin delil toplamadaki rolü, mahkemelerin delili kabul etme fonksiyonundan güçlülükle ayrılabilir<sup>29</sup>. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendiril-

<sup>25</sup> Teori hakkında gbi. bkz. Bıçak, s.42 vd.

<sup>26</sup> (1988) 87 Cr. App. R. 380 (nak. Bıçak, s.43).

<sup>27</sup> Zuckerman, 1987, "Illegally Obtained Evidence- Discretion as a Guardian of Legitimacy", 40 Current Legal Problems 57 (nak. Bıçak, s.43).

<sup>28</sup> Bkz. Bıçak, s.44 vd.

<sup>29</sup> U.S. v Leon 468 U.S. 897, at p. 938 (1934) (nak. Bıçak, s.44).

dirme dışında tutulma potansiyeli, polisi delil toplama sürecinde hukuka aykırı metotlar uygulamaktan alıkoyacaktır. Bu teori, mağdurun kişisel haklarını korumaktan ziyade, polisin yanlış davranışlarından kamuyu korumayı amaçlamaktadır.

Değerlendirme yasağının caydırıcı bir etkiye sahip olup olmadığını belirlemek için, Amerika Birleşik Devletlerinde çok miktarda araştırma yapılmıştır<sup>30</sup>. Bu araştırmalardan ilki Kolombiya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri tarafından yapıldı. Bu araştırma, değerlendirme yasağının kabulünden<sup>31</sup> önce ve sonraki narkotik olaylarında değerlendirme yasağı kuralının polisin arama ve elkoyma uygulamalarını değiştirip değiştirmediğini belirlemekle ilgiliydi. Araştırmayı yapanlar, değerlendirme yasağının polisin uygulamalarını değiştirmede esaslı bir etkiye sahip olmadığını belirlediler.

Değerlendirme yasağının caydırıcı etkisi üzerinde diğer bir çalışma da Oaks tarafından yapıldı. Oaks, değerlendirme yasağının benimsenmesinden önceki ve sonraki altı yıllık periyotta Cincinnati şehrindeki uyuşturucu, silah, kumar ve hırsızlık suçları için aramaları inceledi. Oaks çalışmasının sınırlı niteliğini kabul etmesine rağmen, 1961'de Birleşik Devletlerde değerlendirme yasağının benimsenmesinin polis uygulamaları üzerinde caydırıcı etkiye sahip olmadığını belirtti. Çünkü onun verileri, kuralın (exclusionary rule) kabulünden sonra oldukça sık hukuka aykırılık yapıldığını gösterdi. Bununla birlikte, değerlendirme yasağına rağmen ihlallerin olması, kuralın polisin yanlış davranışlarını caydırmadığını kanıtlamaz. Gerçekçi olmak gerekirse, değerlendirme yasağının hukuka aykırılıkları tümüyle ortadan kaldırması beklenmemelidir. Bu yüzden değerlendirme yasağının caydırıcı etkisinin etki alanına karar vermede, kurala rağmen yapılan ihlallerin sayısını değil, onun önledikleri hukuka aykırılıkların sayısı araştırılmalıdır<sup>32</sup>.

Bu konuda diğer bir ampirik çalışma, 1970'lerin başında Canon tarafından yapıldı ve bu çalışmanın sonuçları 1974'de yayınlandı<sup>33</sup>. Bu çalışmada iki temel veri toplama teknikleri kullanıldı; bunlardan birincisi, 19 büyük Amerikan şehirlerindeki arama kayıtları ve ikincisi de, 100 binden daha fazla

---

<sup>30</sup> Bu araştırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bıçak, s.47 vd.

<sup>31</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi Mapp v. Ohio 1961 (367 U.S. 643) davasında yasadışı arama ve elkoymadan elde edilen delilin değerlendirme yasağına tabi olduğunu kabul etti (nak. Bıçak, s.47, dn. 48).

<sup>32</sup> Bıçak, s.48.

<sup>33</sup> Canon, 1974, "Is the Exclusionary Rule in Failing Health? Some new Data and a Plea Against a Precipitous Conclusion", 62 Kentucky Law Journal 681 (nak. Bıçak, s.49 vd).

nüfusu olan şehirlerdeki polislere, savcılara ve avukatlara gönderilen anketlerdir. Canon, kurala uymamanın yaygınlığını ispatlamanın, kurala boyun eğmeyi ispatlamaktan daha kolay olduğunun farkındaydı ve o caydırıcı bir kural olarak değerlendirme yasağının etkisini göstermeye teşebbüs etmedi. O daha çok, kuralın hukuka aykırı polis davranışlarını caydırmada etkisizliğinin ilk sonuçları hakkında haylice şüphe belirledi. Diğer taraftan onun anketi gösterdi ki, polisin arama ve elkoyma düzenlemelerine boyun eğmesi, 1967-73 arasında önemli bir şekilde artmıştır ve o bu değişiklikleri değerlendirme yasağının kabulüne bağladı.

Bu konuda ileri sürülen bir başka teori, “yargının haysiyeti teorisi” (Judicial Integrity Theory) dir. Bu teori, ilk olarak, *Olmstead v. U.S.* (277 U.S. 438 (1928)) davasında yargıç Brandeis’in karara ilişkin muhalefet şerhinden ortaya çıkmıştır. Ona göre hukuka aykırı olarak elde edilen delil, ilk olarak hukuka saygıyı sürdürmek için değerlendirme dışı tutulmalıdır ve “eğer devlet bir kanun ihlalcisi olursa, bu hukuku küçümsemeyi doğurur ve bu herkesi kendisi için bir kanun yaratmaya davet eder ki, bu anarşidir”. İkinci olarak, totaliter idarenin gelişmesini önlemek amacıyla hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmalıdır<sup>34</sup>. Bu teoriye göre, delillerin toplanması ile değerlendirilmesi arasında çok sıkı bir bağ bulunmaktadır ve hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri kabul eden mahkemeler bu aykırılıklara zımni olarak destek vermekte ve hukuka aykırı davranışa bir anlamda ortak olmaktadır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri reddederek, mahkemeler bu fiili meşrulaştırmayı ve fiile ortak olmayı da reddetmiş olurlar. Mahkemelerin hukuka saygılı olduklarını göstermek ve kendi haysiyetlerini korumak için hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri kabul etmemeleri zorunludur<sup>35</sup>.

Mutlak değerlendirme yasağını öngören yaklaşıma da çeşitli eleştiriler yöneltmiştir. İlk olarak, mutlak değerlendirme yasağının, sanığın mahkumiyetine yol açabilecek delillerin reddedilmesini gerektireceğinden, mahkumiyetle sonuçlanabilecek bazı davaların beraatla sonuçlanmasına yol açacağı belirtilmiştir. Ancak Amerika’da yapılan bir araştırmada, değerlendirme yasağının toplam davalar içinde sadece %1 inin bu kuralın işlemesi neticesi kaybedildiğini ve bunların da çok ciddi suçlar olmadığı tespit edilmiştir. Bir çok davada hukuka aykırı deliller reddedildiği halde yine de mahkumiyet kararlarına ulaşılmıştır. İkinci eleştiri, mutlak dışta tutma kuralının, delil

---

<sup>34</sup> Bıçak, s.55.

<sup>35</sup> Şafak-Bıçak, s.263.

ortaya çıktıktan, kimin suç işlediği belli olduktan sonra işleyen, sadece suçlunun lehine bir mekanizma öngördüğü şeklindedir. Hukuka aykırı bir davranışa muhatap olan masum kişiler, aleyhlerine delil ele geçirilemediği için, bu kuraldan hiçbir şekilde yararlanamamaktadırlar. Ayrıca, bu kural, suçluluğu arttıracığı, halkın hukuk ve yargı sistemine olan saygı ve güvenini azaltacağı yönünde eleştirilere de uğramaktadır<sup>36</sup>.

### 3- Esnek Yaklaşım

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin akibetinin ne olması gerektiği sorununa üçüncü çözüm şekli esnek yaklaşımdır (Discretionary Theory). Buna göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabul edilebilirliğine karar vermede, kabul etme ya da dışarıda tutma şeklinde sabit bir kural kabul etmek yerine, mahkemenin her davada yarışan menfaatleri gözönünde tutmak suretiyle bu iki alternatif arasında karar vermesi gerekir. Bu yaklaşım, mahkemelere açıkca takdir hakkı tanımaktadır<sup>37</sup>.

“Mutlak değerlendirme yasağı, doğrudan suçu kontrol, suçlarla mücadele düşüncesiyle çelişmektedir. Mutlak kabul etme kuralı ise, suçu kontrol düşüncesini oldukça önemseydiği için ceza muhakemesinin moral boyutunu ihmal etmektedir. Böyle katı kuralların tehlikesi şöyle özetlenebilir: Mutlak değerlendirme yasağı, suçu sıkı kontrol altında tutmayı başarısız kılar ve bunun sonucu olarak da, kamu düzeni bozulur. Mutlak değerlendirme kuralı ise, polis devleti yaratmada bir araç olabilir. Bu durumda takdirilik kuralının katı kurallara nazaran bazı avantajları bulunmaktadır. Çünkü bu kural, yarışan düşünceler arasında (en azından hemen) bir seçimi gerektirmiyor, daha çok onları uzlaştırmayı ya da birini diğerine karşı ölçüp biçmeyi (her olayın koşullarını ve gerçeği hesaba katmak suretiyle) öneriyor. Bununla birlikte, takdirin kullanılması için belirli ana çizgiler olmadıkça, bu yaklaşım da özensiz ve karmaşık dezavantajlara sahip olacaktır”<sup>38</sup>.

## C- Mukayeseli Hukukta Soruna Yaklaşım

### 1- Amerikan Hukukunda (Exclusionary Rule)

Amerikan hukukunda, yukarıdaki yaklaşımlardan, mutlak değerlendirme yasağının benimsendiğini ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme dışında tutulduğunu belirtmek gerekir. Amerika Birle-

<sup>36</sup> Bu eleştiriler için bkz. Bıçak, s.57 vd; Şafak-Bıçak, s.263-264.

<sup>37</sup> Bkz. Bıçak, s.62 vd.

<sup>38</sup> Bıçak, s.66.

şik Devletlerinde, 1961 yılına kadar, değerlendirme yasası sadece federal mahkemelerdeki davalarda kabul ediliyordu. Bu kuralın etki alanı 1961 yılında, *Mapp v. Ohio* davasıyla, eyaletlerdeki ihlaller bakımından da kabul edildi<sup>39</sup>.

Amerikan Ceza Muhakemesi uygulamasında mutlak değerlendirme yasası uzun süredir kabul edilmektedir. Değerlendirme yasasının kabul edildiği ilk dava, *Boyd v. United States*'di<sup>40</sup>. Bu davada Amerikan Yüksek Mahkemesi, kişinin sahip olduğu faturalar ve ithalat kayıtlarının kendisine karşı tanık olarak kullanıldığını ve makul şüphe üzerine yapılmayan arama ve elkoyma sonucu elde edilen bu kağıtların delil olarak kullanılmayacağına karar verdi. Değerlendirme yasasının gerekçesi, anayasa tarafından sağlanan korumaya dayandırıldı<sup>41</sup>. Değerlendirme yasası sadece 4.Ek'den çıkarılan arama ve elkoymalarla sınırlı değildi. Yüksek Mahkeme bu kuralı, itiraflara<sup>42</sup>, polis hilelerine (line-ups)<sup>43</sup> kimlik delillerine<sup>44</sup> ve dürüst yargılamanın inkarına<sup>45</sup> da uygulamaktadır.

Değerlendirme yasasının temel özelliği, kesinlikle, mutlak değerlendirme yasasını sonuçlandırmasıdır. Bir ihlalin olduğu yerde, elde edilen delil değerlendirme dışı tutulmalıdır. Hakimler takdir yetkisine sahip değildirler; dürüstlük, güvenilirlik, ya da hukuka uygunluk gibi başkaca kavramlar, yasağa karşı uygulanamaz. Sonuç olarak hakimin böyle bir delili değerlendirme dışı tutmaması, temyiz için yeterlidir.

Değerlendirme yasasının uzak etkisinin sonuçları, kanuna aykırı bir arama sonucu bulunan maktulün cesedinin katili mahkum etmek için kullanılmasını neredeyse imkansız kılmaktadır<sup>46</sup>. Sadece maktulün cesedi değil, yasadışı aramanın sonucu olarak elde edilen sözlü bir delil de, yasa dışı

---

<sup>39</sup> Bıçak, s.113, dn.50.

<sup>40</sup> 116 U.S. 616, 6 S.Ct. 524, 29 L.Ed. 746 (1886) (bkz. Jerold H. Israel- Yale Kamisar-Wayne R. LaFave, *Criminal Procedure and The Constitution*, Leading Supreme Court Cases and Introductory Text, 1991 Edition, West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1991, s.403 vd.; Bıçak, s.113).

<sup>41</sup> *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914).

<sup>42</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (karar için bkz. Johnson, s.412 vd.).

<sup>43</sup> *U.S. v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967) (Bıçak, s.113).

<sup>44</sup> *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967) (Bıçak, s.113).

<sup>45</sup> *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) (Johnson, s.32 vd.).

<sup>46</sup> *People v. Defore*, 242 N.Y. 13 (1926); *Killough v. U.S.* 114 U.S. Appl. D.C. (1962).

arama olmaksızın elde edilemediği için gözönünde tutulamaz<sup>47</sup>. Bu olaylar, hakimleri ve doktrini değerlendirme yasağının ağır eleştirisine yöneltti. Son zamanlarda Yüksek Mahkeme, mutlak değerlendirme yasağına istisnalar getirmek istemektedir.

United States v. Leon<sup>48</sup> davasında Yüksek Mahkeme, temel bir istisna (iyi niyet istisnası) oluşturmak suretiyle mutlak değerlendirme yasağını yumuşattı. Karara konu olan olay şöyle gerçekleşmişti; hakim, uyuşturucu trafiği şüphesiyle bağlantılı iki araba ve iki evin aranmasına yetki veren bir arama izni verdi. Bu emrin infazıyla uyuşturucular bulundu. İlk derece mahkemesi, polisın aramâ izni istemesini makul şüpheyeye inanması üzerine yapmasına rağmen, aramanın makul şüpheyeye dayanmadığı gerekçesiyle uyuşturucuları değerlendirme dışında tuttu. Bir üst mahkeme de bu sonucu kabul etti. Fakat Yüksek Mahkeme, değerlendirme dışında tutma kararını bozdu. Yüksek Mahkeme “ mutlak değerlendirme yasağı kuralı, tarafsız ve objektif bir hakim tarafından verilen bir arama izni üzerine makul inançla hareket eden bir memur tarafından elde edilen delilin kullanılmasına engel olmayacak, (tamamıyla makul şüpheyeye desteklenmeyen bir buluş olmadıkça), şekilde anlaşılmalıdır<sup>49</sup>.

İyi niyet doktrini mutlak değerlendirme yasağı kuralına getirilen tek istisna değildir. Nix v. Williams<sup>50</sup> davasında “kaçınılmaz buluş” (the inevitable discovery) istisnası kabul edildi. Buna göre, şayet delil tümüyle yasal araçlarla keşfedilmişse delil değerlendirme dışı tutulmamalıdır. Bu davada, yasadışı bir sorgulamanın sonucu olarak bulunan bir çocuk cesedi, koğuşturma gösterdi ki, aramacılar sorgu olmasa da cesedi bulabilecekleri için delil olarak kabul edildi.

Bundan başka, Yüksek Mahkeme, New York v. Quarter<sup>51</sup> davasında “kamu güvenliği kuralı” (the public safety rule) olarak bilinen üçüncü bir istisna geliştirdi. Bu istisna, şayet usulsüzlük kamu güvenliğini korumak için olursa, hukuka aykırı olarak elde edilen delili takibata katmaya izin vermektedir. Dava konusu olay şöyleydi; bir kadın, iki polis memuruna yaklaştı ve yakındaki bir süper markete henüz girmiş olan silahlı bir adam tarafından ırzına geçildiğini söyledi. Mağazada kadın tarafından verilen tanıma uygun

47 Wong Sun v. United States, 371 U.S 471 (1963) (nak. Bıçak, s. 114).

48 468 U.S 897 (1934).

49 Nak. Bıçak, s.114.

50 467 U.S. 431 (1984).

51 104 S. Ct. 2626 (1984) (nak. Bıçak, s. 115)

bir adam yakalandı. Ellerini kelepçeledikten sonra fakat onu hakları konusunda uyarmadan önce, memur silahı nerede bulabileceğini sordu ve o da silahın yerini açıkladı. İlk derece mahkemesinde hakim, hakları konusunda kişi ikaz edilmediği için, “silah oradadır” ifadesini ve silahı değerlendirme dışında tuttu. Yüksek Mahkeme delilin kabul edilmesi gerektiğini, çünkü soruları sorma ihtiyacının, kamu güvenliğini korumak için, uyarma ihtiyacından ağır bastığını ifade etti<sup>52</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerinde, sanıktan elde edilen ikrarın delil olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi de çözümlenmiş bulunmaktadır. Amerikan Yüksek mahkemesi Escobedo v. Illinois<sup>53</sup> davasına kadar, ikrarın iradi olup olmadığına bakmaktaydı. Daha sonra, kimsenin kendisi aleyhine delil vermek mecburiyetinde olmaması kuralı (5.Ek), genişletilmeye başladı<sup>54</sup>. Nitekim Escobedo v. Illinois davasında, müdafii ile görüştürülmeyen, müdafii karakoldan içeri sokulmayan sanıktan alınan ikrarın da geçerli olmayacağı kabul edildi<sup>55</sup>. Ünlü Miranda<sup>56</sup> kararı ile de, kişinin kendisi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamayacağı kuralının gözetilmediği ifadelerde de geçerli olduğuna karar verilerek, hakların öğretilmesi mecburiyeti getirildi ve bu öğretim olmaksızın elde edilen ifadeler geçersiz sayıldı.

## 2- İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda esnek yaklaşım benimsenmektedir. Hukuka aykırı elde edilen delili değerlendirme dışında tutmada hakimın takdirinin varlığı, Common Law’da da kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, 1984 yılında, Polis ve Ceza Delil Yasası (the Police and Criminal Evidence Act) hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabul edilebilirliği meselesini düzenledi. Bu düzenleme konuya ilişkin üç hüküm içermektedir: 78.madde, genel olarak, dürüst olmayan delilin değerlendirme dışı tutulmasını ele almaktadır; 76.madde, itirafların kabul edilebilirliğine ilişkindir ve

---

<sup>52</sup> Bıçak, s.115.

<sup>53</sup> 378 U.S. 478, 84 (1964) (karar için bkz. Johnson, s.408 vd).

<sup>54</sup> Feridun Yenisey, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, A.Ü. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s.138.

<sup>55</sup> Füsun Sokullu-Akıncı, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s.167.

<sup>56</sup> Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, (1966).(karar için bkz. Johnson, s.412 vd.; Sokullu-Akıncı, s.168).

82.madde ise common law'ın delili değerlendirme dışı tutma konusundaki takdirlik kuralını muhafaza etmektedir.

78.madde, elde edilen delillerin hepsini kabul etme ile hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hepsini değerlendirme dışında tutma arasında, değerlendirme yasağı için hakime bir takdir yetkisi vermek suretiyle ortalama bir yol seçmiştir. Bu takdirin alanı konusunda kanun bazı ilkeler belirlemiştir. Şayet delilin kabul edilmesi muhakemenin dürüstlüğüne ağır bir şekilde etkiliyorsa delil değerlendirme dışı tutulabilir<sup>57</sup>. Hukuka aykırı bir delille karşılaşan hakimın bazı durumlar dışında, bu delili değerlendirme dışında tutması sınırlıdır. Delil elde etme yolunda uygunsuz bazı unsurlar bulunsun ya da bulunmasın, 78.madde, çeşitli durumlarda uygulanabilir. 78.maddeyi uygulamak için, polis ya da bir başkası tarafından herhangi bir usulsüzlüğün yapılması gerekli değildir. 78.madde, hukuka aykırılığı tespit etmek ihtiyacıyla, güçleştirilmeyen bir "gayri dürüstlük" takdirini içerir<sup>58</sup>. Kısaca, kanunun 78.maddesine göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabulü muhakemenin dürüstlüğüne ağır bir şekilde etkiliyorsa, mahkeme bu delili değerlendirme dışı tutmada takdir yetkisine sahiptir.

Polis ve Cezai Delil Yasasının 76.maddesi, itirafların kabul edilebilirliğini düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, gerek mahkeme gerekse poliste elde edilen itiraflar, baskı ve hile ile elde edilmemişse, delil olarak kabul edilmektedir<sup>59</sup>.

### 3- Alman Hukukunda

Alman hukukunda prensip olarak mutlak değerlendirme yasağının benimsendiğini söylemek mümkündür. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ifadeler bakımından mutlak değerlendirme yasağı öngörmektedir (StPO §136a). Alman CMUK'nun 136a maddesi, bizdeki 135a maddesine benzer bir şekilde, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasını yasaklamış ve bu yöntemler kullanılarak alınan ifadenin delil olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yasak sorgu yöntemleri dışında kalan hukuka aykırılıklar bakımından ise, yukarıda açıklanan koruma teorisinin Alman Yargıtay'ı tarafından benimsendiği görülmektedir.

Alman Federal Mahkemesi, yasak sorgu yöntemleri dışındaki hukuka aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede bir

---

57 Bıçak, s.81.

58 Bıçak, s.83.

59 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bıçak, s.139 vd.



ölçüt olarak “haklar alanı” teorisini geliştirmiştir. Buna göre, delil elde etmek için gerçekleşen hukuka aykırılığın, sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmalıdır. Eğer sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmişse, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmemesi; şayet değerlendirilmişse bunun bir temyiz nedeni sayılması gerekir. Buna karşılık, yapılan hukuka aykırılığın sanığın hakları açısından hiç bir önemi yoksa veya bu ihlal ikinci derecede kalmakta ise, hukuka aykırı olmasına rağmen, elde edilen delil değerlendirme dışı tutulmamalıdır. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken, öncelikle, ihlal edilen kuralın kimin yararına konulmuş bulunduğuna bakmak gerekir<sup>60</sup>.

Bu çerçevede Alman Yargıtay’ı, sözgelimi, bizdeki 135.maddenin karşılığı olan ve sanığın polis tarafından ilk defa ifadesi alınırken hakları konusunda aydınlatılmasını öngören 136.maddenin ihlalinin bir değerlendirme yasağı oluşturmayacağını ve bunun bir bozma nedeni sayılmayacağını kabul etmişti. Mahkeme bu kararında, 136.maddenin düzenleyici bir hüküm olduğunu ve bu tür hükümlere uyulmamasının yapılan işlemlerin geçersizliğine yol açmayacağını ve dolayısıyla polis tarafından hakları öğretilmeden alınan ifadenin sanığın haklarını önemli derecede ihlal etmediği sonucuna varmıştı<sup>61</sup>. Bir başka kararında ise Yüksek Mahkeme, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin 136a maddesi anlamında bir “aldatma” oluşturması halinde değerlendirme yasağının sözkonusu olabileceğini, ancak bunun için hakların öğretilmemesinin dikkatsizlik sonucu değil, kasten gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>62</sup>.

Doktrinde, Alman Federal Mahkemesinin benimsediği “haklar alanı” teorisini şiddetle eleştirilerek, sadece sanığın temel haklarını koruyan hükümlerin ihlali halinde değil, muhakeme hukukuna ilişkin herhangi bir hükmün ihlali halinde de elde edilen delillerin değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Sanığın özel olarak kendi çıkarına konulmuş kuralların uygulanmasını istemek hakkı yanında, önceden konulmuş olan kurallara uygun bir ceza

<sup>60</sup> BGHSt. 11, 213; bkz. Kayıhan İçel, “Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları”, 28.4.1995 tarihinde Yargıtay’da yapılan sempozyuma sunulan tebliğ, yayımlandığı yer; Savaş-Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Ankara 1995, s.739; Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s.140; Demirbaş, s.255.

<sup>61</sup> BGHSt. 22, 170,171; bkz. KMR, (Müller-Sax- Paulus), Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Auflage, Darmstadt 1980, §136, Rn.10; BGHSt. 31, 395 (NJW 1983, 2205); Hans O. Sieg, “Verwertungsverbot für Aussagen eines Beschuldigten im Ermittlungsverfahren ohne Belehrung nach §136 1, 2 StPO”, MDR 1984, Heft 9, s.725; İçel, s.739; Demirbaş, s.255

<sup>62</sup> BGHSt. 25, 325; bkz.KMR, §136, Rn.10; Demirbaş, s.255.

muhakemesinin yürütülmesini isteme hakkı da vardır. Ayrıca, muhakemenin önceden belirlenmiş kurallara göre yürütülmemesi durumunda da, sanığın "haklar çevresi" zedelenmiş olacağından, buna uyulmayarak elde edilen deliller de değerlendirme yasağına tabi olmalıdır. Eğer bu tür deliller hükümde kullanılmışsa bu durum, temyiz sebebi sayılmalı ve hüküm bozulmalıdır. Bu bağlamda, sanığa hakları öğretilmeden alınan ifadeler, sanığa karşı değerlendirilemez ve genel bir değerlendirme yasağına vücut verirler<sup>63</sup>.

Nitekim Alman Yargıtayı, bu eleştirilerin etkisiyle, 1992 yılında vermiş olduğu bir kararla, sanığın poliste ifadesi alınırken haklarının öğretilmemesini önemli bir temel hak ihlali olarak kabul etmiş ve böyle bir ifadenin değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>64</sup>. Ancak mahkeme, hakları konusunda bilgilendirilme yükümünün ihlalinin, her durumda mutlak bir değerlendirme yasağı ile karşılanmasını da benimsememiştir. Olaydaki durumda (Polis memuru tarafından ifadesi alınmadan önce şüpheliye susma hakkının bulunduğu bildirilmemesi), değerlendirme yasağının sınırlanması ve uygulanması için geçerli olan unsurlar şunlardır: a) Polis memurunun StPO 136/1,2'deki bilgiyi verip vermediğini olay yargıcı, bu hususun ihmal edildiğine dair fiili dayanak noktaları buldukça serbest ispat yolunda aydınlatmak zorundadır. Bu bilginin verildiği veya vermediği hususu aydınlatılmıyorsa, olay yargıcı ifadenin içeriğini değerlendirebilir. b) Polis memuru,

<sup>63</sup> Bkz. Demirbaş, s.256; Koca, s.281.

<sup>64</sup> BGH, Beschluss 27.2.1992- 5StR 190/91, NJW 1992, s.1463 ; Alman Yargıtayı bu kararında ayrıca, StPO'nun delil değerlendirme yasağı konusunda kesin bir kural içermediğini, bu nedenle de bir delil elde etme yasağının değerlendirme yasağını da beraberinde getirip getirmediğinin her kural ve her somut olay için ayrı ayrı kararlaştırılması gerektiğini belirterek; ihlal edilen bir muhakeme hukuku normu, sanığı koruma ya da ilk planda sanığı korumaya hizmet etmiyorsa, bu takdirde değerlendirme yasağından söz etmek uzak bir durumdur. Örneğin StPO'nun 55/2 (CMUK m.47,50), maddesinde düzenlenmiş olan tanığa çekinme hakkı bulunduğu öğretilmesi kuralının ihlali gibi. Fakat, ihlal edilen muhakeme hukuku normunun kesin olan amacı, şüpheli veya sanığın anayasal durumunun temellerini ceza muhakemesinde güvenceye almak ise bir değerlendirme yasağının varlığından söz etmek daha doğru olacaktır. Polis memurlarının StPO 136/1,2'e (CMUK m.135) göre şüpheliyi hakları konusunda bilgilendirme görevine aykırılık, ilginin anayasal durumunun söz konusu temellerindedir. Buna göre de bir değerlendirme yasağı vardır. Ceza muhakemesinde hiç kimsenin kendisi aleyhine ifade vermek zorunda olmadığı ilkesi yani susma hakkı, ceza muhakemesinin bu nitelikteki ilkelerinden biridir. Her kim, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun dışındaki bir normla, kendisini cezalandırılabilir bir davranışla suçlandıran bir açıklamada bulunma yükümü altında ise, ceza muhakemesinde adı geçen ilkenin dikkate alınmasıyla kendi ifadesi kendi istencine karşın değerlendirilemez. (Karar için bkz. Serap Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s.180 dn.593).

şüphelinin kendi hakkını biliyor olup olmamasından bağımsız olarak, adı geçen maddeye göre bilgi verme görevine sahiptir. Buna karşın sorgunun başında ifade vermek zorunda olmadığını bilgilendirilmeksizin de bilen kişinin, susma hakkını bilmeyen biriyle aynı ölçüde korunması gerekli değildir. Gerçi o da, yasaya göre hakları konusunda bilgilendirilmek zorundadır. Buna karşın burada, istisnai olarak değerlendirme yasağı yoktur. Bu durumda yargılamanın sürdürülmesindeki yararın önceliği vardır. Eğer olay yargıcu, fiili dayanak noktaları dolayısıyla polisteki ifade verme sırasında sanığın susma hakkını bildiği hususunda ciddi şüphe duyuyor ve serbest ispat yoluyla da bu şüpheyi kaldıramıyorsa, bu takdirde sanığın bu bilgiye sahip olmadığı sonucuna varmalıdır. Dolayısıyla da değerlendirme yasağı olacaktır. c) Duruşmada sanığın savunmanı varsa ve savunulan sanık açıkça bilgilendirilmeksizin alınmış ifadesinin içeriğini onaylıyorsa, artık bir değerlendirme yasağı yoktur. Aynı şey, savunulan sanığın böyle bir değerlendirmeye karşı koymaması durumunda da geçerlidir. Karşı koyma ise, StPO'nun 257.maddesinde (CMUK m.250) belirtilmiş zamana kadar yapılabilir. Eğer olay yargıcu önündeki duruşmada sanığın savunmanı yoksa, aynı şey ancak, sanık, yargıç tarafından polisteki ifadesinin değerlendirilmesine karşı koyabileceği hususunda bilgilendirildiği takdirde geçerli olur. Aksi durumda değerlendirme yasağı bulunur. d) Temyiz yargılamasında sanık, usulüne göre bilgilendirilmesi durumunda ifade vermeyecek olduğunu iddia ve ispat etmek zorunda değildir<sup>65</sup>. Federal Mahkeme, bu kararında, diğer hukuka aykırı delillerin muhakemede değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda eski içtihadını sürdürerek, sanığın anayasal haklarının ihlal edilip edilmediğini bir kriter olarak kullanmıştır.

### **III- TÜRK HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERE DAYANMA YASAĞI**

#### **A- Genel Olarak**

1992 yılında yapılan CMUK değişikliğine kadar ceza muhakemesi hukukumuzda, "değerlendirme yasağı"na ilişkin somut bir hüküm bulunmaktaydı. Bu dönemde, değerlendirme yasağı öngören tek hükmün, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Sözleşmesinin<sup>66</sup> 15.maddesiyle iç hukukumuzda

<sup>65</sup> Bkz. Keskin, s.180-181, dn.593.

<sup>66</sup> Bu sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1984 tarihinde 39/46 no'lu kararı ile kabul edilmiştir.

girdiğini söyleyebiliriz<sup>67</sup>. Gerçekten bu madde işkenceyi yasaklayarak, işkence ile elde edilen delilin işkence yapan dışında delil olarak kullanılmayacağını öngörmekteydi. Her ne kadar uygulamada işkence ve kötü muamele ile elde edilen ikrara tek başına değer verilmiyor idiye de<sup>68</sup>, bu ikrar vasıtasıyla elde edilen diğer deliller muhakemede kullanılabilirdi. Türk Yargıtay'ı, bu dönemde, delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın o delili değerlendirme dışı bırakmayacağını, bir başka ifade ile, hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılabileceğini prensip olarak kabul etmekteydi<sup>69</sup>.

Doktrinde de delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile, hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi birbirinden bağımsız olarak ele alınıyor ve hukuka aykırı olarak elde edilen delilin muhakemede değerlendirilebileceği genel olarak kabul ediliyordu. Yenisey'e göre, "hukuka aykırı bir yöntem kullanılarak veya yasanın kabul etmemesine rağmen elde edilen her delil değerlendirme dışı kalmalıdır" demek, her zaman uygun değildir. Çünkü ihlal edilen kural bazen çok önemli, bazen ise basit bir kuraldır. Örneğin, bir memur sır saklamak mecburiyetinde iken (CMUK m.49/1), amirinin izni olmadan, aleni duruşmada bu olayı açıklamışsa, 49.maddedeki kuralın ihlali edilmesi suretiyle duruşmada ortaya konmuş olan "hukuka aykırı bir delil" vardır. Bu yasaklanmış delilin hüküm verilirken kullanılmaması maddenin amacına aykırı olur. Zira 49.madde olayın aleniyete çıkmasını önlemek için konulmuş olan bir hükümdür. Olay aleniyete çıktıktan sonra, onun değerlendirme dışı tutulması, olayı hafızalardan silemez<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Türkiye bu sözleşmeye 1988 yılında katılmıştır (RG. 10.08. 1988, sy.19895).

<sup>68</sup> Y.CGK, 10.12.1990, 6-257/335 "Savcılık veya kolluktaki ikrarı içeren tutanaklar duruşmada kanıt olarak okunamaz. Dolayısıyla kanıt olarak hükme esas alınamaz. Kaldı ki duruşma sırasındaki ikrarın bile tek başına kesin kanıt olduğu kabul edilemez...duruşmadaki ikrarın da başkaca yan kanıtlarla desteklenmesi gerekir" (YKD, Mart 1991, C:XVII, sy.3, s.420 vd.); Y.CGK, 17.4.1989, 1-90/144 "...baskıya dayalı olduğu konusunda kuşku bulunmayan ve devamlılık arz etmeyen ikrar ve bu nitelikteki şehadete dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır (oybirliği ile)" (nak. Şahin, s.256); Y.CGK, 16.2.1987, 6-271/50 "Bir ikrarın sanık aleyhine delil olabilmesi için bunun serbest irade mahsulü olması, hakim huzurunda yapılması, soruşturma aşamasında geri alınmaması ve yan delillerle de doğrulanması gerekir" (nak.Şahin, s.262).

<sup>69</sup> Y.CGK, 5.12.1988, 6-424/506 "Hiçbir yan delille desteklenip doğrulanmayan ve baskıya dayalı olduğu bildirilerek sonradan geri alınan polis aşamasındaki ikrarından başka kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı halde...mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır" (nak.Şahin, s.257).

<sup>70</sup> Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s.139.

1992 yılında 3842 sayılı yasa ile yapılan CMUK değişikliği ile kanunumuza biri özel diğeri ise genel değerlendirme yasası öngören iki hüküm girmiştir<sup>71</sup>. Yapılan değişiklikle CMUK'na eklenen ve "yasak sorgu yöntemleri" başlığını taşıyan 135a maddesi şöyledir: "İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. –Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.-Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez".

Genel bir değerlendirme yasası ise CMUK'nun 254/2.maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm de 3842 sayılı yasa ile hukuk sistemimize girmiştir. Buna göre: "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz".

Bu iki hüküm, bizim hukuk sistemimiz bakımından, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasasına tabi olduğunu ve yasakoyucunun tercihini bu yaklaşımdan yana kullandığını göstermektedir. Bu hükümlerden 135a maddesinin öngördüğü değerlendirme yasası üzerinde pek fazla tartışma olmamakla birlikte, 254/2.madde Türk doktrininde çok tartışılmaktadır. Biz de önce 135a, sonra da 254/2.maddenin öngördüğü değerlendirme yasası üzerinde duracağız.

## **B- Yasak Sorgu Yöntemlerinden Doğan Değerlendirme Yasası**

### **1- Genel Olarak**

CMUK'un 135a maddesi, ilk olarak, yasak sorgu yöntemlerine başvurulmasını yasaklamaktadır. Yasak sorgu yöntemlerinin nelerden ibaret olduğu maddede tek tek sayılmış değildir. Maddede belirtilen, işkence, kötü muamele, ilaç verme, yorma, aldatma, v.b. yöntemler, özgür iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahalelere örnek olarak verilmiştir. Dolayısıyla, maddenin korumak istediği değer sanığın özgür iradesi ve dolayısıyla insan onurudur<sup>72</sup>. Böyle olunca, insan haysiyetine, kişilik değerine yönelik her türlü davranışı yasak sorgu yöntemi olarak kabul etmek gerekir. Hatta bu konuda, ceza kanunumuzun 243.maddesinden de yararlanılabilir. Bu durumda, sa-

---

<sup>71</sup> Füsun Sokullu-Akıncı, "Recent Attempts to Guarantee Human Rights in the Turkish Penal Procedure Law", *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, XXXII/ NO.48, İstanbul 1998, s.264.

<sup>72</sup> Sokullu-Akıncı, recent attempts, s.265.

dece işkence değil, *zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı* her türlü davranış 135a maddesi anlamında yasak sorgu yöntemidir. 135a maddesinde örnek olarak sayılan yöntemlerin hepsinin 243.maddenin kapsamına girdiğinde şüphe yoktur. Ancak 243.maddedeki seçimlik hareketlerden biri olan “gayri insani” ve “haysiyet kırıcı” muameleler<sup>73</sup>, 135a maddesinde sayılan hususların dışında da bir çok davranışı kapsamına alabilecek niteliktedir.

Kanaatimizce, 135a’da belirtilen, “aldatma” ve “kanuna aykırı menfaat vaadetme” şeklindeki yasak sorgu yöntemleri de 243.maddeyi ihlal edecektir. Her ne kadar bu yöntemleri, işkence veya zalimane şeklindeki hareketler olarak değerlendirmek mümkün değilse de, gayri insani ve özellikle de haysiyet kırıcı muamele olarak değerlendirmek ve 243.maddeyi tatbik etmek mümkündür. Gerçekten hile ve hilenin özel bir türü olan kanuna aykırı menfaat vaadetme, bir kimsenin onuruna, kendine olan saygısına saldırı niteliğinde incitici hareketlerdir ki, bu tür hareketler de haysiyet kırıcı muamele sayılmaktadır<sup>74</sup>. İnsan haysiyeti son tahlilde özgür irade olarak anlaşılırsa, insanın kendi kaderini tayin etme ve bu doğrultuda hareket edebilme yeteneğine yönelik her türlü davranışı haysiyet kırıcı muamele olarak kabul etmek gerekir.

İkinci olarak, 135a maddesinde düzenlenen yasak sorgu yöntemleri, sadece susma hakkını koruyan bir hüküm olarak da anlaşılmalıdır. 135a maddesi, sanığın ceza muhakemesindeki muhakeme süjeliğini, iradi karar verme ve davranabilme yeteneğini ve özellikle de onun muhakemedeki savunma hakkını garantileyen<sup>75</sup>, kısaca bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde dürüst yargılama ilkesini gerçekleştirmek için bulunması zorunlu olan bir hükümdür<sup>76</sup>. Bu nedenle, 135a maddesi, sanığın pasif savunma hakkı (susma hakkı) kadar, aktif savunma hakkının da güvencesini oluşturmaktadır. Hatta denilebilir ki, aktif savunma hakkını kullanan bir sanığa yapılan bedeni veya ruhi müdahaleler, susma hakkını kullanan sanığa yapılanlardan daha sinsî ve daha tehlikelidir. Gerçekten, ifade vermeyi kabul eden sanığa

<sup>73</sup> TCK’nun 243.maddesindeki “İşkence Suçu” hakkında bkz. Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, İkinci Baskı, Ankara 2000, s.516 vd; Ayşe Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s.527 vd.; Timur Demirbaş, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 1992.

<sup>74</sup> Y.CGK., 4.4.1983, 8-64/156, YKD, C.IX, sy.7, Temmuz 1983, s.1069; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.531; Nuhoglu, s.568.

<sup>75</sup> Bkz. Şahin, s.171.

<sup>76</sup> Sokullu-Akinci, recent attempts, s.266.

belki işkence yapılmayacaktır ama, hile, tehdit, kanuna aykırı menfaat vaadetme gibi yöntemler kullanılarak, sanığın ifadesi gerçek iradesinin çok ötesinde bir noktaya götürülebilecektir. Böylece, görünürde sanığın hür iradesiyle alınmış bir ifade var gibi gözükmese de, esasında telkin, tehdit ve hile gibi yöntemler kullanılarak elde edilen bir ifadeye, hukuki geçerlilik kazandırılmış olacaktır. Dikkatlerin sadece işkence üzerinde yoğunlaşması, diğer hukuka aykırı yöntemlerin kullanılmasına zımni bir meşruiyet kazandırma riskini doğurmaktadır. Oysa, 135a maddesinin korumak istediği husus, özgür irade, yani insanı diğer canlılardan ayıran en temel özelliktir. Önemli olan, yasak sorgu yöntemlerinin nelerden ibaret olduğu değil, insan kişiliğinin korunmasıdır.

Üçüncü olarak, 135a maddesinde bir *değerlendirme yasağının* öngörülmüş olmasıdır. Esasında, 135a maddesinin konuluş amacı ve korumak istediği değer gözönünde tutulursa, “değerlendirme yasağı” bir amaç değil, bir sonuçtur. Asıl olan ifade veren veya sorguya çekilen sanığın özgür iradesini, insan haysiyetini korumaktır. Bir başka ifade ile, yasak sorgu yöntemlerine başvurulmamasıdır. “Değerlendirme yasağı” ise, bu yöntemlere başvurulması halinde bunun ceza muhakemesi bakımından müeyyidesini oluşturmaktadır.

135a maddedeki “değerlendirme yasağı”, Anayasanın 38/5.maddesinde ifadesini bulan, “hiç kimsenin kendini suçlamaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanmama” hürriyetinin zorunlu bir gereğidir. Bu anayasal ilkenin ihlalinin ceza hukukundaki müeyyidesini 243.madde, ceza muhakemesindeki müeyyidesini ise 135a/son maddesi oluşturmaktadır. Gerçekten, ceza hukuku ile korunan anayasal bir ilkenin ihlal edilmesine, bir hukuk devletinin ceza muhakemesi duyarsız kalamaz, bu ilkenin ihlalini görmezlikten gelerek, elde edilen delilleri muhakemede kullanamazdı. Nitekim ülkemizde, geç de olsa, bu gerçeği fark ederek, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklamış, adaleti işkencenin lekesinden kurtarmıştır.

CMUK'nun 135a maddesinin son fıkrasında, “yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez” denilmektedir. Maddenin bu düzenlemesi iki bakımdan eleştirilmelidir. İlk olarak, maddede geçen “*yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle*” ibaresi hatalı bir anlatımdır. Sanki bu ifadeden, yasak sorgu yöntemlerinin, sadece 135a maddesinin bir ve ikinci fıkralarında sayılanlardan ibaret olduğu biçiminde bir anlam çıkmaktadır. Oysa, yasa koyucu, 135a maddesinde belirtilen yöntemleri, özgür iradeyi engelleyici nitelikte

fiziksel veya ruhsal müdahalelere örnek olarak vermektedir. Bu durumda, maddede sayılanlar gibi, onunla aynı amacı takip eden bütün diğer uygulamalar da yasaktır<sup>77</sup>. Yasak sorgu yöntemleri, ifade veren kişiyi, hem bedensel hem de ruhsal bakımdan etkileyip, iradesini zayıflatan ve onu söylemek istemediği şeyleri söylemeye zorlayan yöntemler olarak anlaşılırsa<sup>78</sup>, bu nitelikte sonuçlar doğuran bütün davranış şekilleri birer yasak ifade alma yöntemi oluşturacaklardır. Dolayısıyla, kanunun sözkonusu düzenlemesi, mevcut şekliyle, yasakoyucunun iradesi ve maddenin birinci fıkrasıyla çelişmektedir. Bu itibarla, maddenin son fıkrası, 1.fıkrasına uygun olarak “özgür iradeyi engelleyici nitelikteki yöntemlerle elde edilen” şeklinde yeniden düzenlenmelidir.

Diğer taraftan, maddenin birinci fıkrasında, *ifade verenin* ve *sanığın* “beyanı”nın özgür iradesine dayanması gerektiği belirtilmektedir. CMUK’nun 135a maddesinde geçen “sanık” kavramının anlamı açıktır; Suç işlediği şüphesi ile hakkında bir ceza muhakemesi işlemi yapılan kişi sanıktır<sup>79</sup>. Ancak “ifade veren” denilmekle kimin ya da kimlerin kastedildiği belirgin değildir. Buradaki “ifade veren” kavramını, Anayasanın 38/5.maddesinde düzenlenen kendini suçlamaya zorlanamama ilkesine uygun olarak, yetkili makamlar tarafından kendini suçlama sonucu doğuracak bir soruya muhatap olan *herkes* olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, tanığın ifadesinin alınmasında da 135a maddesi geçerli olmalıdır. Ayrıca bu ifadenin, mutlaka polis merkezinde veya kapalı bir alanda alınması şart olmadığı gibi, kolluk veya hakim tarafından alınması da şart değildir. Bu nedenle, memur ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması hakkındaki kanun gereğince, yetkili soruşturma merci önünde ifade veren memur da 135a maddesinin koruması altındadır<sup>80</sup>. Keza, bu hüküm, bir bilirkişi karşısındaki ifadeler için de geçerlidir<sup>81</sup>. Çünkü, kendini suçlamaya zorlanamama herkes için bir haktır. Bu nedenle, 135a maddesi belli bir mekanda alınan ifadelerle sınırlı olmayıp, bir kimsenin vereceği cevapla kendini suçlama sonucunu doğurabilecek her türlü beyanı bakımından geçerli olmalıdır. Bu durumda maddenin son fıkrasında geçen “elde edilen ifadeler” deki “ifadeler” tabirini

---

<sup>77</sup> Georg Erbs, “Unzulaessige Vernehmungsmethoden”, NJW 1951, Heft 10,s.387.

<sup>78</sup> Sokullu-Akıncı, s.162.

<sup>79</sup> Öztürk, koğuşturma mecburiyeti, s.11; Şahin, s.42 vd.

<sup>80</sup> Keskin, s.186.

<sup>81</sup> KMR, §136a, Rn.24; Erbs, s.386.



teknik anlamında “ifade” değil, “beyan, açıklama” şeklinde anlamak daha doğru olur.

## **2- CMUK m.135 a’daki Değerlendirme Yasasının Doğrudan ve Dolaylı Etkisi**

CMUK’nun 135 a/son maddesine göre, özgür iradeyi engelleyici nitelikte fiziki veya ruhsal müdahalelerle elde edilen ifadeler, sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyecektir. Böylece, özgür iradeye dayanmayan ya da maddi veya manevi zorlama ile etki altında bırakılarak alınan ifadeler, hukuka aykırı delil niteliğini kazanmakta ve bu beyanın ceza muhakemesinde hiçbir şekilde delil değeri bulunmamaktadır. Bu hükümle, başta işkence olmak üzere, insanlık dışı ve haysiyet kırıcı davranışlardan sanığı korumak, onun ceza muhakemesinde savunma konumunda bulunan süjellik vasfının ihlalini önlemek ve böylece maddi gerçek aranırken bir obje haline getirilmesine engel olmak amaçlanmıştır.

Hukuka aykırı yöntemler kullanılmasına rağmen elde edilen ifadeyi değerlendirilebilir kabul etmek<sup>82</sup>, CMUK’nun 135 a maddesine aykırılık oluşturanın ötesinde, insanı kişiliksiz, koğuşurma makamlarının elinde bir obje haline getirdiği için de, insan haysiyetine aykırıdır. Bu nedenle, özgür iradeye dayanmayan bir ifadenin muhakemede delil olarak kullanılması halinde, bu açıkça hükmün hukuka aykırılığını sonuçlayacak ve mutlak bir temyiz nedeni oluşturacaktır. Gerçekten 135a maddesi, hukuka aykırı yön-

---

<sup>82</sup> Örneğin Erzincan 2 No’lu Sıkıyönetim Mahkemesinin 4.9.1984 tarih ve E.1984/107, K.1984/375 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: “ Bir an için işkence yapıldığı kabul edilse bile, işkence sanıktan (doğru cevap almak) için yapılmaktadır. Eğer doğru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, işkencenin gayesi (doğru cevap almak) olduğuna göre, işkence daha da arttırılacaktır. O halde bu durumun sanıklarca da bilinmesi tabii olduğuna göre, bu önermenin mantıki sonucu, işkenceye maruz kalanın doğru cevap vermesidir. Aksi takdirde işkenceye arttırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin işkence altında alındığı sabit bile görülse, ifadenin gerçek dışı olduğunu, itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. Şu halde işkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir (Bülent Tanör, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3.Baskı, İstanbul, 1994, s.27-28). Askeri Yargıtay’da vermiş olduğu kararlarda; “Eğer baskı ile temin edilen itiraflar ve ifadeler hakikat ise, bu ifadelerin baskı neticesi temin edilmiş olması hükümsüzlüğünü gerektirmeyecektir”, “...ikrarın elde edilmesinde işkence yapıldığı (doğrulansa bile), bu tür davranışlar görevlilerin sorumluluğunu gerektiren ayrı bir husus olacağından, eğer ikrar başka yan deliller ve maddi olaylarla teyid ediliyorsa, bunun değerlendirilip hükme dayanak yapılmasında hukuki bir sakınca bulunmamaktadır” (bkz. Tanör, s.28).

temlere başvurularak elde edilen ifadenin muhakemede değerlendirilmesi halinde bunun mutlak bir tenyiz nedeni olacağını kabul etmiştir<sup>83</sup>.

CMUK'nun 135a maddesi, çok açık bir biçimde, hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilen ifadelerin delil olarak kullanılamayacağını belirtmiştir. Bu durumda, yasak sorgu yöntemi ile elde edilen delillerin değerlendirme yasağına tabi olması konusunda, CMUK m. 254/2'ye başvurmaya gerek yoktur. Bir başka ifade ile, 254/2.madde, yasak sorgu yöntemi dışında hukuka aykırı olarak elde edilen deliller bakımından değerlendirme yasağı öngörmektedir. 135a maddesindeki değerlendirme yasağı ise, sadece sanıktan sözlü olarak delil elde etmek için kullanılacak olan hukuka aykırı yöntemler için geçerlidir. Şayet 135a maddesi bir değerlendirme yasağı öngörmeseydi, bu durumda 254/2.maddeyi uygulamak gerekecekti. Her iki hüküm birlikte bulunduğuna göre, 254/2.madde hükmü, 135a maddesi dışında kalan hukuka aykırılıklarda geçerli olacaktır<sup>84</sup>.

Bazı yazarlar<sup>85</sup>, 135a maddesinin 254/2.maddeyi desteklemek ve pekiştirmekten öte bir anlamının olmadığını ve gereksiz bir tekrar niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir ve 135a maddesindeki değerlendirme yasağının 254/2'deki değerlendirme yasağından farklı bir boyutu vardır. Şöyle ki; CMUK'nun 254/2. maddesi, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin *hükme esas* alınamayacağını, yani hakimin kararını verirken bunlara dayanamayacağını belirtmek suretiyle, sadece hüküm niteliğindeki kararı verecek olan hakime veya mahkemeye yönelik bulunmaktadır. Halbuki 135a/son maddesinde yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin *delil olarak* değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda, 135a'nın ihlal edilmesiyle elde edilen deliller, hiçbir muhakemede ve bu muhakemelerin hiçbir aşamasında kullanılamayacaktır. Bir başka ifade ile, yasak sorgu yöntemleri ihlal edilerek elde edilen deliller, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere ülkedeki hiçbir mahkeme tarafından kullanılamayacağı gibi, ceza muhakemesinin de ne hazırlık ne de

---

<sup>83</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.46; Keskin, s.182.

<sup>84</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.28; Ancak, Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında, CMUK m.254/2 hükmünü CMUK m.135a ile sınırlama gayreti içerisine girmiştir ki, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin Y.4.C.D. 26.9.1994, E.1994/7114, K.1994/7264 (bkz. Öztürk, Delil Yasakları, s.21) ve Y.CGK., 18.10.1993, 6-236/255 (YKD Mayıs 1994, s.804 vd). Öğretide Yurtcan'a göre de, 254/2.maddenin öngördüğü değerlendirme yasağı ilk önce 135a maddesine aykırı davranmayı akla getirmelidir (bkz. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, 1996, s.476).

<sup>85</sup> Şahin, s.222.

son soruşturma aşamasında değerlendirilemeyecektir. Dolayısıyla, sanığın rızası olsa dahi, yasak yöntemlerle elde edilen bir delili, soruşturmada mahkeme her türlü kararında, hazırlık soruşturmasında ise savcı ne hazırlık soruşturmasını başlatmada ne de sonuçlandırmada kullanamayacaktır<sup>86</sup>. Çünkü, yasak yöntemler kullanılarak elde edilen deliller, kişinin serbest iradesinin ürünü olmadığı için, “yok” hükmündedir, yani hiç mevcut olmamış sayılmalıdır<sup>87</sup>. Mevcut olmayan bir delilin herhangi bir organ tarafından kullanılması da düşünülemez.

CMUK'nun 135a maddesi ile 254/2.maddesi arasındaki diğer bir fark da özel kişilerin hukuka aykırı yollarla delil elde etmeleri bakımından görülebilir<sup>88</sup>. Gerçekten, 254/2. maddede, “soruşturma ve kovuşturma” organlarından bahsedilmesine rağmen, 135a maddesinde bu netlikte bir açıklama yoktur. Her ne kadar 135a maddesinde kullanılan başlıktan ve maddedeki “sanık”, “ifade veren” ve “ifade” gibi kavramlardan, yasak sorgu yöntemlerini kullanma ihtimali olacak organların soruşturma ve kovuşturma organları olabileceği yönünde bir kanaat oluşmakta ise de, 135a maddesinin Anayasanın 38/5 maddesindeki kendini suçlamaya zorlanamama ilkesinin yaptırımını oluşturması ve 135a maddesiyle korunan değerlerin insanın onuru ve kişiliği olduğu gözönünde tutulursa, 135a maddesindeki değerlendirme yasağının, kim tarafından kullanılırsa kullanılsın, yasak yöntemlerle elde edilen bütün delilleri kapsadığı söylenebilecektir. Çünkü bir hukuk devletinde bu değerler, yalnızca devlet organlarına karşı değil herkese karşı korunması gereken değerlerdir. Bu nedenle, gerek devletin koğuşturma organları gerekse özel kişiler tarafından sanıktan beyan elde etmek için yapılan ve özgür iradeyi engelleyen her türlü ruhi veya bedeni müdahaleler yasaktır. Bu yasağın ihlali halinde elde edilen deliller değerlendirme dışı kalmalıdır<sup>89</sup>. Ayrıca, özel kişiler tarafından sadece 135a maddesinin ihlaliyle elde edilen delillerin değil, her türlü hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması gerektiği görüşüne katılmaktayız<sup>90</sup>.

---

86 Aynı yönde Öztürk, *Delil Yasakları*, s.35.

87 Hafizoğulları, *Hukuka Aykırı*, s.640; Feridun Yenisey, *Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller*, yayımlandığı yer; Savaş-Mollamahmutoğlu, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, C.I, Ankara 1995, s.1235; Demirbaş, s.268.

88 Koca, s.336 vd.

89 Erbs, s.389; Sahir Erman, “Sentez Raporu”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s.80; Koca, s.338; Keskin, s.184.

90 Erman, sentez raporu, s.80; Karşı görüş, Öztürk, *Delil Yasakları*, s.113-115.

CMUK'nun 135a maddesindeki değerlendirme yasağına ilişkin tartışmalı diğer bir konuda, yasak sorgu yöntemi ile verilen ifade arasında nedensellik bağının aranıp aranmayacağına ilişkindir. Bir görüşe göre, değerlendirme yasağı, ancak, yasak sorgu yönteminin kullanılması ile elde edilen ifade arasında nedensel bir ilişkinin bulunması halinde vardır. Yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasına rağmen, sanığın özgür iradesi bundan etkilenmemişse alınan ifadenin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Eğer sanığın özgür iradesine zarar verilmişse, verilen ifade de bu etkilenme yönünde oluşacağından, artık bu ifade değerlendirilemeyecektir<sup>91</sup>.

Kanaatimizce de daha isabetli olan görüşe göre, yasak sorgu yöntemlerine başvurulmuş olması, başka hiçbir koşul aranmaksızın, başlı başına mutlak bir değerlendirme yasağına yol açar. Yasak sorgu yöntemlerine dayanan bir ifadenin varlığı halinde, artık başvuru yöntem ile sanığın verdiği ifade arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığını aramak gereksizdir. Çünkü illiyet bağı, yasak sorgu yöntemine başvurulması ile birlikte kendiliğinden gerçekleşmiştir<sup>92</sup>. Gerçekten bir aracın hukuka aykırı ifade alma yöntemi olduğu, onun özgür iradeyi engelleyici nitelikte olduğu soyut olarak belirlendikten sonra, ikinci bir unsur olarak, somut olarak da, yani sanığın bu yöntemin kullanılması ile özgür iradesinin etkilenip etkilenmediğini araştırmak, 135a maddesinin konuluş amacına ve ruhuna aykırıdır. Nedensellik bağı aramanın iki türlü sakıncası doğabilir; birincisi, özgür iradeyi etkileyen/etkilemeyen kötü davranma, işkence zorla ilaç verme, yorma gibi ayrımlar yapmak gerekecektir ki, bu 135a maddesine aykırıdır. İkincisi ise, yasak sorgu yöntemlerinin amacının değerlendirme yasağı koymak olmayıp, bu tür yöntemlerin kullanılmasının yasaklandığının gözden kaçırılmasıdır. 135a maddesi bakımından önemli olan bu yöntemlere başvurulmamasıdır. Değerlendirme yasağı bir sonuçtur. Asıl olan, insan haysiyetinin, kişiliğinin ve hukuk devleti ilkesinin korunmasıdır. Dolayısıyla, hukuka aykırı yöntemler kullanılmasına rağmen, somut olayda sanığın bundan etkilenip etkilenmediğini araştırmak, bu yöntemlerin kullanılmasına izin vermek olur ki, bu asla kabul edilemez.

Değerlendirme yasağı bakımından, hukuka aykırı bir yöntemle elde edilen ifadenin sanığın lehine veya aleyhine olması da önemsizdir. Bir bütün olarak, yasak delil ikamesinin sonucu, delillerin değerlendirilmesinde dik-

---

<sup>91</sup> KMR, §136a, Rn.21, 22; Theodor Kleinknecht, "Die Beweisverbote im Strafprozess", NJW 1966, Heft 34, s.1543; Demirbaş, s.280.

<sup>92</sup> Şahin, s.228.

kate alınmaz. Sanığın lehine olan delillerin dikkate alınmaması, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince, onun bakımından herhangi bir zarara da yol açmaz<sup>93</sup>.

Hukuka aykırı delillerin doğrudan veya dolaylı etkisi sorunu, pozitif hukukumuz bakımından yerinde bir düzenleme ile çözümlenmiş bulunmaktadır. Gerçekten, 254/2.maddeye göre, hukuka aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan veya dolaylı olmasının hiçbir önemi yoktur. Önemli olan, delillerin elde edilmesi sırasında, herhangi bir şekilde hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır<sup>94</sup>.

Uzak veya dolaylı etki, hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden hareketle, dolaylı olarak ortaya çıkarılan delillerin, aynı veya başka bir muhakemede kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ile ilgilidir. “Zehirli ağacın meyveleri” olarak da ifade edilen bu sorun, zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olup olmayacağı noktasında tartışılmaktadır. Örneğin sanık, işkence sonucunda, suç aleti olan silahı sakladığı yeri söylese ve yapılan arama sonunda sanığın gösterdiği yerde bulunan silahın gerçekten sanık tarafından kullanıldığı kesin olarak tespit edilse, bulunan bu silah ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilir mi? Değerlendirme yasağının uzak etkisi kabul edilecek midir? Şayet uzak etki kabul edilirse, bulunan silah delil olarak değerlendirilemeyecek, reddedilirse delil olarak kabul edilecektir.

Soruna 135a maddesi bakımından yaklaşıldığında, yasada elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceğinin belirtilmesinden hareket eden bazı yazarlar, 135a maddesinin (Alman CMUK m.136a), yasak sorgu yöntemlerine dayanılarak elde edilen “ifade”nin değerlendirilmesini yasakladığını, bu ifadeden hareketle elde edilen diğer delillerin değerlendirilmesinin ise yasaklanmadığını belirtmektedirler. Bu nedenle, sanıktan yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasıyla alınan bir ikrar vasıtasıyla ulaşılan hırsızlık eşyasının, mağdurun cesedinin veya olayda kullanılan silahın görmezlikten gelinmesi mümkün değildir ve bu dolaylı deliller suçun ispatında kullanılmalıdır. Bulunan delil araçlarının değerlendirilmesinde, önceki delil ikamesi bütünüyle göz ardı edilebilir. Böyle yapılmazsa, yani ortada olan deliller yok

---

<sup>93</sup> Kleinknecht, s.1543.

<sup>94</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.33.

farz edilirse, ceza politikası açısından katlanılması imkansız sonuçlar doğar<sup>95</sup>.

Diğer bir görüş ise, genel olarak hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin muhakemede kullanılmayacağını, yani zehirli ağacın meyvelerinin de mutlak surette zehirli olacağını ve dolayısıyla, yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillerin de uzak etkisini kabul etmektedir<sup>96</sup>. Çünkü, CMUK m.135a (Alman CMUK m.136a)'nın yasağı, sadece ifadeyi değil, ifadenin içeriğinin de fiilin ispatı amacıyla dikkate alınmamasını kapsar. Aksi takdirde, yasak sorgu yöntemleri kanuna karşı hile yoluyla kolay aşılar ve hatta hukuka aykırı delil elde etme yasağının ihlaline rağmen değerlendirilebilecek olan başkaca ve başlıca delil araçlarına ulaşıncaya kadar yasak sorgu yöntemlerinin kullanılması uzatılmış olur. Bu ise insan haysiyetinin garantisini oluşturan 135a'nın amacına aykırıdır. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemlerinin ihlali suretiyle elde edilen ifadenin kullanılması yasak, yani yok sayıldığından buna dayanılarak elde edilen deliller de yok kabul edilecek ve onların da değerlendirilmeleri mümkün olmayacaktır.

Doktrinde 135a maddesindeki yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen doğrudan ve dolaylı delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağı konusunda Yenisey, ikili ve tehlikeli bir ayrım yapmaktadır. Yazar'a göre, 135a'da sayılan yasak sorgu yöntemlerinden bir kısmı (örneğin işkencenin) "yasak deliller" kapsamına girmekte, burada sayılan diğer bazı yöntemler ise "hukuka aykırı delil" kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle, işkence dışındaki diğer yöntemlerin yoğunluğuna ve sanık haklarını ne ölçüde ihlal ettiklerine göre bunlardan elde edilen delillerin değerlendirilmesinin yapılması gerekir<sup>97</sup>. Dolayısıyla müellif, 135a'yı dahi mutlak değerlendirme yasağı ve dolayısıyla mutlak bir uzak etkinin dışında tutmaktadır. Yenisey tarafından 135a maddesi bakımından yapılan bu ayrım, başta yasakoyucunun iradesine aykırıdır. Çünkü, 135a maddesi, özgür iradeyi etkileyici nitelikteki her türlü davranışın insan haysiyetini yok edeceğini kabul etmiş ve bu şekilde elde edilen delillerin değerlendirilmesini yasaklamıştır. Böyle olunca yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen deliller, yöntemin adı ne olursa olsun, değerlendiril-

<sup>95</sup> Kleinknecht, s.1544; Erbs, s.389; İçel, s.738; Feridun Yenisey, "Hukuka Aykırı Deliller", Sempozyum, İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü, İstanbul 1995, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996, s.45.

<sup>96</sup> Ralf Neuhaus, "Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten", NJW 1990, Heft 19, s.1221; Erman, sentez raporu, s.78; Öztürk, Delil Yasakları, s.33; Şahin, s.231; Keskin, s.183

<sup>97</sup> Yenisey, yasak yöntemlerle, s.1230.

riilemezler. Çünkü bunlar, hukuka aykırı oldukları için “yasak deliller”dir. Hukuka uygun bir yasak delil yaratma çabasını anlamak mümkün değildir. Diğer taraftan sadece işkenceyi “yasak delil” kapsamına sokup, işkence kadar tehlikeli ve sanığın özgür iradesini etkileyici nitelikte olan, hile, yorma, kötü davranma gibi yöntemleri “hukuka aykırı delil” olarak değerlendirip, bunların kullanılmasına kapı aralamak, ceza muhakemesine hukuka aykırı yollarla elde edilen delilleri sokmak anlamına gelir ki, böyle bir sonuç, 135a maddesinin konuluş amacına aykırıdır.

Kanaatimizce de, 135a maddesine göre, sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyecek olan özgür iradeyi engelleyici nitelikteki her türlü davranış sonucu elde edilen *ifadeler*dir. Bu *ifadelerin* içeriğinin ve sanığın aleyhine ya da lehine olmasının bir önemi yoktur. Gerçekten, yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler, ikrar şeklinde olabileceği gibi, sanığın suç ortağını, suç aletini veya suçtan elde edilen eşyayı, suçu işlediği yeri göstermesi vb. şeklinde de olabilir. Her durumda, elde edilen ifadeler delil olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla 135a maddesi bakımından, değerlendirme yasağı hem elde edilen ifadeyi hem de bu ifade sonucu ulaşılan diğer delilleri de kapsar. Kaldı ki, ifadeden yola çıkılarak ulaşılan diğer deliller, esasında yasak yöntemlerle elde edilen ifadenin değerlendirilmesinden veya kullanılmasından başka bir anlam taşımaz. Bu nedenle, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller bakımından değerlendirme yasağının uzak etkisi kabul edilmelidir. Yani zehirli ağacın meyveleri de mutlak surette zehirlidir. Zaten 135 a maddesinde “delil olarak değerlendirilemez” ifadesini başka türlü anlamak da imansızdır. Aksi bir anlayış, işkence gibi yasak yöntemler kullanılmasına rağmen, elde edilen ifade vasıtasıyla ulaşılan delilleri muhakemeye sokmak anlamına gelir ki, bu durum da, yasak sorgu yöntemlerinin bir anlamı kalmaz.

Ayrıca, yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen delilden yola çıkarak ulaşılan diğer delillerin değerlendirme yasağına tabi olması (uzak etki) konusunda 254/2.maddeye başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Çünkü, CMUK’nun 135a maddesi değerlendirme yasağının hem doğrudan hem de dolaylı etkisini kendisi göstermiştir. “Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez”. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, burada geçen “ifadeler” kavramını, sözkonusu yöntemler sonucu sanığın söylediği her türlü açıklama şeklinde anlamak gerekir. Yasak sorgu yöntemlerinin kullanılması sonucu sanığın “suçu ben işledim” demesi ile “suçu işlediğim silahı şuraya sakladım” demesi arasında fark yoktur. Her iki sanık açıklaması da, neticede sanığın ifadesini oluşturur. Sanığın “suçu ben işledim” veya “suç aletini şuraya sakla-

dım” şeklindeki beyanını hukuka aykırı yollarla elde edildiği için kabul etmeyip, bundan hareketle gidip suç aletini bulup bunun delil olabileceğini kabul etmek, hukuka aykırı sorgu yöntemlerinin kullanılmasına izin vermek demektir. Ayrıca böyle bir kabul tutarsızlık da oluşturmaktadır. Şöyle ki, yasak sorgu yöntemi ile elde edilen ifadeyi hukuka aykırı sayıp delil olarak değerlendiremeyince, hukuken yok kabul edince, olmayan bir şeyden yola çıkıp delil bulmakta mantiken izah edilemez olmaktadır. Bu nedenle, 135a maddesine aykırılık mutlak bir değerlendirme yasağına yol açmakta ve buna uyulmaması da mutlak bir temyiz sebebi oluşturmaktadır.

### **C- Yasak Sorgu Yöntemleri Dışındaki Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı**

#### **1- Genel Olarak**

Ceza muhakemesinde delillere ulaşmak için devletin koğuşurma organlarına bir çok yetkiler verilmiştir. Delillerin serbestliği ilkesi gereğince, her şey delil olabileceğine göre, elbette sanığın ifadesinin de delil olma değeri vardır. Esasında koğuşurma organlarının, hazırlık soruşturmasında sanığın ifadesini alırken öncelikli amaçları delil elde etmek olmamalıdır. Gerçekten ifade alma, sanığın hazırlık soruşturması aşamasında hakkındaki suçlamalara karşı kendini savunma imkanı bulduğu yegane ortamdır. Bu itibarla, ifade alma, sanığın meramını anlatabilme hakkının bir aracı olmalıdır. Şüphesiz sanığın kendini savunmak amacıyla yaptığı açıklamaların delil olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Ceza muhakemesinde, yakalama, arama, elkoyma, haberleşmenin denetlenmesi, otopsi, tanık dinleme gibi işlemlerle delillere ulaşılması da mümkündür. Sözgelimi CMUK'nun 94/2.maddesi, aramanın şüphelinin yakalanması veya delillerin meydana çıkarılması amacıyla yapılabileceğini belirtmektedir. Aynı şekilde, tahkikat için sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen veya müsadereye tabi olan eşyaya el konulacaktır (CMUK m.86).

Suç işleyenlerin cezalandırılabilmeleri için öncelikle yapılması gereken delillerin toplanmasıdır. Ceza muhakemesinde delillerin toplandığı aşama ise fiilen polis ve jandarma tarafından yürütülen hazırlık soruşturması aşamasıdır. Bu aşamada toplanan delillerin son soruşturmada hakimın vereceği kararı yönlendirme gücü vardır. Bu itibarla, kanunumuz, kolluğa delil elde etme amacına yönelik bir çok yetki vermiştir. Ancak kolluk kendisine verilen yetkileri her zaman kendisine tanınan çerçeve içinde kullanmak zorundadır. Delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla



birlikte, insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı bir mazeret olamaz. Kolluk insan haklarına saygılı kalarak delil elde etme görevini yerine getirmelidir<sup>98</sup>. İşte değerlendirme yasağı, kolluğu delil elde ederken hukuka aykırı davranmaktan caydırıcı bir fonksiyon da görmektedir.

Amacı delil elde etmek olan bir ceza muhakemesi tedbirinin veya işleminin yasada öngörülen koşullara uygun olarak yapılması gerekir. Ancak her nasıl olmuşsa, delil elde etmeyi düzenleyen kurallara uyulmadan bir delil elde edilmişse, bu delil şüphesiz hukuka aykırı bir delil olacaktır. İşte burada tartışılacak olan husus, hukuka aykırı olarak elde edilen bu delillerin muhakemede değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

## **2- CMUK'nun 254/2. Maddesindeki Değerlendirme Yasağının Doğrudan ve Dolaylı Etkisi**

3842 sayılı yasa ile CMUK'nun 254.maddesine ikinci fıkra olarak eklenen düzenleme ile genel bir değerlendirme yasağı öngörülmüştür. Buna göre, “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz”. Bu düzenlemeye göre, “delil elde edilirken, ağırlığına veya hafifliğine; bir *temel hak ve hürriyeti* zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, herhangi bir *hukuka aykırılığın* herhangi bir şekilde yapılmış olduğu saptandığında, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamayacaktır; hükme esas alınamayacaktır; alınacak olursa, bu şekilde kurulan hüküm Yargıtay tarafından mutlaka bozulacaktır”<sup>99</sup>. Delil hukuka uygun bir şekilde elde edilmişse sahih, dolayısıyla muteber; hukuka aykırı bir şekilde elde edilmişse sahih değildir, dolayısıyla muteber değildir<sup>100</sup>. Bir başka deyişle, bu hükümle, delil elde edilirken yapılacak bir hukuka aykırılık, elde edilen delili değerlendirilemez kılacaktır. Elde edilme biçimi hukuka aykırı olan delil, hukuken yok hükmündedir. Hukuken yok hükmünde olan bir delil de, hükme esas alınmaz<sup>101</sup>.

CMUK'nun 254/2. maddesinin belirtilen içerikteki bu düzenlemesi doktrinrin büyük çoğunluğu tarafından çok şiddetli eleştirilere uğramıştır. Bu eleştirilere göre, bu hüküm, hukuka aykırı vasıta ile bu vasıta kullanılarak elde edilen delilin sahihliğini birbirine karıştırmakta, kamu yararı ile birey

<sup>98</sup> Vahit Bıçak, “İnsan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye”, Liberal Düşünce, C.4, sy.15, Yaz 1999, s.5.

<sup>99</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.28.

<sup>100</sup> Zeki Hafizoğulları, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, AÜHFD, C.43, sy.1-4, 1993, s.44-45.

<sup>101</sup> Hafizoğulları, Hukuka Aykırı, s.643.

yararı arasındaki dengeyi koruyan ölçülülük ilkesini ihlal etmekte, herhangi bir hakkı ihlal edip etmediğine bakmaksızın *hukuka aykırı* bir şekilde elde edilen delili mutlak değerlendirme dışında tutmakta, delil elde edilirken yapılacak olan basit şekli aykırılıklar nedeniyle güçlkle elde edilmiş bulunan son derece önemli başka delilleri de kullanamaz hale sokmaktadır. Bütün bunlar, muhakemenin kilitlenmesine yol açabilecek ve ayrıca suçların çoğalmasına ve suçlulukla mücadeleye zarar verebileceğinden, sanığın menfaati toplumun menfaatine tercih edilmiş olacaktır. Ayrıca böyle bir durum, hukuk devleti ilkesine de uygun değildir. Çünkü, hukuk devletinin olmazsa olmaz üç koşulu olan insan haklarının uygulamada gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması ve hukuki güvenliğin temin edilmesi, mevcut düzenleme ile sağlanamaz<sup>102</sup>.

Öztürk'e göre, bir hukuk devletinde delil yasaklarından vazgeçilemeyeceğine göre, yaratılacak model, bu yasaklardan vazgeçmeksizin ceza muhakemesinin kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesine ve hukuki barışın sağlanmasına engel olmamalıdır. Bu ise, delil yasaklarına insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri koruma görevinin verilmesiyle mümkündür<sup>103</sup>. Dolayısıyla, CMUK'nun 254/2 hükmü, CMUK'nun diğer hükümleriyle ve özellikle 309 ve 320/1. maddeleriyle sınırlandırılmalıdır. Hukuka aykırı işlemin hükmü etkilemediği, yani bir nedenselliğin kurulamadığı durumlarda, hüküm bozulmamalıdır<sup>104</sup>. Ayrıca 254/2.maddede geçen "hukuka aykırılık" kavramı, hukuk kelimesinden de kolayca anlaşılacağı gibi, "haklara" aykırılık demektir. Haklar ise, hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış anayasa, milletlerarası andlaşmalar, ve bunlara uygun olarak çıkarılmış olan kanunlardaki haklardır. Bu durumda hak ihlali yoksa, hukuka aykırılıktan söz edilemez ve *hukuka aykırılık* kavramı *kanuna aykırılık* kavramı ile aynı değildir<sup>105</sup>.

Öztürk'e göre, her ne kadar, bir hukuk devletinde, devletin bütün işlemlerinin hukuka uygun olması gerekirse de, insanların hata yapmaları yapısı gereği olduğundan, bazı hukuka aykırılıklar yapılabilir. Burada ihlal edilen hakkın niteliği üzerinde durulmalı ve bazı haklar mutlak ve bazıları da nisbi olarak korunmalıdır. Yazara göre şu dört durumda hukuka aykırılık mutlaktır

<sup>102</sup> Bkz. Öztürk, Delil Yasakları, s.48 vd.; Hafizoğulları, ceza muhakemeleri, s.44-45; Yenisey, yasak yöntemlerle, s.1217; Demirbaş, s.259 vd; Bıçak, s.66.

<sup>103</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.11.

<sup>104</sup> İçel, s.741; Demirbaş, s.259, 265.

<sup>105</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.37; aynı yönde eleştiriler için bkz. Bıçak, s.110 vd.

ve bu durumlarda mutlak delil yasakları sözkonusudur: 1- İşkence, daha doğrusu CMUK m.135a'da düzenlenen durumlar, 2-Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı bir beyanda bulunmaya zorlanması, 3-Sanığa kendisi ile ilk teması geçen yetkili tarafından bazı haklarının, özellikle de susma hakkı ile bir avukat ile temas kurabilme hakkının bulunduğu anlatılmaması suretiyle konuşmasının sağlanması, 4-Hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahaleler. Bunların dışında kalan durumlarda ise kamu yararı bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır. Kamu yararı kavramı da keyfi olarak değil, hakkın niteliksel üstünlüğü ve sayısal üstünlük kriterleri esas alınarak değerlendirilmelidir. Bunların bulunması halinde, *hak ihlaline* rağmen, *hukuka aykırı* şekilde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılmalıdır<sup>106</sup>. Ancak, sadece illiyet bağı ve etkileme gücü kriterleri ile yetinmek CMUK m.254/2'nin hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun bir şekilde sınırlandırılmasında yeterli olmamakta, insan hakları ihlallerine açık kapı bırakmaktadır. Bu kapıyı kapamanın yolu, sözkonusu kriterlerle birlikte hak ihlali kriterinin de değerlendirmeye alınmasıdır. Yukarıda belirtilen mutlak delil yasakları sözkonusu olduğunda, bu delil ister nedensellik değeri taşıyın ister taşımasın; ister sonuca etkilesin ister etkilemesin, hükmün bozulmasına yetmelidir. Nisbi delil yasakları sözkonusu ise, yukarıda belirtilen şekilde bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>107</sup>. Şayet 254/2.maddedeki "hukuka aykırılık" kavramı bu şekilde anlaşılacak olursa, ki böyle anlaşılmalıdır, CMUK m.254/2'ye yapay yollardan değil kendi içinde sınırlanmış olacaktır<sup>108</sup>.

Yenisey ise, "hukuka aykırı delil" kavramında, hukuka aykırılığı doğuran şeyin her türlü hukuka aykırılık olmayıp, sanığın anayasal temel haklarını ihlal eden aykırılıklar olduğu görüşündedir. Yazara göre, basit bir disiplin hatası yapan polisin aldığı ifade sanığın anayasal haklarını ihlal etmiyorsa delil olarak kullanılabilir. Basit disiplin aykırılığının sanığın temel haklarını (örneğin müdafiden yararlanma hakkını) ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakmak gerekir<sup>109</sup>.

Kanaatimizce de, 3842 sayılı yasa ile CMUK'nun 254.maddesine eklenen ikinci fıkrasının uygulama alanını daraltmak ve bu mutlak değerlendirme yasağını ve mutlak temyiz nedenini adeta nisbi bir temyiz nedeni olarak değerlendirmek mümkün değildir. Gerçekten, CMUK'nun 254/2. mad-

<sup>106</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.40-41.

<sup>107</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.43.

<sup>108</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.41.

<sup>109</sup> Yenisey, sempozyum, 218-219.

desi, çağdaş, insan haklarını koruyucu, hukuk devleti ilkesine uygun bir ceza muhakemesinin temelini oluşturan bir ilke getirmiştir<sup>110</sup>. Bir hukuk devletinde, devlet organlarının hukuka aykırı davranışları kadar, hukuka aykırı davranışlara hiçbir şekilde hukuksal geçerlilik tanımamak da önemlidir<sup>111</sup>. Getirilen bu ilke ile, ceza muhakemesinin başından itibaren hukuka uygun bir şekilde yapılması amaçlanmıştır. Toplumdaki her birey gibi, sanığın da, konulmuş olan hukuk kurallarına uygun bir muhakemenin yapılmasında yararı vardır. Hukuk devletinde kurallara uymak kadar bu kurallara uyulduğunun gösterilmesi de aynı derecede önemlidir.

Kanunkoyucu CMUK'nun 254/2. maddesinde, açıkça, muhakemede delil toplanmasına ilişkin kuralları diğer muhakeme kurallarından ayırmıştır. "Yargılama kurallarına aykırılık halinde, bunların sonuca etkili olmaları halinde hukuka aykırı sayılmaları, aksi takdirde bunların sonuca etkili olmadıklarında hukuku zedelediklerinin kabulü, ülkemizde artık bir sınırlamaya tabidir. O sınırlama da, bu yargılama kurallarının delil toplama kuralları olmalarıdır. Bir yargılama kuralı, yargılamada gerçeği bulmak için delil toplama kuralı niteliğini taşıyorsa, artık bu kuralların yargılamanın sonucuna etkisi tartışılmaz. Bu sonuç mutlak olarak kabul edilir. O sonuç şudur: Bir kural yargılamaya delil toplama kuralı ise, buna aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bu kural, sonuca etkili olmak ya da etkili olmamak tartışmasına kapalıdır"<sup>112</sup>.

Diğer taraftan, 254/2. maddenin, mevcut şekliyle, basit hukuka aykırılıklar yüzünden çok önemli delillerin değerlendirilmesini önlemek suretiyle muhakemenin kilitlenmesine yol açacağı ve bunun da hukuksal barışı ve güvenliği tehlikeye düşüreceği iddiası da yersizdir. Çünkü hukuksal barış ve güvenlik, hukuka uyulduğu için değil, hukuka aykırı davranıldığı için tehlikeye düşer. 254/2. madde, devlet organlarının hukuka uymasını, ona aykırı davranmamasını istiyor. Bir başka ifade ile devlet, kendini koymuş olduğu kurallarla sınırlandırarak sanığın haklarını korumak ve böylece, sanığın haklarına hukuk düzeni tarafından oluşturulan kurallara tam olarak uymak koşuluyla müdahale edeceğinin güvencesini veriyor. Bu hüküm, ceza muhakemesinin hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde gerçekleşmesinin güven-

---

<sup>110</sup> Yurtcan, a.g.m, s.520; Sokullu-Akıncı, recent attempts, s.268; Keskin, s.176.

<sup>111</sup> Eralp Özgen, "Askeri Yargıtay'ın Delil ve Savunma Hakkı Konularına Bakışı", Askeri Adalet Dergisi, sy.90, Mayıs 1994, s. 21-22.

<sup>112</sup> Yurtcan, a.g.m, s.520.

cesini oluşturmaktadır. Bir başka ifade ile, ceza muhakemesine, boyutu ne olursa olsun, hukuka aykırılığın sokulmasını engelliyor.

Diğer taraftan “hukuka aykırılık” ve “kanuna aykırılık” ayrımı, ancak otoriter devlet anlayışının bulunduğu hallerde geçerli olan ve devleti hukuka uydurmaya zorlayan bir yaklaşım biçimidir. Nazi Almanya’sının faşist yönetiminden hareketle, “orada da kanunlar vardı” biçimindeki yaklaşımın bugün artık kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bir hukuk devletinde, zaten kanunların hukuka aykırı olması düşünülemeyeceğinden, delil elde edilmesinin yöntemini belirleyen yasalara her aykırılık mutlak anlamda hukuka aykırılık oluşturur. Hem “hukuka aykırılık”tan bahsedip hem de bunun “hak” ihlaline yol açmadığını söylemek mümkün değildir. Hukuka aykırılık varsa mutlaka bir hak ihlali var demektir. Şekle uygun bir muhakemenin sürdürülmesi dahi bir hak olarak kabul edilmek gerekir.

Ayrıca, hukuka aykırılık, fiille belli bir kural arasında meydana gelmiş olan çatışmayı belirten bir “tespit hükmü” olduğuna göre, ihlaline “hükümsüzlük” sonucu bağlanan kural ile, “müeyyide” bağlanan kural arasında bir mahiyet farkı bulunmamaktadır. Bu itibarla, 254/2.maddedeki “hukuka aykırılık”, sadece haksız fiil veya suç şeklinde ortaya çıkan ihlalleri değil, “hükümsüzlük” biçiminde ortaya çıkan ihlalleri de kapsamaktadır. Bir başka ifade ile, 254/2.maddenin emri karşısında, deliller, elde edilmelerini düzenleyen kurallara mutlaka uygun bir biçimde elde edilmelidir. Kurallara aykırı davranılması halinde, aykırılık ister hükümsüzlük, ister haksız fiil veya suç şeklinde ortaya çıkmış bulunsun, delil hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş olmaktadır. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan bir delil, hukuken “yok” hükmündedir ve dolayısıyla hükme esas alınmaz<sup>113</sup>.

Diğer taraftan, hukuka aykırılık, hukuk düzeninin öngörmüş olduğu belli bir kurala aykırılıktır. Hukuk düzeninde mevcut belli bir kurala aykırılık yoksa, hukuka aykırılık da yoktur. Hukuk düzeninde mevcut belli bir kural, en başta bir kanunda ifadesini bulan kuraldır. Hukuka aykırılık hukuka somut aykırılıktır. “Hukuka soyut aykırılık” biçiminde bir hukuka aykırılık henüz keşfedilmiş olmadığından, hukuka aykırılık-kanuna aykırılık ayrımı yapmak ve delil elde etme yönteminin hukuka aykırılık oluşturması halinde geçerli sayılamayacağını ve hükme esas alınmayacağını ileri sürmek de kabul edilemez<sup>114</sup>.

---

113 Hafizoğulları, Hukuka Aykırı, s. 642-643.

114 Hafizoğulları, Hukuka Aykırı, s.642.

254/2. madde ile yasakoyucu, tercihini delilin üstünlüğünden yana değil, hukukun üstünlüğünden yana kullanmıştır. Çünkü sadece sanığın değil, toplumda yaşayan herkesin konulmuş olan kurallara uyulmasını istemek hakkı vardır. Zira her türlü muhakeme işleminin önceden tespit edilmiş kurallara uygun olarak yapılması hukuk düzeninin temel gereğidir. Bu nedenle 254/2.madde ile getirilen düzenleme herkesin önceden tespit edilmiş kurallara uygun yargılanma hakkı bakımından büyük değer taşımaktadır. Böylece, soruşturma ve kovuşturma organlarının sanığın suçluluğunu kanıtlamak için toplamaları gereken deliller, ancak hukuk kurallarına uygun davranılması halinde geçerli olmakta, aksi takdirde, elde edilen delilin muhakemede taşıdığı değer ne olursa olsun, hukuka aykırı olarak elde edilmişse, muhakemede kullanılması yasaklanmaktadır<sup>115</sup>.

Kanunkoyucu 254/2.madde ile mutlak bir değerlendirme yasağı ve dolayısıyla da mutlak bir temyiz nedeni yaratmıştır. Bu nedenle herhangi bir delil (beyan, belge, belirti) elde edilirken hukuka aykırılıkta bulunulmuş ise, artık bu aykırılığın önemli ya da önemsiz olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmaksızın elde edilen delil (doğrudan veya dolaylı olarak elde edilip edilmediğine bakılmaksızın) mutlak değerlendirme yasağına tabidir<sup>116</sup>.

Bu durumda sözgelimi, CMUK'nun 135.maddesindeki sanığı hakları konusunda aydınlatma yükümüne aykırı davranıldığı takdirde, hukuka aykırı bir ifade alma işlemi sözkonusu olacak ve verilen hüküm mutlak surette bozulacaktır<sup>117</sup>. Nitekim Yargıtay da, 135.maddedeki hakların öğretilmemesini mutlak temyiz sebebi olarak kabul etmekte ve hükmü sırf bu yüzden haklı olarak bozmaktadır<sup>118</sup>.

254/2.maddede, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, delilin doğrudan veya dolaylı olması önem taşımamaktadır ve sözkonusu hükme göre, zehirli ağacın meyveleri de mutlak surette zehirlidir. Delil elde edilirken yapılan bir hukuka aykırılık, o delili hukuka aykırı hale getirmekte ve bu durum mutlak bir değerlendirme yasağına yol açmaktadır. Bu nedenle, kolluk, savcı veya hakim

---

<sup>115</sup> Keskin, s.176.

<sup>116</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.46 vd.

<sup>117</sup> Öztürk, Delil Yasakları, s.27, 46; Şahin, s.223 vd; Keskin, s.176; Koca, s.279 vd; Aksi görüşte, Yenisey, yasak yöntemlerle, s.1217, 1235 vd.

<sup>118</sup> Y.CGK., 19.12.1994, E.1994/6-322, K.1994/343, (YKD, C.21, sy.6, Temmuz 1995, s.1119 vd.); Y.CGK., 24.10.1995, E.1995/6-238, K.1995/305, (YKD, C.21, sy.12, Aralık 1995, s.1884 vd.); Y.CGK., 17.12.1996, E.1996/6-263, K.1996/282 (YKD, C.23, sy.3, Mart 1997, s.434 vd.).

delil toplarken, kurallara uygun davranmak zorundadırlar. Sözgelimi, gecikmede tehlike olmadığı halde hakimden karar alınmaksızın yapılan bir arama işlemi hukuka aykırı arama niteliğinde olacağından, bu arama sonucu elde edilen delil de muhakemede kullanılamayacaktır. Arama hukuka aykırı olmasına rağmen, elde edilen delili değerlendirilebilir kabul etmek, hukuka aykırı arama yapmayı ceza muhakemesi bakımından yaptırımsız bırakmak demektir<sup>119</sup>. Bu durumda da 254/2. madde anlamsız hale gelecektir.

Aynı şekilde, müdafii mecburiyetinin olduğu durumlarda (CMUK m.138), müdafii olmadan sanığın yargılamasının yapılması, müdafii mecburiyetinin olmadığı durumlarda ise istediği halde sorguda sanığın müdafii bulunmadan ifadesinin alınması da hukuka aykırıdır ve bu hallerde elde edilen delillerin de hükme esas alınması mümkün değildir<sup>120</sup>. Keza hukuka aykırı bir şekilde yakalanan sanıktan elde edilen delil de hüküm verilirken kullanılamaz<sup>121</sup> Örnekleri çoğaltmak mümkündür<sup>122</sup>. Bu nedenle, değerlendirme yasağını, sanığın sadece anayasal haklarının ihlali halinde kabul etmek mümkün değildir. Amerikan hukukunun aksine, Kıta Avrupası ve Türkiye’de, muhakeme kuralları ve hakların çok azına anayasalarda yer verilmiştir. Dolayısıyla, Amerikan hukukuna göre kişinin muhakeme haklarının ihlallerinin hepsi anayasaya aykırı olmasına rağmen, Türkiye bakımından yasadışı elde edilen delillerin hepsinin anayasaya aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü bizde muhakeme kurallarının çoğu anayasa dışındaki özel kanunlarda yer almaktadır<sup>123</sup>. Ceza muhakemesi sistemi içinde başkaca yasal yükümlere de aykırı davranarak deliller elde edip onu muhakemeye katmak, ceza muhakemesi sistemini hukuka aykırı bir zemine

---

<sup>119</sup> Bkz. Sokullu-Akıncı, s.154; ayrıca bkz. Füsün Sokullu-Akıncı, “Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), sayı, 1-3, Yıl 9, 1988, s.266 vd.

<sup>120</sup> 1988 İtalyan CMUK’nun 179.maddesine göre, müdafii hazır bulunmak hakkını haiz olduğu bir muamelenin, onun huzurunda yapılmamış olması, o usuli muamelenin mutlak anlamda batıl olmasını gerektirir. Aynı yasanın 185/3.maddesine göre ise, bir usuli muamele mutlak anlamda batıl olursa, o usuli muameleden önceki safhaya dönülür, batıl olan işlemden sonra yapılan bütün usuli muameleler de batıl olur (Zik. Sahir Erman, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, 10-11-12 Mart 1995 İstanbul, s.223.

<sup>121</sup> Yenisey, sempozyum , s.38.

<sup>122</sup> Örneğin, hukuka aykırı olarak telefonların dinlenmesi, kişinin rızası olmaksızın bir takım operasyon veya tahlillere tabi tutulması, gizli kamerayla çekim yapılması, dinleme cihazlarının yerleştirilmesi, el yazısının karşılaştırılabilmesi için özel ve gizli evraka el konulması vb. (bkz. Erman, sentez raporu, s.80-81).

<sup>123</sup> Sokullu-Akıncı, recent attempts, s.267.

oturtmak demektir. Bu nedenle 254/2.madde, çağdaş, demokratik, insan haklarına dayalı bir sistemin zorunlu bir gereğidir ve delil hukuka aykırı ise o delili muhakemede kullanmak mümkün değildir<sup>124</sup>.

Bir delil CMUK'a aykırı düşen bir şekil ve yöntemle elde edilirse bu delil kullanılamaz. Eğer delil elde edilirken yapılan kimi aykırılıkları önemli ve önemsiz diye ayırma tabi tutar ve önemsiz ihlaller sonucu elde edilen delile geçerlilik tanır ve bunu muhakemede kullanırsanız, kolluğa kanunu dolanma yolunu öğretmiş olursunuz. Bu durumda polis alt-kültürüne hukuka uygun davranmayı yerleştirmek asla mümkün olmaz<sup>125</sup>. Halbuki bir davranış ya hukuka uygundur ya da değildir. Hukuka aykırılığın önemlisi-önemsizi, azı-çoğu yani derecesi olmaz ve ağaç zehirliyse meyvesi de zehirlidir<sup>126</sup>. Bu nedenle, CMUK m.254/2. hükmü, bir hukuk devletinde bulunması gereken bir hükümdür ve ceza muhakemesinin başından sonuna kadar muhakeme hukuku kurallarına uygun bir şekilde yapılmasının en büyük güvencesini oluşturmaktadır.

### SONUÇ

Basit bir suç işleme şüphesiyle başlayan ceza muhakemesi, bu şüphenin yenilmesiyle sona erecektir. Bu süreç içerisinde bir çok muhakeme işlemi yapılmaktadır. Ancak bunlardan en önemlisi delillerin toplanmasıdır. Hazırlık soruşturmasının sonunda savcı, ya kamu davası açacak, ya da koğuşturmaya son verecektir. Savcının kamu davası açabilmesi için, toplanan delillerin kamu davasının açılması için yeterli olması gerekir (CMUK m.163). Sonsoruşturmada ise mahkeme toplanan delillere dayanarak karar verecektir. O halde delillerin toplanması ceza muhakemesinin en önemli faaliyetini oluşturmaktadır. "Delilsiz mahkumiyet olmaz" ilkesi, bu durumu ifade etmektedir.

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği araştırmak ve ortaya çıkartmaktır. Maddi gerçek, şüphesiz deliller yoluyla ortaya çıkacaktır. Bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde maddi gerçeği bulmak için delillerin ne şekilde elde edileceği kurallara bağlanmıştır. Delillerin elde edilmesine yönelik kuralların ihlal edilmesi halinde, elde edilen deliller hukuka aykırı ola-

---

<sup>124</sup> Erdener Yurtcan, Hukuka Aykırı Deliller, Sempozyum, İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü, İstanbul 1995, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996, s.258-259.

<sup>125</sup> Sokullu-Akıncı, recent attempts, s.267.

<sup>126</sup> Erman, s. 78; Hafizoğulları, Hukuka Aykırı, s.642; aynı yönde Sokullu-Akıncı, recent attempts, s.267.



çaktır. “Delil Yasakları” denilen ve hem delillerin elde edilmesine hem de değerlendirilmesine getirilen sınırlamalar yoluyla, maddi gerçeğe ulaşmanın nihai amaç olmadığı, bunun ötesinde insan haysiyeti ve savunma hakkı gibi değerlerin korunmasının daha üstün olduğu belirtilmek istenmiştir. Hukukun nihai amacının da insanı mutlu kılmak olduğu gözönünde tutulursa, insan haysiyetinin hiçbir amaç için feda edilemeyeceği kendiliğinden ortaya çıkaracaktır.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı önemli bir sorundur. Delil elde edilirken yapılan bir hukuka aykırılık, otomatik olarak o delilin kullanılmaması sonucunu doğurur mu? Bu soruya Amerikan hukukunun verdiği cevap “evet”dir. Delil elde edilirken yapılacak hukuka aykırılık, elde edilen delili değerlendirme yasağına tabi tutar. Bu sonuç mutlaktır ve elde edilen delilin doğrudan veya dolaylı olmasını da kapsar. “Zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir” doktrini çerçevesinde, değerlendirme yasağının uzak etkisi kabul edilmektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delil vasıtasıyla ulaşılan diğer deliller de ceza muhakemesinde kullanılamaz. Alman hukukunda ise, yasak sorgu yöntemleri dışında, diğer hukuka aykırılıkların sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmaktadır. Şayet yapılan hukuka aykırılık, sanığın temel, anayasal haklarını ihlal etmekteyse, bunun sonucu elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiği belirtilmektedir.

Bizim hukuk sistemimize, 3842 sayılı yasa ile, değerlendirme yasağını içeren biri özel diğeri genel iki hüküm dahil edilmiştir. CMUK’nun 135a maddesine göre, yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen ifadeler delil olarak değerlendirilemez. Bu yasak, bize göre, sadece ifadeleri değil, ifadeler vasıtasıyla ulaşılan diğer delilleri de kapsamaktadır. Böylece, yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller, ne ceza muhakemesinde ne de başka bir muhakemede kullanılmayacaktır. Kullanılması halinde bu mutlak bir temyiz sebebi teşkil edecek ve hüküm mutlak surette bozulacaktır.

Yasak sorgu yöntemleri dışında kalan hukuka aykırılıkların müeyyidesini ise 254/2.madde göstermektedir. Buna göre, soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamayacaktır. Bu madde de mutlak bir değerlendirme yasağı ve mutlak bir temyiz sebebi yaratmaktadır. Delil elde edilirken yapılacak bir hukuka aykırılık, o delilin kullanılmasını otomatik olarak engellemektedir. 135a maddesi ile 254/2.maddenin değerlendirme yasağı bakımından doğurduğu sonuçlar aynıdır. Bu nedenle 254/2.madde bakımından da değerlendirme yasağının uzak etkisi kabul edilmelidir. Bu maddenin uygulama alanını daraltmak için gös-

terilen çabaları uygun bulmuyoruz. Ceza muhakemesinin başından sonuna kadar hukuka uygun bir şekilde yapılmasının güvencesini oluşturan bu düzenleme, mutlak olarak kabul edilmelidir. Hukuka aykırılığın, azı- çoğu, önemlisi-önemsizi olmaz. Hukuka aykırılıklar arasında derecelendirme yapmak mümkün değildir.

Değerlendirme yasağı konusunda ceza muhakemesi hukukumuzda mevcut olan bu düzenlemeleri yerinde bulduğumuzu ve uygulamaya taşındığı ölçüde, ceza muhakemesinin hukuka aykırılıklardan arındırılabilceğini belirtmeliyiz.

# İNGİLİZ VE TÜRK İDARE HUKUKLARINDA İDARİ FAALİYETİN DENETLENMESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ROLÜ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

*Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU\**

## GİRİŞ

Kamu hizmetini bireylere sunan ya da bazen kolluk faaliyeti içerisinde bireyi sınırlandıran taraf olan İdare, faaliyetlerini devam ettiği sürece, kişilerin hak ve özgürlüklerine bazen zorunlu olarak, bazen de farkına varmadan bazen de keyfi olarak müdahale edebilir. Her ne şekilde olursa olsun, müdahalenin olduğu yerde, bu müdahalenin sınırlarının da belirlenmiş olması gerekir. Aksi halde, demokratik Devletten çok, sınırsız ve keyfi tutum ve davranışları olan Mülk Devleti ya da Polis Devletinden söz etmek daha doğru olur. Sınırsız olması düşünülemeyecek olan bu alanda sınırın ne olacağı Kamu Hukukçularını uzun süre meşgul etmiştir. Bu tartışmalar yalnızca Türkiye'de değil, Batı Avrupa'da da aynı şekilde süregelmiştir.

Muhafazakar ve ulusal özelliklerini iç hukuklarında da korumaya çalışan ve gelişmelere diğer Avrupa ülkelerine göre daha kapalı bulunan İngiliz hukukçularının bile bir süre direndikten sonra, zaman içerisinde bu ilkeyi kullanmaya başlaması, ilkenin önemini ortaya koymaktadır. Bu ilginç bulduğumuz husus, Türk hukuku ile bir karşılaştırmada bulunulması şeklindeki çalışmamızın hareket noktasını oluşturmuştur.

Bu çalışmada, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, kolluk faaliyetlerinin sınırları ve takdir yetkisi başta olmak üzere, idari faaliyetlerin denetlenmesinde ölçülülük ilkesinin İdare Hukukumuzda ve İngiliz Hukukundaki konumu ve yeri üzerinde duracağız.

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. İLKENİN ANLAMI ve HUKUKSAL DAYANAĞI

İdarenin kullandığı yetkilerin kamu hizmetine yöneldiğinde yararlandırıcı, kolluk alanında özelleştiğinde ise yükümlendirici olması ön plana çıkar. Bu noktadan bakıldığında, idari faaliyetlerin görülmesinde ister kamu yararı, ister kamu düzeni kavramları öne çıksın, sonuçta temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kabul edilegelen iki önemli sınırlandırma nedeniyle karşı karşıya kalınır: Kamu yararı ve kamu düzeni. Kamu yararı, temel hak ve özgürlüklere dolaylı sınırlandırma gerektirirken, kamu düzeni doğrudan sınırlandırmaları öngörür<sup>1</sup>. Burada İdarenin her iki tür faaliyetinde de getireceği sınırlandırmanın bir sınırının bulunması gerekir. Bu özel sınırlardan birisi de ölçülülük ilkesidir ve İdare açısından önemli bir sınır çizmektedir.

Ölçülülük ilkesi, bir özgürlük ya da hakkı sınırlandırmada başvuru alan aracın, sınırlamayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlama aracının, amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran içinde bulunması<sup>2</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Diğer bir tanım ise, "idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkan, araç ve ölçülerin, bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması" şeklindedir<sup>3</sup>. Bir başka tanımda idari makamın, meşru hedefe ulaşmada mümkün olan en hafif şiddetteki önleme başvurusu şeklinde tanımlanmıştır<sup>4</sup>. Böylece, İdarenin işlem ve eylemi ile ulaşılmak istenen amaç arasında denge bulunması istenmekte, bir başka deyişle, ölçülülük ilkesine uyulması beklenmektedir. Bu durumda, kamu düzenini tehdit eden

<sup>1</sup> AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetim Hukukunda İnsan Hakları, Yeni Türkiye, İnsan Hakları Özel Sayısı II, Temmuz- Ağustos 1998, Y. 4, S.22, s. 1278.

<sup>2</sup> MEMİŞ, Emin, Anayasa Hukuku Notları (Türk Anayasa Gelişimleri Süreci), İstanbul 1998, s.193.

<sup>3</sup> GUIBAL, "De La Proportionnalité", AJDA, 1978, s.479' dan naklen, ERKUT, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul 1996, s.108.

<sup>4</sup> ROWE, Nicola, "Judicial Review Lecture 7 of 16", MYT: 27-11-1998, <http://www.stud.uni-goettingen.de/~nrowe/law/271198.html>, İT:Ekim 2000, T. Central Concepts, C-(ii); İNTERNET'ten aldığımız kaynaklar için henüz yaygın ve standart atıf usulleri bulunmadığından metinde varsa, yazar, makale adı belirtilmiştir. Sayfayı belirtme ise, PDF ya da Word metni olarak yüklenenler dışında çevrilen metin formatına bağlı olarak değişebildiğinden, atıf yapılan yerin başlık (Title) adı ya da T. kısaltmasıyla başlık numarası gösterilmiştir. Başlık bulunmayan metinlerde ise, dipnot bulunuyorsa alıntı yapılan kısma metindeki en yakın dipnot numarası Dnt. kısaltmasıyla verilmiştir. Metnin İNTERNETE yükleniş tarihi metinde belirtilmişse MYT kısaltmasıyla gösterilmiştir. Sayfanın değişme ya da kaldırılma ihtimaline karşı bizim İNTERNET'ten metni indirme tarihini de İT şeklinde kısaltarak belirttik.

durumun ortadan kaldırılması için temel özgürlükler gereğinden fazla sınırlandırılmışsa, idari işlemin ölçüsüz olduğundan söz edilir<sup>5</sup>.

İlk kez Almanya'da uygulanmaya başlanmakla birlikte, bugün bu ilke, Fransa, Hollanda ve Avrupa Birliğine üye olan diğer ülkelerce de hukukun genel ilkelerinden biri olarak görülmekte ve geniş bir alanda uygulanmaktadır<sup>6</sup>. Avrupa'da Almanya, Fransa, İspanya, İtalya ve İsviçre, kişi hak ve özgürlükleri alanında, hukukun genel ilkelerinden demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik gibi ilkeler yanında, ölçülülük ve bunun içerisinde orantılılık ilkesine de başvurmaktadır<sup>7</sup>. Avrupa dışına da taşan bu ilke başta Anayasa yargısı olmak üzere ABD, Kanada<sup>8</sup> ve Avustralya'da da yargı denetiminde önemli bir yer tutmaktadır<sup>9</sup>.

Ölçülülük ilkesi, normatif içeriği itibariyle, temel hakkın güvence altına alınması ve yapılan hukuka uygun müdahalenin sınırlandırılmasının sınırının belirlenmesinde üç unsura uyulmasını emreder. Bunlar; “*gereklilik*”, “*ölçülülük*” ve “*elverişlilik*” alt ilkeleridir<sup>10</sup>. Aşağıda yeniden döneceğimiz bu ayırım, Türk Hukuku'na yabancı değildir. Türk AYM de, bu ilkeyle ilgili verdiği bir kararında<sup>11</sup> ilkeyi alt başlıklara ayırarak incelemiştir. Bu incelemede AYM'nin tespitleri şu şekildedir: “*İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili 'ölçülülük' ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik', sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk-gereklilik', ayrıca*

<sup>5</sup> ERKUT, “Hukuka Uygunluk...”, s.108.

<sup>6</sup> CRIPPS, Yvonne, “Some Effects of European Law on English Administrative Law”, Proportionality, Global Legal Studies Journal, Vol.III, <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol2/cripps.html>, İT: Ekim 2000, T. III.

<sup>7</sup> FENDOĞLU, H. Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2000, Ankara 2000, s. 369.

<sup>8</sup> JONES, Timothy H., “Legal Protection for Fundamental Rights and Freedoms: European Lessons for Australia?”, Federal Law Review, Vol 22, No 1, Y. 1994, İT: Ekim 2000, <http://snazzy.anu.edu.au/CNASI/pubs/FLR/jones.htm>, T. Introduction.

<sup>9</sup> JACKSON, Vicki C., “Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up Conversation on 'Proportionality' Rights and Federalism”, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Volume 1, Number 3, Spring 1999.

<sup>10</sup> RUMPF, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1993, s. 47.

<sup>11</sup> AYM., 23.6.1989 gün, E. 1988/50, K. 1988/27, RG. 20302, 4.10.1989, s. 11 vd.

*amaç ve aracın ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.”*

İlkenin hukuksal kaynağının Hukuk Devletinin “*ilkenin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif temel*” olduğu ve kaynağını oluşturduğu<sup>12</sup> ve hatta Hukuk Devletinin zorunlu bir sonucu olduğu<sup>13</sup> görüşü yanında; ilkenin vatandaşın Devlet karşısında hak ve özgürlüğünün ifadesi olan ve kamu yararının korunmasının kaçınılmaz olduğu durumlarla sınırlı olarak başvurulabileceğini de içeren “*temel hakların özü*”<sup>14</sup> ifadesinden türediği de ileri sürülmüştür<sup>15</sup>. Bu görüş yanında, ilkenin geçerliliğini ve kaynağını demokratik hukuk devletinden almaktan çok, bir yanını kişilere tanınan güvenenin eşit dağıtılmasını içeren eşitlik ilkesi ile dağıtıcı adalet ilkesinden, diğer yanını ise temel hak ve özgürlüklerin korunmasının temelini oluşturan “*adalet ve insan haysiyeti ilkesi*”nden aldığı ileri sürülmektedir<sup>16</sup>. Aslında ilkenin pozitif temel bulunmadığından “*adalet ve ortak iyilik*” kavramlarından çıkarılabileceği<sup>17</sup> ileri sürülmektedir.

İlke, bireylere sübjektif bir hak sağlayan bir norm olmanın aksine, genel nitelikte bir hukuk ilkesi özelliğiyle İdareye de herhangi bir yetki vermemektedir. Hak ve özgürlüklerin maddi alanı ile İdarenin sınırlandırıcı müdahalesi arasında bulunması gereken sınırı belirlemekte başvuru ve yalnızca kanun koyucuyu değil, İdareyi de yönlendirici yardımcı bir ölçüttür. Bir hak ve özgürlüğün unsuru olarak görülmemeli ve aynı zamanda, bireyin ya da İdarenin talep ve yetkilerinin dayandırılacağı mutlak bir norm olarak kabul edilmemelidir<sup>18</sup>. Bu ilkedan, bireyin temel haklarına müdahaleye izin verildiği alanda, hakkın kaldırılması ve özüne dokunulmasını engelleyici bir objektif hukuk kaidesi olarak yararlanılmaktadır<sup>19</sup>. İlke, idari faaliyetin denet-

<sup>12</sup> SAĞLAM, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s.118; Alman Anayasa Mahkemesi tarafından “Hukuk Devleti” (“Rechtsstaat”) ile ilişkilendirildiği de görülmektedir.

<sup>13</sup> MEMİŞ, age., s.193.

<sup>14</sup> “essence of the basic rights”.

<sup>15</sup> GROT, Rainer, “Rule of Law, Etat De Droit and Rechtsstaat”, <http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.htm>, İT:Ekim 2000, T.2.

<sup>16</sup> RUMPF, agm., 44-45.

<sup>17</sup> GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa 2000, s.200.

<sup>18</sup> RUMPF, agm., s. 46-47.

<sup>19</sup> RUMPF, agm., s. 28-29; “Hakkın özü”nün içeriği ve kapsamının belirlenmesi kolay olmamakla birlikte, İdare hakimi, pozitif hukuk normlarını kullanamayacak ve özellikle Anayasa Mahkemesi kararları bu konuda yol gösterici olacaktır. RUMPF, agm., s.48.

lenmesinde, çıkarlar dengesinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde mahkemeye gereken ölçütleri sağlayan imkanlar sunması<sup>20</sup> yönüyle önemli bir denetim ölçütü olmaktadır.

Kanımcıca, ilkenin pozitif temeli bulunmasa da, ister hukuk devleti, isterse adalet, iyilik ve insan haysiyeti gibi daha çok felsefi bir dayanakta kendini bulsun bireyi koruyucu önemli bir araç olduğu ortadadır. Aynı zamanda, tartışmaların ilkenin etki ve uygulanabilirliği konusunda değil, yalnızca kaynağı ve hukuksal dayanağı noktasında olduğunu da ifade etmek gerekir. Bu çalışmada, ilkenin dayanağından çok, asıl ilgilendiğimiz konu, idari yargı alanındaki etkisi ve uygulanabilirliğidir. Bu nedenle, kaynak konusundaki tartışmayı burada keserek ilkenin İngiliz Hukukuna girişi ve yargı denetimindeki rolü üzerinde duracağız.

## II. İNGİLTERE'DE İDARİ FAALİYETLERİN DENETİMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

### A. İngiliz Hukukunda İdari Faaliyetlerin Denetimine Genel Bakış

Ölçülülük ilkesinin İngiltere'deki değeri konusuna, Kara Avrupası ve Türk Hukuk sistemine göre dikkate değer farklılıkları bulunan Common Law'a değinmeden girmenin doğru olmayacağı düşüncesiyle kısa bir bilgi vermeyi tercih ettik.

İngiliz Hukuku, Kara Avrupa'sı ve Türk İdare Hukukundan kaynak, kurum ve usulleri yönlerinden ayrılan farklı bir hukuk sistemine sahiptir. Common Law olarak anılan bu sistem, İngiltere'yle sınırlı kalmamakta, Kanada, Avustralya, İrlanda, Yeni Zelanda, Hint Alt Kıtası ve İngiltere'nin eski sömürgeleri başta olmak üzere oldukça geniş bir alanda geçerli olmuş<sup>21</sup> ve halen etkilerini sürdürmekte olan bir sistemdir. Aşağıda Avustralya örneğinde somutlaştıracığımız gibi bu etki sona ermiş değildir.

Common Law içinde İdare Hukuku başlıca üç esasa dayanır: İlki, bu hukuk yasama fonksiyonundan çok hakimin ortaya çıkardığı mahkeme içtihatlarından kaynaklanır. İkinci özelliği, "*Droit Administratif*" tarzında memur ve askerler için farklı bir yargı sistemi ya da imtiyaz öngörmez. Son olarak, bu hukukun esasları yazılı olmaktan çok toplumun adetlerine dayanır<sup>22</sup>. İngilizlerin, Fransa tarzında ayrı bir İdare Hukukuna gerek olmadığını ileri sürmelerine rağmen, 20 nci yüzyılın başlarından itibaren ve özellikle

20 THOMAS, Robert, "Aldermen, Reasons and Judicial Review", <http://webjcli.ncl.ac.uk/1996/issue1/thomasI.html>, T.II.

21 PARRY, Clive, İngiliz Hukuku Sistemi, (Çev. VERSAN, Vakur), İstanbul 1945, s. 5.

22 PARRY, age., s. 9.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında İngiltere'de İdare Hukuku yerleşmeye ve gelişmeye başlamıştır. Yürütmenin çıkardığı tüzük ve yönetmeliklerin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak üzere idare mahkemeleri kurulmuştur<sup>23</sup>.

İdari faaliyetin denetlenme usulleri de İngiliz Hukukunda Droit Administratif'e göre oldukça farklıdır. Certiorari adı verilen bir usulle, hukuka aykırı idari işlemin yargı yerlerinde denetlenerek iptali sağlanabilir. Böylece, işlem ortadan kaldırılır ve hukuk düzenini koruma amacına ulaşılmış olur. Prohibition yolu ise, sakat bir idari işlemin doğmasını engelleyen bir denetim yoludur. İdareyi karar almaya, bir şeyi yapmaya ya da kamu görevinin ifa edilmesine zorlayan mandamus usulü de<sup>24</sup> hukuka uygunluğu sağlayan klasik yollardandır.

Türk ve Fransız İdare Hukuklarından oldukça farklı olsa da, günümüzde İngiltere'de Tribunal adıyla bilinen idare mahkemelerinin varlığı ve işleyişi artık İngiliz İdare Hukuku ve bu alanda bir yargı sisteminin bulunduğu konusunda kuşkuyla yer bırakmamaktadır<sup>25</sup>. Ancak, İngiltere'de yargı birliği ya da idari yargı sisteminden söz etmek zordur. Burada karma sistemin olduğu söylenebilir. İngiltere'de bugün ceza mahkemeleri, hukuk mahkemeleri ve diğer mahkemeler ayrımında idare mahkemeleri diğer mahkemeler grubunda yer alır. İdare mahkemeleri, eğitim, tarım, sağlık, sosyal sigortalar, ulaşım hizmetleri, sanayi ve istihdam, vergiler ve taşınmazlara kadar bir çok idari nitelik taşıyan uyuşmazlığa bakmakta ve gördükleri alana göre farklı sınıfları bulunmaktadır<sup>26</sup>. İngiltere'de bugün özel idare mahkemeleri denilebilecek "*Administrative Tribunals*"ın her biri göçmenler, sosyal sigor-

<sup>23</sup> NALCIOĞLU, Orhan; SEVİMLİ, Kamil, "İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini", AYİM Dergisi, S.10, Ankara 1996, s.25-30.

<sup>24</sup> ASLAN, Zehreddin, "İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği", İÜSBFD, No.10, Ocak 1995, s.21; Diğer iki denetim usulü olan ve özel hukuktan alınan declaration ve injoction usulleri için bkz. ASLAN, agm., s. 21 vd.

<sup>25</sup> NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 31.

<sup>26</sup> İngiliz İdare mahkemelerinin bu sınıflandırılmasını burada vermek istiyoruz: 1. Meslek İçi Mahkemeler(Domestic Tribunals) 2. Sanayi Mahkemeleri(Industrial Tribunals) 3. Soruşturma Mahkemeleri(Tribunals of Inquiry) 4. Haksız Zararın Tazmini Kurulu (Criminal Injuries Compensation Board) 5. Bakanlık Mahkemeleri (Ministerial Tribunals) bulunmaktadır. Bunların üzerinde ise, kararlarını denetleyen İdare Mahkemeleri Konseyi(Council on Tribunals) NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 33-34.



talılar, iş kazaları, kira ilişkileri, akıl hastaları gibi farklı yasalardan doğan uyumsuzlukları çözmek için zaman içinde ihtiyaca paralel kurulmuşlardır<sup>27</sup>.

İngiliz mahkemelerince denetlenen unsurlar, yetkinin kötüye kullanılması, bir hakkın kullanılmasının idarece engellenmesi, usule aykırılıklar, makul olmama, hukuka aykırılık ve son olarak İngiliz hukuku için kavram olarak yeni olan ölçülülük ilkesine uyulup uyulmamasıdır<sup>28</sup>. İngiliz mahkemeleri, bir idari kararın sakatlık nedenleri olarak görerek denetlendiği unsurlar bizdekinden sistem olarak farklıdır. Bizde işlemin beş unsuru üzerinde yapılan denetimden farklı unsurlar farklı adlarla denetlenmektedir. Ulaşılan nokta itibariyle sonuç, çoğu kez aynı olsa da inceleme tarzı ve araçlar farklıdır.

Ölçülülük ilkesi başta insan hakları alanını ilgilendirdiğinden bu konudaki uygulamaların kaynağına da kısaca değinmekte yarar görüyoruz İngiliz Hukukunda, temel hak ve özgürlükler konusundaki ilkeler, adliye mahkemelerinde görülerek çözümlenen uyumsuzluklardan çıkarılan ortak hukuk ilkeleridir. Bunlar kaynağını Anayasadan almamakta, ancak mahkemelerce belirlenen ve hukukun üstünlüğünün "olmazsa olmaz" unsurlarından sayılmaktadırlar<sup>29</sup>. İngilizler, temel hak ve özgürlükler konusundaki "Common Law"<sup>30</sup> düşüncelerinin temellerini 18 ve 19. yüzyıllardaki muhafazakar felsefeye kadar dayandırmakta ve Edmund Burke'nin düşüncelerini dayanak olarak göstermektedirler<sup>31</sup>. Bu nedenle bu alanda başka ülkelerin kendilerine müdahalelerini engellemeye çalışmışlardır. İngiliz İnsan hakları öğretisi temellerini "Magna Carta", "Bill of Rights"ta aramakla birlikte, İngiliz Hukukunun muhafazakar yapısı ve kendi hukuk sistemlerine fazlasıyla güvenmeleri, dışarıdan bir hukuk sistemini, hatta

27 ÖRÜCÜ, Esin, "Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s.256.

28 LYON, William; KING, Mackenzie, Administrative Law, [http://www.transparency.de/documents/source-book/b/Chapter\\_8/index.html](http://www.transparency.de/documents/source-book/b/Chapter_8/index.html), İİT:Ekim 2000, T.6.

29 NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 28.

30 Geniş anlamda Common Law, İngiltere'de yazılı olmayan tüm hukuk kurallarını ifade etmekte kullanılmaktadır. Dar anlamda ise, 1873-1875 Judicature Acts'den önce Common Law mahkemelerince uygulanan hukuku ifade etmekte kullanılmaktadır. NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 25.

31 JONES, Timothy H., "Legal Protection for Fundamental Rights and Freedoms: European Lessons for Australia?", Federal Law Review, Vol 22, No 1, Y. 1994, <http://snazzy.anu.edu.au/CNAŞI/pubs/FLR/jones.html>, İİT:Ekim 2000, T. III.

yalnızca bir tek madde ya da düzenlemenin alınması bile uzun süre almakta ya da alınmaması konusunda direnç gösterilmektedir<sup>32</sup>.

## B. İdari Faaliyetin Denetiminde Ölçülülük İlkesinin İngiliz İç Hukukuna Geçışı ve Makul Oluş Testi İle Karşılaştırma

### 1. Ölçülülük İlkesinin İngiliz İç Hukukuna Geçışı

İngiliz Hukukunda ölçülülük ilkesi Avrupa Birliğine üyeliğin ve Birlik Hukukunun İngiliz Hukukuna doğrudan etkisi olarak değerlendirilmektedir. Bu ilke günümüzde oldukça yeni olmakla birlikte İngiltere mahkemeleri tarafından da uygulanmaktadır. Bu ve benzeri formlar, ya doğrudan doğruya Birlik Hukuku kanalıyla ya da Birliğe üye diğer devletlerin iç hukukları aracılığıyla İngiliz Hukukuna taşınmıştır. Bu durum, temel haklar ve AİHS'nin tanıdığı koruma sisteminin niteliği ile ilgilidir<sup>33</sup>. Kanımızca, AİHS'nin sağladığı etkin koruma ve AB'nin supranasyonal niteliği ve her iki sistemin de insan hakları konusundaki özel titizliği bu alanda koruma sistemlerinin iç hukuka yansımaları sonucunu doğurmaktadır.

İngiliz "*Common Law*"nın geleneksel kavramları, kitadaki diğer akraba hukukların kurumları ile AB aracılığıyla yeniden yakın temasa geçmiştir. Bu ilke ve benzeri kurumlar diğer bir hukuk sisteminin tanınmasının, geleneksel İngiliz Hukuku üzerindeki "*kaçınılmaz artan etkilerinin*", "*Common Law*" ilkelerine dönüşmesine yol açmaktadır<sup>34</sup>.

Bununla birlikte, ilkenin İngiliz hakimlerinin tam bir desteğini aldığını söylemek oldukça zor. Örneğin, REGİNA olayı<sup>35</sup> hakkında Lordlar Kamarası, ilkenin İdarenin takdir yetkisini "*makul oluş doktrini*" dışında ölçülülük gibi ele alan kesin ve ayrı bir ilkenin bulunmadığını ifade etmiştir. Lordlar Kamarası İngiliz iç hukukuna bu ilkenin alınması için hazır olunmadığını ileri sürmüş olsa da, kavram Fransız İdare Hukuku yoluyla olmasa da AİHS ve AİHM kararları kanalıyla geçmiş ve bugün İngiliz Hukukunda başta ceza içerikli mahkeme kararları olmak üzere yerini almıştır<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> JONES, agm., T. III.

<sup>33</sup> CRİPPS, agm., T. III,

<sup>34</sup> LAIRG, Lord Irvine, "The Tom Sargant Memorial Lecture: The Development of Human Rights in Britain Under an Incorporated Convention on Human Rights(1), MYT: 16 Aralık 1997", <http://website.lineone.net/~passy34/irvine.html>, İT:Ekim 2000.

<sup>35</sup> REGİNA, Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind

<sup>36</sup> BROWN, Neville L; BELL, John S., French Administrative Law, Fourth Edition, Oxford 1993, s. 220.

Ölçülülük ilkesi, idari kararın ayrılmaz bir unsuru olarak artık daha fazla dikkate alınmaya başlanmıştır. “*Common Law*” artık risk almayı göze alabilen, geleneksel ilkelere katı bağlılıktan çok, olayları pratik tarzda çözmeye eğiliminde olan hakimlerin varlığı sayesinde gelişmektedir. Örneğin, artık yeni hakimlerin geleneksel hukukun “*doğruluk ilkesi*” yerine “*pragmatizm*”i uygulamak konusunda daha istekli oldukları belirtilmiştir<sup>37</sup>.

İngiliz mahkemeleri, yargı denetiminde, korunan hakka müdahalenin özgür demokratik toplum için kamu yararını sağlamaya yetecek kadar olmasının gözetilip gözetilmediği, istisnai olan sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığı konularında inceleme yapmaktadırlar. Diğer bir nokta da, hakimlerin diğerlerinden bağımsız olarak incelemesi gereken ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığının denetlenmesidir. Bu konu, gerek işlemin henüz oluşum aşaması için, gerekse kararın geçerliliğinin değerinin tespitinde önemlidir. Ayrıca, bu denetimin yalnızca bir aşamada yapılacağı şeklinde bir sınır getirilmemiştir<sup>38</sup>.

İngiltere hakkında özellikle AİHM tarafından verilen kararlar ölçülülük ilkesinin İngiltere tarafından da dikkate alınmasına yol açmıştır. Aynı sıklıkta olmasa da ABAD'nın İngiliz idari makamlarının kararlarında ölçülü olup olmadıklarını denetlerken verdikleri kararları da bu etkiyi artırmaktadır.

#### a. İlkenin İngiliz Hukukuna Geçişinde AİHM'nin Etkisi

İngiliz mahkemeleri çoğu kez, iç hukukun doğrudan bir parçası olmadığı gerekçesiyle sözleşme hükümlerini uygulamaktan kaçınmaktadır. İngiliz Hukukunun belirsiz, açık olmayan ya da boşluk bulunduran durumlarında hakimler, Sözleşme hükümlerini ve uluslararası yükümlülüklerden kaynaklanan düzenlemeleri doğrudan uygulamaktadırlar<sup>39</sup>. Hakimler, Sözleşmeye başvurma konusunda takdir yetkilerinin olduğu durumlarda bile bu yetkilerini Sözleşme hükümlerine başvurma yönünde kullanmaktadırlar. Hatta bazen İngiliz mahkemeleri Sözleşmeyi uygulamak istemeseler de, AB hukuk düzeninin gereklerini yerine getirirken Sözleşmenin aslında İngiliz mahkemelerini de bağlayan AB mevzuatında da yeralması nedeniyle dolaylı olarak bu hukuku uygulamak zorunda kalmaktadırlar. Böylece Sözleşme, İngilte-

<sup>37</sup> LYON; KING, agm., T.5.

<sup>38</sup> SARGANT, Tom, Tom Sargent Memorial Lecture, “The Morality of Decisions”, 16 Aralık 1997, p. 9'dan naklen, CORNHILL, Lord Bingham, “The Way We Live Now: Human Rights in the New Millennium”, The Earl Grey Memorial Lecture, University of Newcastle upon Tyne, MYT 29 Ocak 1998, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue1/bingham1.htm>, İT:Ekim 2000.

<sup>39</sup> CORNHILL, “Human Rights in the New Millennium”, T.1.

re'ye "ön kapıdan girmesi yasaklanan" Sözleşme hükümlerinin "gizlice arka kapıdan" girmesi anlamına gelmektedir<sup>40</sup>.

İngiliz AİHM içtihatlarının etkisi, kendisini özellikle Avrupa hukukuna aslında pek de uzak olmayan ölçülülük ilkesi konusunda gösterir. DUDGEON olayı<sup>41</sup> bunun en bariz örneği olarak gösterilmektedir<sup>42</sup>. DUDGEON olayında, Avrupa Mahkemesinin Kuzey İrlanda'da homoseksüellerin özel hayatına ilişkin sınırlandırmalarda, diğerlerinin hak ve özgürlükleri ile sağlık ve ahlakın korunmasına dayandırılarak yapılan sınırlamaların ölçülü olmadığı ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

SUNDAY TİMES olayında<sup>44</sup> ise, anne karnındaki çocuklarda sakatlıklara neden olan bir ilaç hakkında bir gazetede yayınlanan makale nedeniyle gazete hakkında karar verilen idari yaptırımla, ifade özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının çiğnendiği iddia edilmiştir. AİHM, Sözleşmenin 10 uncu maddesini dikkate alarak idari işlemin ölçülü olup olmadığını denetlemiş ve iddiayı haklı bularak İngiltere'yi mahkum etmiştir. Kararda, ifade özgürlüğünün sınırlanmasıyla elde edilecek kamu yararı ile sınırlamanın sosyal gereklilik ve elverişlilik ve zorunluluk unsurlarını taşımadığı belirtilmiştir. AİHM'nin kararları da bu gelişmede etkili olmuştur. SUNDAY TİMES olayındaki gibi AİHS çerçevesinde AİHM'nin yaptığı denetimde de davacının ifade özgürlüğünün üzerine konulan sınırlandırıcı işlemlerin, "ulaşılacak istenen amaca uygun olmadığı" belirtilmiştir. İngiliz Mahkemeleri, AİHS'nin 10 uncu maddesindeki ifade özgürlüğünü ele alırken, buradaki gazetecilik ile ajanlık faaliyetlerini ilişkilendirmiştir. Mahkeme üyelerinden Scott J. milli güvenlik çıkarlarına zarar verdiği düşünülen gazete makaleleri ile toplumsal ihtiyacın giderilmesine yönelik kamu yararı olmadığını ve ulaşılacak istenen amaç için ölçülü olmadığını ifade etmiştir<sup>45</sup>.

İçişleri Bakanının yaptığı bir idari işlemle, BBC'nin yasaklı IRA yetkililerinin röportaj ve sözlerinin tekrarını yasaklamasının<sup>46</sup> hukuka aykırılığı ileri sürülmüştür. Bakanlık ise, aynı yasağın İngiliz gazetecilere daha geniş şekilde İrlanda makamlarınca uygulandığını iddia etmiştir.

40 CORNHILL, "Human Rights in the New Millennium", T.2.

41 DUDGEON CASE, 22/10/1981 İNGİLTERE.

42 JONES, "Legal Protection for Fundamental Rights...", T. III.

43 DUDGEON CASE, 22/10/1981 İNGİLTERE.

44 SUNDAY TİMES, İNGİLTERE, (1997-80) 2 EHRR 245.

45 CRIPPS, agm, T. III.

46 Home secretary

Gazeteciler ise, 1981 tarihli Yayın Kanunu'na<sup>47</sup> dayanarak ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığını ve bunun yanında yasaklamanın "makul" olmadığını da ileri sürmüşlerdir. Lordlar Kamarasında bu konudaki tartışmalarda Avrupa Birlik Hukukundan alınan bu ilkenin hukukilikten çok yerindelik denetimine girerek takdir yetkisine müdahale ettiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür<sup>48</sup>.

Görüldüğü gibi, AİHS hükümleri, İngiliz hakimi için gelenekselin dışında yeni yükümlülükler getirmektedir. Hukuka uygunluk, makul oluş ve usule uygunluk konuları İngiliz hakiminin kolaylıkla karar verebildiği alışkın olduğu konular olmakla birlikte, sınırlandırmada "demokratik toplum gerekleri", "yasayla öngörülmüş olma", ölçülü olup olmadığı konuları, hakkın içeriğinin tespit edilmesinde zorluklar taşımaktadır<sup>49</sup>.

AİHM uygulamasında ilke, Sözleşme ile korunan bir hakkın sınırlandırılmasında sınırlamanın amaçlarına ulaşmak için gerekenden daha fazla bir sınırlandırmanın yapılmaması şeklinde anlaşılmaktadır<sup>50</sup>.

Mahkeme, getirilen sınırlamanın yalnızca lafzi (deyimsel) değil, daha çok ahlaki yönünü içeren sınırlamanın ruhunu bir başka ifadeyle özünü dikkate alan bir inceleme yapmak zorundadır. Bu noktada Sözleşmenin koruma altına aldığı hakka müdahalenin "özgür demokratik toplumdaki kamu yararı" ile dengelenmiş olup olmadığının incelenmesi gerekir<sup>51</sup>. Sözleşmenin getirdiği bu ilke, idari kararın verilmesi süreci içinde ikincil derecede önemli gözükmese de değerinin belirlenmesinde mahkemenin dikkate alması gereken öncelikli bir kriterdir<sup>52</sup>.

İnsan hakları konusuna, birlik ve dernek kurma hakkını engelleme(11. madde), 1983 ve 1984 yıllarında 13. maddeye göre "etkin çözüm" (effective remedy), 1985 yılında 14. maddeye dayanarak göçmenlere uygulanan ayırıcı muamele örneklerindeki gibi İngiltere'yi Sözleşme hükümlerini uygulamama nedeniyle tazminata mahkum olması<sup>53</sup> örneklerindeki gibi İngiltere

47 Broadcasting Act

48 CRIPPS, agm, T. III.

49 CORNHILL, "Human Rights in the New Millennium"

50 LAIRG, agm., T.II.

51 LAIRG, agm., T.II.

52 LAIRG, agm., T.II.

53 CORNHILL, Lord Bingham, "The Way We Live Now: Human Rights in the New Millennium", The Earl Grey Memorial Lecture, University of Newcastle upon Tyne, 29 January 1998, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue1/bingham1>, İNTERNET; Bu makale sonrası için "Human Rights in the New Millennium" şeklinde anılacaktır.

en fazla Mahkeme önüne giden ülkelerdendir. Bu etki, iç hukukta İngiltere'yi insan hakları konusuyla daha fazla ilgilenmeye zorlamakta ve düzenlemelelerinde değişiklikler yapmak zorunda bırakmaktadır.

İngiliz Hukuk Kurumunun 1991 yılındaki Yıllık Konferansında<sup>54</sup> ise ilkenin Birlik üyesi Devletlerce geliştirildiği ve İngiliz Hukukunun önemli bir özelliği halini alacağı belirtilmiştir<sup>55</sup>. İngiliz hakiminin ve doktrinin insan hakları konularında uygulama ve temel felsefi sorunları bulunmaktadır. Kanımca bu sorunlar İngiliz Hukuk sisteminin de geleneksel İngiliz Devlet yapısının muhafazakar duruşundan ileri gelmektedir. Bu direncin güngeçtikçe kırıldığı anlaşılmaktadır.

#### **h. ABAD'ın İlkenin Kabulünde Etkisi**

İngiliz Hukukuna AB ve ABAD yoluyla geçen kavramlardan başlıcalar, haklı beklentiler, yeterli menfaat ve son olarak ölçülülük ilkeleridir. Özellikle, sözkonusu olan bu son ilke, ABAD tarafından sürekli kullanılmaya başlanmıştır<sup>56</sup>. İngiliz Hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulanması, AİHM kararlarından çok, Avrupa Birliği Hukukunun doğrudan bir sonucudur. REGİNA olayında Birlik üyesi olmayan bir ülkeye şeker ihracını kararlaştıran ve bunun için gereken lisansı alması için gerekli olan tarım ürünlerini denetleyen Heyete başvuru süresinin birkaç saat geçirilmesi nedeniyle yatırdığı çok yüksek miktardaki teminata el konulması ve lisans hakkını kaybetmesi sonuçlarını inceleyen İngiliz Yüksek Mahkemesi 1980/83 tarihli komisyonun düzenlemesinin 6(3) maddesi yönünden inceleyerek geçersiz ve hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme cezanın çok şiddetli olduğunu ve ölçülü olmadığını karara bağlamıştır. Bu olayda İngiliz hakimleri ilkeyi dikkate almış ve uygulamıştır<sup>57</sup>.

İngiliz Hukukunda tartışma konusu olan ve Avrupa Birliği Adalet Divanının verdiği bir karar<sup>58</sup> İngiliz mahkemelerinde de tartışılmış ve kabul görmüştür. REGİNA olayında, tarım ürünlerini denetleyen bir heyetçe bir

54 SLYNN, Gordon, Speech at the Law Society's Annual Conference in October 1991; Sir Gordon Avrupa Birliği Hukukunun İngiliz İdare Hukukuna etki ve katkıları üzerinde çalışmakta ve halen Lordlar Kamarası üyesi olarak görev yapmaktadır. CRİPPS, agm, T. III' den.

55 CRİPPS, agm, T. III' den.

56 ÖRÜCÜ, agm., s. 256.

57 REGİNA, Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte E.D. & F. Man (Sugar) Ltd; Bu karar hakkında geniş bilgi ve yorum için bkz. CRİPPS, agm., T. III.

58 REGİNA, İNGİLTERE, CRİPPS, agm, T. III' den neklen.

çiftçinin lisans başvurusu yapamadığı için yatırması gereken son derece yüksek bir teminata birkaç saatlik gecikme nedeniyle elkonulmasını birinci derecede borçlara uymama ile ikincil derecede borçlara uymamanın sonuçlarının bir olamayacağını ifade ederek amaca ulaşmak için uygulanan usulün gerektiğinden ağır olduğu yani ölçülü olmadığı yönünde karar vermiştir.

## 2. Ölçülülük İlkesi ve “Makul Oluş Doktrini” Arasında Bir Karşılaştırma

Ölçülülük ilkesi İngiliz İdare Hukukunda uygulanan “*makul oluş doktrini*” (doctrine of reasonableness) ile benzerlikler göstermekle beraber özdeğildir<sup>59</sup>. İngiltere’de Wednesbury olayında Lord Greene tarafından “*makul oluş doktrini*”nin kullanılmasından sonra takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımına ilişkin her olayda neredeyse avukatların “*imzası*” halini almıştı<sup>60</sup>. Wednesbury olayında 1932 tarihli Pazar Eğlenceleri Yasasının idari makamlara -ki bu olayda mahalli idaredir- 15 yaşından küçük çocukların velileriyle birlikte olsalar bile sinemaya alınmayacaklarını kabul eden sinemalara işyeri açma ruhsatı ve izni vermektedir. Olayda Lord Greene takdir yetkisini kullanan kişinin hukuken doğru şekilde ve hukukun gerektirdiği gibi davranmışsa, konuyla ilgili olan tüm konuları dikkate almışsa artık “*makul*” bir karar verildiği anlamına gelceğini ifade etmektedir.

İngiliz Hukukundaki ölçülülük testi ile makul oluş testinin hemen hemen örtüştüğü ancak, ölçülülük testinin daha fazla titizlik gerektirdiği ifade edilmektedir. İngiliz Hukuku henüz tam anlamıyla ilkeyi uygulamaktan kaçınsa da Avrupa Birliği yoluyla iç hukukuna girmesine engel olamamaktadır<sup>61</sup>. Ancak, ilkenin makul oluş doktrininin daha sonraki dönemlere kalan bir mirası olarak değerlendiren İngiliz İdare Hukukçuları da bulunmaktadır<sup>62</sup>.

Kadınların çalışmaları ile ücret oranlarını konu edinen bir uyuşmazlık üzerine İngiliz Mahkemelerinin “*makul oluş*” ile “*durumun gerekleriyle ölçülü olmamayı*”<sup>63</sup> bir arada değerlendirmiştir. Bu kararda her iki kavram

59 BROWN; BELL, age., s. 220.

60 GROT, agm, T.3.

61 ROWE, age. ,C-(ii).

62 WILLIAMS, Sir David G.T., “Law and Administrative Discretion”, Global Legal Studies Journal, II, T.III, <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol2/sirwms.htm>, İT:Ekim 2000, T.III.

63 “out of proportion to the necessities of the case”; WILLIAMS, agm., T.III.

ve farklı denetimi de çağrıştıracak olan “makul ölçü”<sup>64</sup> gibi ortalama bir kavramın bulunmaya çalışılması kanımızca ilginçtir.

Alman ve Fransız idare mahkemeleri ile AİHM'si daha fazla takdir yetkisi tanıyan “makul oluş doktrini”ne değil, daha çok ölçülülük ilkesine başvurumaktadırlar. Son zamanlarda İngiliz mahkemeleri de önemli insan hakları ihlallerinde daha sıkı denetim imkanı tanıyan bu ilkeye başvurumaktadırlar. Bu da AİHS'nin İngiltere açısından iç hukukun doğrudan bir parçası olarak henüz görülmemesine rağmen ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Aralarındaki benzerlik ve farklılara rağmen her iki ilke de halen uygulanmaktadır<sup>65</sup>. Aynı zamanda İngiliz mahkemelerine AİHM' nin de uyguladığı gibi, insan haklarına müdahale içeren olaylarda bu hassas alan için daha sıkı bir yargı denetimi imkanı tanımaktadır<sup>66</sup>.

İngiliz Hukukunda ilkenin makul oluş ilkesinin bir mirası olarak varlığını sürdüreceği ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Gerçekten de, ister bu ilkenin bir kalıntısı olarak isterse Birlik Hukukunun yeni bir kavramı olsun ilkenin bundan sonrası için İngiliz iç Hukukunda kabul görmeye başladığı anlaşılmaktadır.

### C. İlkenin İngiliz Hukuku Aracılığıyla Diğer Ülkelere Taşınmasında Avustralya Örneği

Geleneksel Common Law uygulamalarındaki değişiklikler şüphesiz İngiltere ile sınırlı kalmamakta, örneğin Avustralya gibi Common Wealth üyesi ülkelere de Avrupa ortak kamu düzeninin taşınması sonuçlarını doğurmaktadır. Bugün gerek İngiliz gerekse Avustralya mahkemelerinde hakimler, insan hakları konusunda geleneksel hukuklarının yetersizliğini itiraf ederken görüşlerini AİHM'nin ülkeleri aleyhindeki kararları ile desteklemektedirler<sup>68</sup>. İngiltere hakkında AİHM içtihatlarının etkisi, Avustralya hukuku da dahil olmak üzere, ölçülülük konusunda kendisini daha fazla gösterir. DUDGEON olayı bunun en bariz örneği olarak gösterilmektedir<sup>69</sup>. Yine aynı şekilde Baker-Campbell olayında Avustralya mahkemeleri bir

64 “rational proportionality”

65 GROT, agm., T.3.

66 GROT, agm., T.3.

67 WILLIAMS, “Law and Administrative...”, T.III, İNTERNET.

68 JONES, agm., T. Introduction.

69 JONES, “Legal Protection for Fundamenatl Rights...”, T. III.



imtiyaz sözleşmesinin yorumlanmasında Avrupa Birliği Komisyonu ve AİHM'nin kararlarına atıfta bulunmaktan kaçınmamıştır<sup>70</sup>.

Uluslararası Hukukun ve sözleşmelerin "*Common Law*"a geniş etkilerinin ötesinde, uluslararası ya da ulusalüstü hukukta gelişen kavramların "*Common Law*"a ithalinin dikkate alınması gereken bir potansiyelinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu tür kavramlar kökenlerini ülkelerin ulusal pozitif hukuk düzenlemelerinde bulmakta ve "*mukayeseli hukuk*" içerisinde değerlendirilmektedir. Bunlardan en önemlisi ölçülülük ilkesidir. İlke Alman hukukundan kaynaklanmakla birlikte kısa sürede, AİHM içtihadının bir parçası haline gelmiştir<sup>71</sup>.

Hukuka uygunluk ve geçerlilik testinin bir ölçütü olarak bugün İngiliz Hukukunun da dolaylı olarak Avustralya Hukukunun da bir parçasını oluşturmaktadır. Avustralya mahkemeleri ilkeyi, hak ve özgürlüğü sınırlandıran düzenlemenin hukuki geçerliliğinin denetiminde kullanmaktadır. Örneğin *Nationwide News v Wills* ve *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* olaylarında Avustralya mahkemesi, iletişim özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirdiği olayda sınırlandırmanın belirlenmesinde ilkeyi meşru amaç ve hedefe ulaşmada makul bir ölçülü sınırlandırmanın bulunup bulunmadığını ve böylece uygulanan kuralların hukuka uygunluğunun belirlenmesinde kullanmıştır. İlkenin Avustralya hukukuna AİHM'nin kullandığı "*takdir yetkisinin sınırları*" ile birlikte girdiği bilinmektedir. AİHM, hak ve özgürlüğü sınırlayan sınırlandırmada takdir yetkisine dikkat edilip edilmediğini incelemektedir. Örneğin ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda idarece uygulanan sınırlandırmalarda olduğu gibi, takdir yetkisine "*demokratik toplumda gerekli olma*" şeklinde bir sınır çizmektedir. Yasamaya ise, takdir yetkisinin bu sınırlarının hangi uygun araçlarla kullanılacağına yasal olarak belirleme imkanı vermektedir<sup>72</sup>.

Supranasyonal (ulusalüstü) mahkemelerin kararları bu kavramların etkilerini daha da artırmaktadır. Avustralya hakimleri için doğrudan bu kavramlarla daha içli dışlı olmaları sonucunu doğurmakta ve bu yeni kavramları iç hukukta uygulama imkanı tanımaktadır. Uluslararası alanda çalışan hukuk öğrencilerinin artışı gibi gerçekler bu kavramların kabulünün kaçınılmazlığını ortaya koymaktadır. Hukukun küreselleşmesi de, bu gelişmeyi körükle-

<sup>70</sup> MASON, Anthony, "An Australian Common Law?", 50<sup>th</sup> Anniversary Conference, Australasian Law Teachers' Association, Cross Currents: Internationalism, National Identity & Law 1995, <http://www.austlii.edu.au/au/special/alta/alta95/mason.html>, İT:Ekim 2000, T.II.

<sup>71</sup> MASON, agm., T. II.

<sup>72</sup> MASON, agm., T. II.

yecek ve yeni kavramların kabul edilmesi yönündeki eğilimi güçlendirecektir. Avustralya Hukukunda bu yeni kavramların alınmasının da ötesinde, artık hakimlerin uluslarüstü kararlar ile uluslararası ve bölgesel sözleşmelere, "common law" kurallarını açıklamak ya da formüle etmek için başvurmaları önemli bir gelişmedir<sup>73</sup>.

### III. TÜRK HUKUKUNDA İLKENİN ANAYASAL TEMELİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAKİ YERİ

Temel hak ve özgürlüklerin yasalarla düzenlenmesi ve gerektiğinde sınırlandırılabilmesi bunların kullanılabilirliklerini sağlamak açısından gereklidir. "Kanun koyucunun bir temel hakkın düzenlenmesi ile özüne dokunulması arasında kalan her müdahalesinin" bir sınırlandırma olduğu ifade edilmiştir<sup>74</sup>.

Her hak ve özgürlüğün sınırlamaya elverişli olduğu söylenemez. Yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve dokunulmazlığı, din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlükleri ile bunları açıklamaya zorlama ve suçlama yasağı, konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, bilim ve sanat özgürlüğü, zorla çalıştırma yasağı gibi bir çok temel hak ve özgürlük sınırlandırıldığında artık "özü yok edilmiş" sayılır. Bu durumun istisnaları ya bizzat Anayasa tarafından ya da yasayla genellikle yargıya yetki verilerek kısıtlanabilmesi durumlarıdır. Kamulaştırma ve vatandaşlıktan çıkarma gibi sınırlandırmalarda ise İdare yetkili kılınmıştır<sup>75</sup>.

Sınırlandırmanın sınırı olarak gösterilen "hakkın özü" kavramı 1982 Anayasasında yer almamıştır. Bununla birlikte kavramdan halen yararlanılmaktadır<sup>76</sup>. Bunun yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesi yer almaktadır. AYM her iki kavramı açıklamakta birbirine başvurmuştur<sup>77</sup>.

73 MASON, agm., T.III.

74 BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, -İdare Hukukuna Giriş-, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, S. 48.

75 BİLGİN, age., s. 66.

76 1982 Anayasası bu kavram yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesini kullanmaktadır. Özgürlüklerin kısıtlanmasında hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda geniş bilgi için bkz. BİLGİN, age., s. 56 vd.

77 Hakkın özüne dokunma kavramı 1961 Anayasasında bulunmakta ve 1982 Anayasasında bulunmamasıyla birlikte, AYM "hakkın özü" kavramını "demokratik toplum düzeninin gerekleri" şeklinde anlamaktadır. AYM. 26.11.1986 gün, E.1985/8, K. 1986/27. Karar GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 4. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 1999, s.207'den alınmıştır; AYM'nin "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesine başvurduğu diğer kararları da mevcuttur; AYM., 6.10.1986 gün, E.1985/21, K.1986/23, RG. 14.3.1987-

1982 Anayasasında ölçülülük ilkesi açıkça yer almamakla birlikte, Anayasanın 13/2 ve 15/1 inci maddeleri konu hakkında belirli hususları düzenlemiştir: 13 üncü maddeyle, yapılacak sınırlamaların “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*”sı ve “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*”sı şeklinde iki anayasal sınır çizilmiştir. İşte burada, sınırlama amacının zorunlu olunan ve gerekenden öteye geçemeyeceğini ifade eden ölçülülük ilkesinin maddedeki “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*” ifadesi içinde yer aldığı ileri sürülmüştür<sup>78</sup>. Böylece, sınırlama için öngörülen amaç ileri sürülerek diğer bir amaca ulaşmak için bir temel hak ya da özgürlüğün sınırlandırılmayacağı şeklinde bir sınırlama getirilmiştir. Kanımca bu sınırlama, çok daha geniş kapsamlı olan ölçülülük ilkesinin yalnızca bir alt başlığını oluşturacağından ilkeyi tanımlamada yeterli değildir.

İlkeyi çağrıştıran ikinci ifade de Anayasanın 15 inci maddesinde yer almaktadır. Olağanüstü dönemleri konu edinen 15/1. maddede temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının kısmen veya tamamen durdurulmasının, “*durumun gerektirdiği ölçüde*” olabileceği ifadesi düzenlenirken ilkenin dikkate alındığı dikkat çekmektedir<sup>79</sup>. Burada durumun gerektirdiği kadar bir sınırlandırma uygulanması ilkenin alt ilkeleri olan gereklilik ve orantılı olması gerektiğini çağrıştırmaktadır. Ancak, anayasal düzenlemenin, ilkeyi tüm unsurlarını kapsayacak şekilde bir başka ifadeyle “*efradını cami*” bir tanım da bulunduğu söylenemez.

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının bütünüyle ya da kısmen durdurulmasının olağanüstü durumlarda bile “*durumun gerektirdiği ölçüde*” sınırlandırılabilmesinin, olağan dönemlerde bu sınırlandırma sınırının öncelikle dikkate alınmasını gerektirdiğinin açık olduğu ifade edilmiştir<sup>80</sup>. Böylece, amaçsal (gai) yorumla ilkenin Anayasanın ruhundan çıkarılabileceği ima edilmektedir.

Yukarıda özetlenen anayasal çerçeve, “*anayasal temel haklar rejimi*” oluşturmakla birlikte yeterli değildir. Bunun yanında, bir “*kanuni temel*

19400; AYM., 26.11.1986 gün, E.1985/8, K.1986/27, RG. 14.8.1987-19554; AYM., 6.6.1991 gün, E.1990/35, K.1991/13, RG. 27.10.1994-22094.

<sup>78</sup> GÜNDAY, age., s. 207.

<sup>79</sup> SAĞLAM, Fazıl, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, Bahri Savcıya Armağan, Ankara 1982, s. 437.

<sup>80</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 81; Bunun aksi görüş ise, ölçülülük “anayasa normlarının birinci koşulu olan ‘maddi varlık’ koşulunu bile yerine getiremediği” ve bu nedenle olağan dönemlerde sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesine uygunluk şartının bulunmadığı iddiası da bulunmaktadır. GÖZLER, age., 200.

*haklar rejimi*" de bulunmalıdır. Böylece bu yasal düzenlemeler, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kullanma usullerini göstermekte, ister diğer bireylerin isterse İdarenin elinden çıksın tecavüz ve ihlaller karşısında bireye bir koruma sağlamaktadır<sup>81</sup>. Gerçekten de, Anayasa normlarının somutlaşmasını sağlayacak diğer düzenlemelerle sınırlama ve sınırlamanın sınırı olacak özel durumlar belirlenmeli ve İdareye bu hassas konuda çok geniş bir imkan tanınmamalı kural olarak bağlı yetki verilmelidir. İstisnaen, yasalarla kısmi bir takdir yetkisi sağlanarak "*durumun gerektirdiği ölçüde*" hareket kabiliyetine sahip olması da tanınmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, Türk İdare Hukukuna Anayasa Yargısı yoluyla giriş yapmıştır. İlke hakkında doğal olarak ilk kararlar Anayasa Mahkemesince verilmiştir. Özgürlüğe getirilen sınırlamanın, özgürlüğü belirleyen durumla arasında bir oran bulunması ve getirilen sınırlamanın hak ve özgürlüğün varlığını zedelememesi anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi bu ilkeye, sınırlamanın zorunlu olup olmadığı, korunmak istenen genel çıkarla arasında bir orantı olup olmadığı ve bu sınırlamayla kamu düzeninin korunup korunamayacağını denetlemede başvurmuştur<sup>82</sup>. Anayasa Mahkemesinin bir diğer kararında<sup>83</sup> ilkeyle ilgili şu ölçütlere başvurulmuştur: "*Amaç ve sınırlama orantısının korunmasına ilişkin ölçülülük temel ilkesinin alt esaslarını oluşturan; bir kere yasal önlemin 'sınırlama amacına' ulaşmada elverişli olup olmadığını saptamaya yarayan elverişlilik; yine sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma yönünden zorunlu olup olmadığını arayan gereklilik-zorunluluk ve araç-amaç ilişkisinin ölçüsüz bir oranı içerip içermediği, bu yöntemle ölçüsüz bir yükümlülük getirilip getirilmediğini saptayan oranlılık esaslarıyla çelişen, çatışan kısıtlama veya sınırlamalarda, özetle elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ölçütleri...*" ifadeleriyle ilkenin kullanıldığı görülmektedir. AYM, ilkeyi tüm alt ilkeleriyle birlikte kullanmaktadır. Kanımca burada yabancı mahkeme kararları ve Türk Doktrini de etkili olmuştur. Yoksa, anayasal düzenlemenin bu ilkenin dolaylı da tümünü içerdiğini söylemek oldukça zordur.

AYM bir kararında<sup>84</sup> bu ilkenin sadece bir alt ilkesi olan orantılılık ilkesini, kısa bir tanımlamayla, "*...(A)maç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmedini belirleyen*

<sup>81</sup> BİLGİN, age., s. 48.

<sup>82</sup> KABOĞLU, Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Diyarbakır 1989, s. 68 ve 105.

<sup>83</sup> AYM., 4.10.1989 gün, K.1989/27; Karar için bkz. MEMİŞ, age., s.193.

<sup>84</sup> AYM., 23.6.1989 gün, E. 1988/50, K. 1988/27, RG. 20302, 4.10.1989, s. 11 vd.

'oranlılık' ilke(si)..." şeklinde ifade etmektedir. AYM de, sınırlama aracının, sınırlamanın amacı için elverişli ve gerekli olması gerektiğini, ayrıca araçla amaç arasında ölçülü bir oranın varlığını aramaktadır<sup>85</sup>. AYM bir diğer kararında da<sup>86</sup>, 3266 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun Ek 2 inci maddesindeki, "tekerrürü halinde bu cezalar üç misli tatbik edilir" şeklindeki ifadenin, küçükleri koruyucu, önleyici ve caydırıcı düzenleme ihtiyacı ile idari yaptırım uygulanarak ulaşılabilecek çözüm arasında adil ve kabul edilebilir bir dengenin bulunmadığı anlamına geldiğini ifade ederek düzenlemeyi iptal etmiştir. Bu ise, AYM' nin düzenlemelerde yaptırımların öngörülmesi durumunda ölçülülük ilkesini kullandığını ve bu ilkeye dayalı denetim yaptığını göstermektedir. AYM burada aşağıda inceleyeceğimiz elverişlilik ve oranlılık ilkelerini dikkate almıştır.

Yukarıda örnekleri verilen AYM kararları yanında, Yargıtay da ölçülülük ilkesine özellikle Ceza Hukuku anlamındaki cezaların denetiminde başvurmuştur<sup>87</sup>. Gerçek anlamdaki cezalarda ölçülülük konusunu ceza hukukçularına bırakarak Danıştay kararlarında ilkeye başvurulup başvurulmadığını ele alacağız. Türk Yüksek Mahkeme kararlarında yararlanılan ilkenin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay tarafından ne şekilde kullanıldığına kısaca değindikten sonra Türk İdare Hukukunda ve Danıştay kararlarında ilkenin yeri üzerinde duracağız.

<sup>85</sup> AYM., E.1991/6, K.1991/20, AMKD., S.27/1, s.395. Bu konuda bkz. ÖZAY, age., s.526.

<sup>86</sup> AYM., 11.2.1987 gün, E.1986/12, K.1987/4, AMKD., S.23, s.27 vd.

<sup>87</sup> Y.Ceza Genel Kurulu, 12.3.1996 gün, E. 1996/6-2, K. 1996/33; İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 6366 Sayılı Yasa ile onaylanarak yürürlüğe konulmuş ve Anayasanın 90 ıncı maddesi uyarınca yasa niteliğini kazanmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, 22.3.1996 gün E.1993/5, K.1996/1; Y.11.C.D, 26.6.1996 gün, E.1996/1171, K.1996/1137; Artık başta Alman, ABD ve Fransa ve İtalya olmak üzere kararlarda yüzeysel de olsa atıflara yer verilmektedir. Örneğin, Y. Ceza Genel Kurulu, 20.4.1992 gün, E. 1992/5-56, K. 1992/107; Y.İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, 22.3.1996 gün E.1993/5, K.1996/1; Diğer yandan, kararlarda doktrin eskiye göre daha fazla yer almaktadır. Y.Ceza Genel Kurulu, 24.10.1995 gün, E. 1995/7-165,K. 1995/302; Y.Ceza Genel Kurulu, 19.12.1994 gün, E.1994/6-322, K.1994/343: "Ne var ki, Ceza Yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı ve birey yararı arasındaki duralı dengelyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayınılırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer."; Aynı yönde, Y.Ceza Genel Kurulu, 24.10.1995 gün, E.1995/305, 1995/6-238; Y.4.C.D., 26.9.1994 gün, E. 1994/7114, K. 1994/7264; Adıgeçen kararlar, Yargıtay'ın İNTERNET web sitesinden Ekim 2000 tarihinde alınmıştır; [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr).

#### IV. TÜRK İDARE HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN KAPSAMI ve BAŞVURULDUĞU ALANLAR

##### A. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesi İdare Hukukunda en genel anlamıyla amaç-araç dengesini ifade etmede kullanılmaktadır<sup>88</sup>. İdare hakimi bu ilkeden, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, İdarenin takdir yetkisi, kolluk ve disiplin hukuku alanlarında yararlanmaktadır<sup>89</sup>. Kamulaştırma ve cebri icra durumlarında ve kamu yararı için mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmalarda da bu ilke dikkate alınmaktadır<sup>90</sup>. Gerçekten de, uygun taşınmazın tespiti ve taşınmazın ne kadarlık kısmının kamulaştırılacağı gibi İdarenin takdir yetkisine giren durumların ve takdir edilen bedelin de bir yönüyle yoksun kalınan fayda ile ölçülü olması gerekir.

İlke, idari faaliyetin vatandaşlar için hukukun öngördüğü sınırlandırmaya yönelen ve ulaşılmak istenen amaç için mutlak olarak gerekenden daha fazla bir yoksunluğa neden olmadan ölçülü olması gerektiği anlamını taşımaktadır. Aslında, hukuka aykırılığa karşı öngörülen hukuk düzenlemesinin katı bir şekilde uygulanması ve yine hukukun öngörmediği ve istenmeyen bir sonucun ortaya çıkmasına neden olması da bu çerçevede düşünülebilir. Böyle bir uygulamanın, idari yetkilerin kötüye kullanılmasını içerdiğinde kuşku yoktur<sup>91</sup>.

Bu ilke, işlemin sebep ve konu unsurlarını yakından ilgilendirmektedir<sup>92</sup>. Bazen de, İdarenin eylem ve işlemleri ölçülülük ilkesine uyulmaması nedeniyle ağır bir şekilde sakatlanmışsa, artık bu eylem ya da işlemin uygulanması "fili yol"a dönüşmekte ve böylece İdare ve kamu görevleriyle ilişkisi kalmayan bu durum, suç ve haksız fiile dönüştüğünden adliye mahkemelerinin görev alanına girmektedir<sup>93</sup>. Buradan, ölçülülük ilkesine uyulmamasının bazen işlemde bir sakatlık nedeni olduğu, bazen de işlemin idari olma özelli-

88 BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s. 245.

89 ERKUT, "Hukuka Uygunluk...", s.120.

90 CARDONA, Francisco; SYNNERSTRÖM, Staffan, "Administrative Law Principles and Civil Service Standards", <http://www.oecd.org/puma/sigmaweb/acts/civilservice/docs/cardona1.htm>, İT: Ekim 2000. T.2.

91 CARDONA; SYNNERSTRÖM, agm., T.2.

92 ÖZAY, Günışığında..., s. 481, dnt 755.

93 ÖZAY, Günışığında..., s. 498.

ğini kaybederek Ceza Hukuku ya da Özel Hukuk alanına taşıma derecesinde önemli olduğunu söyleyebiliriz.

Ölçülülük ilkesi, İdarenin sınırlayıcı kararı ile temel hak ve özgürlükler arasında denge kurmaya çalışır. Buradaki denge, korunan hak ve özgürlüğün olumlu şekilde güvence altına alınması emriyle, diğer bir yararın korunması için hak ya da özgürlüğün olumsuz olarak sınırlandırılması arasında kurulması gereken bir dengedir<sup>94</sup>. Kamu düzenini sağlamak için engellenmek istenen tehlike ile kişi hak ve özgürlüğü arasında bulunması gereken denge ve ölçüye öncelikle uyması gereken Yasama olmakla birlikte, ilkeye yalnızca Yasamanın uyması yetmez. Bu nedenle, ilkenin, bireyin günlük yaşamında sürekli karşısına çıkan ve yaşamını etkileyen İdarenin tüm faaliyetlerine egemen olması gerekir<sup>95</sup>.

İdare Hukukunda da başta kolluk alanı ve özellikle idari yaptırımlar olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerde de ölçülülük ilkesine yoğun şekilde başvurulmaktadır. Takdir yetkisi konusunda ise, diğerlerine göre daha az sıklıkta başvurulmaktadır. Bu konulara değinmekte fayda olduğu düşünce-sindeyiz.

### **B. Temel Hak ve Özgürlükler Konusunun Denetlenmesinde**

Temel haklar ve özgürlükler uluslararası düzeyde de güvence altına alınmıştır. Bunun sonucu olarak iç hukukta hakimler tarafından ulusal düzeyde dikkate alınmak zorundadır<sup>96</sup>. İnsan hakları, temel hak ve özgürlüklerin korunması konuları, uluslararası boyutta bakıldığında öncelikli bir amaç olmaktadır. Bu amaçlara ulaşılması, ülkelere uluslararası düzeyde kabul gören bu tür ilkelerin iç hukuk düzenlemesi gibi dikkate alınması ve uyumlaştırılmasını, ayrıca kesin ve aktif bir katılım sürecini zorunlu kılmaktadır<sup>97</sup>.

1982 Anayasasının 15 inci maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması, durumun gerektirdiği ölçüde durdurulabilmektir. Bir hakkın kullanılmasının sınırlandırılması olağanüstü rejimlerde bile, ancak yasanın

---

<sup>94</sup> RUMPF, agm., s. 41.

<sup>95</sup> TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3 üncü Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s.168.

<sup>96</sup> ENGUÉLÉGUÉLÉ, Stéphane; LOURDEL, Stéphanie, "Three Recent Argument for The Expansion Of Human Rights in French Criminal and Administrative Law", T. Conclusion, <http://www.law.gonzaga.edu/borders/3cases.htm>, İİT:Ekim 2000, "The Use of Human Rights Law by French Administrative Judges" adlı bölümden.

<sup>97</sup> ENGUÉLÉGUÉLÉ; LOURDEL, T. Conclusion.

açık düzenlemesinden kaynaklanabilir<sup>98</sup>. İdare, kendisine yasanın verdiği bir yetki olmaksızın temel hak ve özgürlüklere müdahale ederse artık bir fonksiyon gaspından söz edilir<sup>99</sup>. Olağanüstü rejimde bile kısıtlamanın, '*durumun gerektirdiği ölçüde*' olabileceği düşünüldüğünde olağan zamanlarda '*ölçülülük*' ilkesine öncelikle yer verilmesi rahatlıkla savunulabilir<sup>100</sup>.

İdare, Anayasanın 13. maddesindeki sınırlandırma sebeplerine dayanarak temel hak ve özgürlük üzerinde yapacağı sınırlandırmada, bir yandan maddedeki Anayasal sınırlara diğer yandan özel sınırlara uymak zorundadır. Genel anayasal sınırlar "*demokratik toplum gerekleri*", "*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*"dır. Bunun yanında özel sınırlar müdahaleye açık olup olmamalarına göre çizilmektedir. Anayasada koruyucu ek güvencelerin tanındığı bazı hak ve özgürlüklerin bulunması da İdarenin kolluk faaliyeti şeklindeki müdahalesini engellemektedir<sup>101</sup>. Olağanüstü yönetim usullerinde bile, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülü olunması, sınırlamanın gerekli, oranlı ve elverişli olması aranmaktadır<sup>102</sup>. Bu durumda ister olağan, isterse olağanüstü durumlarda olsun İdare de Devletin diğer organları gibi Anayasa ve yasayla getirilen kısıtlamalarda ölçülülüğe uymak zorundadır. Anayasanın 13. maddesi bu yönüyle incelendiğinde AİHS paralelinde kural olarak son derece çağdaş ve gelişkin ilkeler koyduğu ortaya çıkmaktadır. Bu konuya AİHM kararları örnekleri ile tekrar döneceğiz.

<sup>98</sup> DİBK., 28.2.1991 gün, E.1990/1, K.1991/1, DD., S.82-83, s.116; Örneğin İdare, Pasaport Kanunu'nun 22 inci maddesinde yurtdışıma çıkma özgürlüğünü engelleyen düzenlemeye dayanarak seyahat özgürlüğünü kısıtlayabilmekte ya da kaldırılabilmektedir. Bir özgürlüğün kullanılması yasal düzenlemeyle getirilen bir yaptırım ile yalnızca yasada belirtilen durumlar ve belirtilen kişiler açısından bir sınırlandırma getirebilir. D.10.D, 6. 3.1989 gün, E.1989/291, K.1989/463, DD., S.76-77, s.767.

<sup>99</sup> GÜNDAY, age., s. 206.

<sup>100</sup> Bu konuda Anayasa Komisyonu da 13 üncü maddenin gerekçesinde, meşru bir amaçla bile olsa yapılan sınırlandırmanın amacın zorunlu ya da gerekli kıldığı kadar olacağını ve amaç ile sınırlama arasında orantının korunması gerektiğini bildirmiştir. MEMİŞ, age., s.194.

<sup>101</sup> Örneğin Anayasanın basının sansür edilemeyeceği, basımevi kurmanın şart bağlanamayacağı, süreli ve süresiz yayınların önceden izin alma şartına bağlanamayacağı, demek kurmanın izne tabi olmadığı, ve izin almadan herkesin toplantı ve gösteri yürüyüşünde bulunma hakkına sahip olduğu düzenlemeler İdarenin kolluk faaliyetinde bulunamayacağı düşünülen "ek güvenceler" olarak ele alınmıştır. GÜNDAY, age., s. 209.

<sup>102</sup> ÖZAY, age., s.528; Olağanüstü yönetimlerde insan hakları konusunda geniş bilgi için bkz. YOKUŞ, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul 1996 ve AYBAY, Rona, "Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları", 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1990.



### **C. Kolluk ve Özellikle İdare Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi**

#### **1. Genel Olarak Kolluk Uygulamalarında Ölçülülük İlkesi**

Kamu düzeninin gerçekleştirilmesinde kolluk güçleri de temel hak ve özgürlükleri usulüne uygun olarak sınırlandırmalı ve ortaya çıkmış olan ve engellenmek istenen tehlikenin durumuna uygun olarak kolluk yetkilerini ölçülü olarak kullanmalıdır<sup>103</sup>. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunu düzenleyen 13 üncü maddede, bu sınırlandırmayı doğal olarak yapacakların başında gelen birimlerden olan kolluktan söz edilmemesine rağmen, maddenin kolluk alanını içerdiği, içerik ve amacından anlaşılıyor. İlkenin kolluk alanında etkin denetimin önemli araçlarından biri olduğu kolaylıkla söylenebilir.

Kolluk yetkilerinin gerek kullanıldığı an, gerekse kullanıldıktan sonra denetlenmesinde bu ilkenin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu ilke, “*olmazsa olmaz*” bir unsur niteliğindedir<sup>104</sup>. Gerçekten de, kamu düzeninin öncelikle bozulmasının engellenmesi, bozulduktan sonra da yeniden kurulması, çoğunlukla yaptırım ve güç kullanılması ve bireye getirilen sınırlamalarla sağlanabilir. Önleme işlevi ve önlemeye yetecek ölçüde bir güç ve yaptırımı içermesi gereken bir sınırlamadan söz edildiğinde de artık ölçülülük ilkesi öne çıkmaktadır<sup>105</sup>.

İdarenin tavrının ölçülü olması, uyarma, zaman tanıma, uyarıyı dikkate alanlara bu yönde yardım edilmesi ve daha sonra ısrarlı olanlara hafiften ağıra doğru giden bir kademelendirmeye güç ya da yaptırıma başvurulmasını gerektirir<sup>106</sup>. Daha hafif önlemlerle olayın çözülmesi mümkün olmasına rağmen, daha ağır önlemler alınması tercih edilmişse, bu ilkeye aykırı davranılmıştır<sup>107</sup>. Bir temel hak ya da özgürlüğü daha az sınırlayıcı bir önlemlerle kamu düzeni sağlanabiliyorken daha ağır bir kolluk önlemine başvurulması hukuka aykırıdır. Güzergahı değiştirmek o gösteri yürüyüşünün kamu düzenini bozmasını engellemeye yeterli ise, yürüyüşün yasaklanması hukuka aykırı olmaktadır. Bir başka ifadeyle, alınan kolluk önlemi ile engellenmek istenen eylem ya da durumun ağırlığı arasında oranlılık bulun-

<sup>103</sup> DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayını, İstanbul 1982, s. 248-265.

<sup>104</sup> ÖZAY, Günışığında..., s. 526.

<sup>105</sup> ÖZAY, Günışığında..., s. 481, dnt. 755.

<sup>106</sup> Yerindelik ise, “kamunun maddi düzenini bozma tehlikesinin sözkonusu olduğu durumlarda o an için yapılması en uygun sayılan davranış biçimidir”. ÖZAY, Günışığında..., s.495-496.

<sup>107</sup> YOKUŞ, age., s. 30.

malıdır<sup>108</sup>. Yine aynı şekilde, kolluğun yalnızca uyarıyla ya da su sıkarak dağıtabileceği göstericileri copleyarak dağıtması gibi kademelendirmeye başvurmadan adeta merdivenin basamaklarını atlaması, işlem ya da eylemi hukuka aykırı kılar.

İdare hakimi, “*temel hak ve özgürlükleri koruma misyonunu*” yerine getirirken kolluk yetkisinin kötüye kullanılması, yetki saptırması, maddi durum ve olayın koşullarını incelemesi ve özellikle sebep unsuru üzerinde durmalıdır<sup>109</sup>. İdari yargı yerleri, bireylerin kamu düzenini bozacak nitelikteki tutum ve davranışlarını önlemek amacıyla kolluk tarafından uygulanan önlem ve kararların kamu düzenini bozan “*tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı ve etkili*” olup olmadığını ve bireylerin hak ve özgürlükleri üzerindeki sınırlama ve kısıtlamanın gereken ölçüde olup olmadığını denetleyecektir<sup>110</sup>.

İdari yargı, kolluk alanında diğer konulara göre daha geniş ve etkin bir şekilde denetim yapma yetkisine sahiptir. Kolluk önlem ve kararlarının yerindelikle yakın ilişkisi hukuka uygunluğun ya da aykırılığın daha etkili usullerle incelenmesini gerektir. Bu nedenle, idari yargı hakimi bu alanda, keşif ve bilirkişi gibi yollara başvurarak maddi olguları tespit ve takdir edebilir<sup>111</sup>. İdarenin “*tutum ve davranışları*” ile amaç<sup>112</sup> arasında doğrudan bir ilgi ve ölçü bulunması, yerindelikle birlikte “ölçülülük” olarak ele alınır. Bu iki kavram birbiriyle yakından ilişkilidir ve İdarenin tavrı ile ulaşılmak istenen sonuca yetecek kadarına başvurulması, İdarenin tutumunun ölçülü olduğunu göstermektedir. Birisinde hata edilmesi diğerinde de sakatlık doğurarak sonucun hukuka aykırı olmasına yol açmaktadır<sup>113</sup>.

İdarenin, Anayasanın tanıdığı hak ve özgürlüklere karışma ve kısıtlama hakkına en fazla kolluk alanında sahip olması, bu alanda ölçülülük ilkesini daha da önemli kılmaktadır. İdarenin bu alanda silah kullanmaya kadar varabilen yetkilerini kullanabilmesi, bir yandan kolluğa egemen olan yetki kurallarını, diğer yandan da ölçülülük ve yerindeлик ilkelerinin idari yargıda denetlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ilkelerin idari yargı tarafından

<sup>108</sup> GÜNDAY, age., s. 210.

<sup>109</sup> DURAN, Ders Notları, s. 262.

<sup>110</sup> DURAN, Ders Notları..., s. 261.

<sup>111</sup> DURAN, Ders Notları..., s. 262.

<sup>112</sup> Kolluk faaliyetlerinde amaç unsurunun İdarece kullanılan kamu gücünün meşru ya da “hukuk dışı” olarak nitelendirilmesinde belirleyici bir rolü olduğu ifade edilmektedir. ÖZAY, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde “Amaç”, İÜ. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLV-XLVII, İstanbul 1982, s. 315-319.

<sup>113</sup> ÖZAY, Günışığında..., s.496

kolluk alanında büyük bir duyarlılıkla korunması ve dikkate alınması gerekir<sup>114</sup>.

## 2. İdari Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi

Ceza Hukuku dışında ayrı bir İdari Ceza Hukuku bulunup bulunmadığı<sup>115</sup> tartışması bir yana, ölçülülük ilkesinin en yoğun başvurulduğu alanın Ceza Hukuku ve bunun yanında İdare Hukuku olduğu açıktır<sup>116</sup>. Ceza yaptırımları, sosyal düzeni bozan, “*vahim*” nitelikteki ihlallerin karşılığını oluşturmaktadır. İdari yaptırımlar ise, genellikle önleyici nitelikte olup<sup>117</sup> ceza yaptırımlarına göre daha küçük ihlalleri yaptırım altına almaktadırlar.

İdari yaptırımlarda da ceza yaptırımları gibi<sup>118</sup>, doğan zararın genişliği ile dengeli, orantılı bir yaptırım uygulanması gerekir<sup>119</sup>. Gerçekten, idari yaptırımlar da, idari ihlalin doğurduğu zararın genişliği ile orantılı bir yaptırım uygulanmasını gerektirir<sup>120</sup>. Gerek ceza yaptırımları, gerekse idari yaptırımlarda hukuka aykırı eylemle yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır<sup>121</sup>. İdarenin hürriyeti bağlayıcı cezalara yetkili olamaması, -her ne kadar hakkın özü kavramı 1982 Anayasasında yer almasa da-, “*hakkın özüne dokunur*” nitelikte ya da temel hakları etkileyen alanlarda bir idari yaptırım uygulanamaması<sup>122</sup> “*ölçülülük*” kapsamında düşünülebilir. Kuşkusuz, idari yaptırımları basit ya da küçük ihlaller olarak nitelendirdikten sonra, bunlar için hürriyeti bağlayıcı nitelikte ya da bazı temel hakları ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hale getiren bir yaptırım uygulanması ölçüsüz olarak nitelendirilebilir.

<sup>114</sup> ÖZAY, Günışığında..., s. 495..

<sup>115</sup> Tartışmalar için bkz. OĞURLU, Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s.28 vd.

<sup>116</sup> OĞURLU, age., s.28 vd.

<sup>117</sup> DONAY, Süheyl, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHF, Cilt 37, Sayı 1-4, 1972, s.425.

<sup>118</sup> İdari yaptırım ve gerçek anlamda ceza yaptırımı için bkz. OĞURLU, Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayırımı”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, 1999, s.143-195.

<sup>119</sup> NAZAROĞLU, Yavuz, “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, DD., Y.4, S.14-15, 1974, s.104.

<sup>120</sup> NAZAROĞLU, agm., s.104.

<sup>121</sup> ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, İÜ Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No; 691, İstanbul 1985, s.59.

<sup>122</sup> ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.114.

Viyana 14 üncü Uluslararası Ceza Kongresi kararlarında da idari yaptırımlar dahil olmak üzere, “sınırlandırmalar” başlığı altında bütün yaptırımların, makul olması gerektiği ve “ihlalin ağırlığı ile failin kişisel durumuna uyma(sı)” gerektiği belirtilmiştir<sup>123</sup>. Buradan da İdarece kişinin sübjektif durumunun dikkate alınması, orantılı ve makul olması gerekleri, aslında ölçülülük konusunu işaret etmektedir.

Gerçekten de, İdare Hukuku alanında belki ölçülülüğün uygulanıp uygulanmadığının en somut ve rahat olarak denetlenebileceği ve sıklıkla başvurulabileceği alanın idari yaptırımlar olması gerekir. Burada, uyarma cezası alması gereken öğrenci ya da kamu görevlisinin okuldan ya da meslekten çıkarılma gibi bir yaptırımla karşı karşıya kalması örneklerindeki gibi, yaptırımı gerektiren eylem ya da davranışın engellenmesi, ortaya çıkmasından sonra da yaptırımla ıslah ve diğerlerini caydırma gibi diğer amaçları gerçekleştirmeye yetecek kadar bir yoksunluk doğurması, ulaşılmak istenen meşru amaçtır. Burada kolluk faaliyetlerindeki göre ölçülülük konusunda daha kolay bir tespit sağlanabilir. Örneğin, yasal olmayan bir gösteri yürüyüşünde kolluk personelinin müdahalesinde, hangi önlemin amacı gerçekleştirmeye yeteceğini, bir başka ifadeyle, ölçülü olacağını kararlaştırmak, çoğu kez ispatı da zor olan ve olay anında üzerinde uzun uzadıya düşünülerek verilmesi zor olan bir karardır. Halbuki, bir disiplin cezası ya da diğer bir idari yaptırımında bu kararın ortaya çıkış süreci daha uzun süreye yayılabilmekte ve belge, rapor ve diğer ispat araçlarıyla daha kolay bir usulde olayın gerçekliği ve yaptırımın gerekliliği tespit edilebilmektedir.

#### **D. İdarenin Takdir Yetkisine Dayandığı İşlemlerinde**

Kamulaştırma ve cebri icra durumlarında ve kamu yararı için mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmalarda ölçülülük ilkesinin dikkate alındığını yukarıda ifade etmiştik. Gerçekten de, kamulaştırmada uygun taşınmazın tespiti ve taşınmazın ne kadarlık kısmının kamulaştırılacağı gibi İdarenin takdir yetkisine giren durumların ve takdir edilen bedelin de bir yönüyle yoksun kalınan fayda ile ölçülü olması gerekir. Yine aynı şekilde, kamu alacağının tahsilinde cebri icra usulü de ölçülü olmalı, hacedilen ve paraya çevrilecek değerlerin alacağı karşılama yetecek kadar ve borçluyu en az zarara uğratacak şekilde olması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi durumlar, kamulaştırmanın da cebri icranın da bir yaptırım gibi kullanılması sonucunu doğuracaktır ki, bu da işlemi bir çok unsuru yönüyle sakatlar.

Temel hak ve özgürlükler konusunun denetlenmesinde, idare hakimi, temel hakkın sınırlandırılmasında takdir yetkisinin ne şekilde kullandığını

<sup>123</sup> 14. Uluslararası Ceza..., s.7.

denetlerken de ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Kuşkusuz, İdarenin sınırlamadaki yetkisi, Anayasanın güvence altına aldığı bir kamu yararının Anayasayla ve yasayla belirlenen takdir yetkisi sınırlarını taşamayacaktır<sup>124</sup>.

Bir açıdan bakıldığında ilke, İdarenin takdir yetkisine yön vermektedir. Yasayla İdareye tanınan ve İdareyi şekli yasal düzenlemelere bağlılıktan daha esnek bir hareket serbestisine ulaştıran takdir yetkisi, bireye hukuksal koruma sağlayan diğer düzenlemelerle sınırlandırılabilir. Burada takdir yetkisi tanıyan yasayla hak ya da özgürlüğü düzenleyen başka bir yasa arasında çatışma çıkması söz konusu olmakta ve problemin çözümünde iki yol bulunmaktadır: İlk yol, düzenlemelerden birine normlar hiyerarşisi içinde üstünlük tanımak. İkinci yol ise, düzenlemeler eşdeğerde sayılmakla birlikte yararlar dengesi dikkate alınarak birisine ağırlık tanınması. İkinci yolun daha makul olduğu söylenebilir. Burada da, dengelerin gözetilmesinde İdare ve idare hakiminin yararlanacağı unsur ve ölçütlerin önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesi faydalı olacaktır<sup>125</sup>. Bu nedenle, ölçülülük ve alt ilkeleri yasal düzenlemelerle tespit edilerek belirlenmelidir.

Bunun yanında hak ve özgürlükler alanı dışında da, İdarenin takdir yetkisine dayandığı işlemlerinde de maddi olguları değerlendirirken yaptığı hatalar, "ölçülülük denetimi" adı altında yargı denetimine tabi tutulmaktadır<sup>126</sup>.

## V. DANIŞTAY KARARLARINDA İLKENİN YERİ

Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesine adından çoğu zaman ölçülülük olarak söz edilmese de içeriği itibariyle başvurulmaktadır<sup>127</sup>. Ancak, Danıştay'ın tespit edebildiğimiz ilgili kararlarının hemen tümünde ölçülülük ilkesinin bir alt başlığı olan orantılılık üzerinde durulmuştur. Bunun yanında, sınırlama aracının elverişli ve gerekli olması anlamına gelen diğer alt başlıklara değinilmeden yalnızca orantılılık konusunun ele alınması, bu kararlarda çoğu kez orantılılık ile ölçülülüğün bir tutulduğu ve aynı denetimin daha dar alanda orantılılık adıyla yapıldığını göstermektedir.

Bizdeki uygulamaya bakacak olursak, Danıştay'ın bu alt ilkeye çoğu kez disiplin cezalarında başvurduğu görülür. İdarenin karar vererek uyguladığı idari yaptırım ile sonuç arasında adil bir dengenin var olup olmadığı ile sonucun olması gerekenden çok daha ağır öngörülmesi durumunu orantılı ol-

<sup>124</sup> RUMPF, agm., s. 47.

<sup>125</sup> RUMPF, agm., s. 46.

<sup>126</sup> ERKUT, "Hukuka Uygunluk...", s.109.

<sup>127</sup> D.8.D, 14.12.1993 gün, E.1993/1617, K.1993/4214, DD., S.90, s.879.

mama olarak değerlendirmekte ve adil dengenin olmamasına dayanılarak denetim yapılmaktadır. Örneğin, bir yıl okuldan uzaklaştırılması gereken öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesi<sup>128</sup>, öğrencinin bir dergide yayınlanan yazısı gerekçe gösterilerek bir yıl süre ile okuldan uzaklaştırılması<sup>129</sup> gibi örneklerde Danıştay, disiplin cezası ile disiplin suçunu gerektiren eylem ya da davranış arasında adil bir dengenin varlığını aramaktadır.

Danıştay bir kararında<sup>130</sup> şunları belirtmektedir: “Devlet memuru olan davacıya, hizmetin özelliğine aykırı olan bu davranışı nedeniyle disiplin cezası verilmesi yerinde ise de, suçla verilen ceza arasında adil bir denge bulunması gerektiğinden daha hafif bir ceza ile cezalandırılması hakkaniyet gereğidir.” Yüksek Mahkemenin sözünü ettiği “adil denge”, idari ihlal ile uygulanan yaptırım arasında bir denge ve oran bulunması gerektiğini ifade eden ve ölçülülük ilkesinin bir alt görünümü olan orantılılık ilkesidir.

Danıştay ve idare mahkemeleri özellikle disiplin cezaları hakkındaki kararlarında, disiplin cezası ile eylem arasında bir denge kurulması gerektiğini, bir başka deyişle ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir<sup>131</sup>. Bir ilk derece mahkemesince verilen kararda da belirtildiği gibi<sup>132</sup>, “işlenen fiil ile verilen ceza arasında uyum bulunması(nın)”, disiplin hukukunun “bilinen ilkelerinden” olduğu ifade edilirken kullanılan ölçüt aslında ölçülülük ilkesinden başkası değildir.

Danıştay kararlarında başka örnekler de bulunabilir: “(A)ncak suç ile ceza arasında bir denge bulunmadığı...”<sup>133</sup>; memurun eylemi ile verilen disiplin cezası arasında adil bir denge bulunması gerektiği<sup>134</sup>; okul dışında ve kayıttan önce işlenen bir suça dayanarak okulla ilişkisinin kesilmesinde ceza ile suç arasında adil bir denge bulunmadığı<sup>135</sup> dile getirilirken ölçülülük ilkesi dikkate alınmakta ve ilkeyi gözönünde bulundurmeyen İdarenin işlemi açıkça sakatlanmaktadır. Danıştay’ın ölçülülük hakkındaki bir diğer

<sup>128</sup> D8D., 5.2.1990 gün, E. 1988/820, K. 1990/1445, DD., Y. 21, S. 80, s. 305.

<sup>129</sup> D8D., 24.4.1985 gün, E. 1984/497, K. 1985/437, DD., Y. 13, S. 50-51, s. 389.

<sup>130</sup> D.8.D., 14.12.1993 gün, E.1993/1617, K.1993/4214, DD., S.90, s.879.

<sup>131</sup> D.8.D., 28.3.1980 gün, E.1980/186, K.1978/988, DD., S.40-41, s.91; D.12.D., 22.1.1970 gün, E.1969/627, K.1970/120, DD., S.1, s.369.

<sup>132</sup> Ankara 5 inci İdare Mahkemesi, 16.9.1998 gün, E.1998/297, K.1998/743, Yayınlanmadı.

<sup>133</sup> D.8.D., 1.2.1984 gün, E.1983/212, E.1984/178, DD., S.56-57, s.313.

<sup>134</sup> D.8.D., 11.12.1997 gün, E.1995/3680, K.1997/3928, DD., S.96, s.408.

<sup>135</sup> D.8.D., 24.2.1984 gün, E.1984/341, K.1982/2833, DD., S.56-57, s.320

kararında da<sup>136</sup> "...suç ile ceza arasında bulunması gereken denge ve makul oranın göz önünde bulundurulması gerek(tiği) ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi Danıştay bazen, ölçülülük ile oranlılığı aynı kavramlar olarak değerlendirmekte ve elverişlilik ile gereklilik alt ilkelerine değinmektedir.

### SONUÇ

İdare, faaliyetlerini devam ettiği sürece, temel hak ve özgürlüklere zorunlu olarak, bazen isteği dışında, bazen de keyfi olarak müdahale edebilir. Müdahalenin olduğu yerde ise, müdahalenin sınırlarının da belirlenmesi gerekir. İdari faaliyetlerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında iki önemli sınırlandırma nedeni olan kamu yararı ve kamu düzeni doğrudan ya da bazen dolaylı sınırlandırmalar öngörebilir.

Ölçülülük ilkesi, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında başvuru aracın, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması; amaca ulaşmak için gerekli olması; araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunmasını ifade eder. İdarenin işlem ve eylemiyle hedefe ulaşmada en hafif önlem ve sınırlamaya başvurmasını gerektirir.

Temel hak ve özgürlükler konusunda sınırlama ile bireysel fayda arasında bulunması gereken denge ve ölçüye öncelikle Yasama uymalıdır. Ancak, ilkeye yalnızca Yasamanın uyması yetmez ve bireyle daha sık yüzyüze gelen İdarenin bu ilkeye uyması beklenir. İdare, kamu düzenini tehdit eden durumu ortadan kaldırmak için temel hak ve özgürlüğü gereğinden fazla sınırlandırılmışsa, işlemin ölçüsüz olduğu ortaya çıkar.

İlke kanun koyucuya olduğu gibi, İdareye de bir sınır çizmektedir. Genel nitelikte bir hukuk ilkesi özelliğiyle yardımcı bir ölçüt olmaktadır. İdareye bir yetki vermemekte ve aksine bir sınır çizmektedir. Bu sınır hak ve özgürlüklerin maddi alanı ile İdarenin sınırlandırıcı müdahalesi arasında denge kurmaktadır.

İdari yargıda bir denetim aracı olmaya başlayan ilkenin Anayasal bir pozitif temeli bulunmasa da, hukuk devleti, adalet, iyilik ve insan haysiyeti gibi bir dayanağa bağlanması ilkenin bireyi koruyucu önemini azaltmamaktadır.

İlke ilk kez Almanya'da uygulanmakla birlikte, bugün Fransa, Hollanda, İspanya, İtalya, İsviçre ve Avrupa Birliğine üye olan diğer ülkelerce de hukukun genel ilkelerinden biri olarak görülmeye başlanmıştır. Hatta bu kadarla kalmayıp Avrupa dışına da taşmış ve bugün ABD, Kanada ve Avustralya'da da uygulanmaya başlanmıştır. Avustralya örneği, hukuktaki küre-

<sup>136</sup> D.5.D., 18.1.1971 gün, E.1968/5769, K.1971/220, AID. C.4, S.1, 1971, s.25.

selleşme etkisini ortaya koymasından önemlidir. Avustralya'da hakimler "Common Law" kurallarını açıklamak ya da formüle etmek için ulusalüstü kararlar ile uluslararası ve bölgesel sözleşmelere başvurmuşlardır. Böylece, Avustralya'da hakimler yeni hukuksal form ve kavramları bir yandan "Common Law" etkisi, diğer yandan AB mevzuatı ve AİHM kararları yoluyla iç hukuklarına aktarmaktadırlar. Kararlarında, zorunlu olmamalarına rağmen bu Sözleşme ve Birlik mevzuatını dikkate almaktadırlar ve uygulamaya da başlamışlardır. Hukukun küreselleşmesi eğilimi de yeni kavramların yayılmasını kolaylaştırmaktadır.

Türk ve Fransız İdare Hukuklarından oldukça farklı bir sisteme sahip olan İngiliz idare mahkemelerinin, Avrupa Birliğine üyelik ve Birlik Hukukunun İngiliz Hukukuna doğrudan etkisinin bir sonucu olarak ölçülülük ilkesini kullanmaya başladıkları görülmektedir. AB'nin supranasyonal niteliği ve AİHS'nin sağladığı etkin koruma ve sözü geçen iki sistemin de insan hakları konusundaki duyarlılığı, tanınan koruma sistemlerinin iç hukuka yansımaları sonucunu doğurmaktadır. AİHM, hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında ölçülü olup olmadığını tüm alt ilkeleriyle birlikte denetlemekte ve takdir yetkisinin sınırlarına dikkat edilip edilmediğini özellikle incelemektedir.

AİHM ve ABAD'ın İngiltere aleyhine verdiği kararlar, bu ülkeyi ölçülülük ilkesini dikkate almaya zorlamıştır. Avrupa ülkeleri içinde en fazla Mahkeme önüne giden ülkelerden İngiltere'nin Sözleşme hükümlerini uygulamama nedeniyle sık sık tazminata mahkum olması, İngiltere'yi insan hakları konusunda daha fazla ilgilenmeye zorlamış ve iç hukuk düzenlemelerinde değişiklikler yapmak zorunda bırakmıştır. AB mevzuatı içinde AİHS'nin de yer alması İngiliz mahkemelerini bu hukuku uygulamak zorunda bırakmakta ve sonuçta Sözleşme hükümleri İngiliz makamlarınca istenmese de zorunlu olarak uygulanmaktadır.

Hukuka ve usule uygunluk ile makul oluş doktrini İngiliz hakiminin idari faaliyetin denetlenmesinde başvurduğu alışkın olduğu konulardır. Ancak AİHS hükümleri, İngiliz hakimine, alışkın olduğu geleneksel denetimin dışında yeni yükümlülükler getirmektedir. İngiliz mahkemeleri, sınırlamanın özgür demokratik toplumdaki kamu yararını sağlamaya yetecek kadar olmasını denetlemektedir. Sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığını da incelemektedir. Artık hakimler, bu sayılanlardan bağımsız olarak ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını da denetlemektedir. Bu ilke, İngiliz Hukuku açısından işlemin oluşum aşamasının hukuka uygunluğu ve kararın geçerli olup olmadığının tespitinde bir ölçüt halini almaya başlamıştır.

Ölçülülük ilkesi İngiliz İdare Hukukunda uygulanan "makul oluş doktrini"ne benzetmekle birlikte ölçülülük testi daha fazla titizlik gerektirmekte



ve daha ayrıntılı bir denetim imkanı sunmaktadır. İngiliz hakimleri ilkeyi uygulamaktan uzun süre kaçınmış, ancak Avrupa Birliği yoluyla iç hukuklarına girmesine engel olamamışlardır. Sonuç, ilkenin muhafazakar kimlikli İngiliz Hukukuna bir şekilde girmesi şeklinde olmuştur.

İdarenin müdahalesinin sınırlarının tespitinde, “*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ifadesi ile şu anda Anayasada yeralmayan “*hakkın özü*” kavramlarından halen yararlanılmaktadır. Diğer yandan, sınırlamaların “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*”sı ve “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*”sı da önemli iki anayasal sınırı ortaya koymuştur.

“*Durumun gerektirdiği ölçüde*” sınırlandırmanın yapılacağı ifadesi ilkeyi çağrıştırmakla birlikte yalnızca, gereklilik ve orantılılık ilkelerini kapsamaktadır. Ancak, olağanüstü durumlarda bile “*durumun gerektirdiği ölçüde*” sınırlandırılabilmesi ifadesinden amaçsal bir yorumla, ölçülülük ilkesinin kastedildiği çıkarılabilir. “*Anayasal temel haklar rejimi*” yanında “*kanuni temel haklar rejimi*” de yasalarla önceden belirlenmiş olmalıdır. Bu şekilde, Anayasa normlarının somutlaşmasını sağlayacak düzenlemelerde, sınırlamalar ve sınırlamanın sınırlarını tespitte araç olacak ölçütler belirlenmelidir. İdareye temel hak ve özgürlükler alanında çok geniş bir imkan tanınmamalı, kural olarak bağlı yetki verilmelidir. Bunun istisnası olarak, kolluk faaliyetindeki gibi fiili ve derhal müdahaleyi gerektiren durumlar için yasalarla takdir yetkisi tanınarak “*durumun gerektirdiği ölçüde*” hareket kabiliyetine sahip olması da olağan karşılanmalıdır.

Anayasadaki ifadeler, ölçülülük ilkesini tüm unsurlarıyla kapsamaz ve ilkenin yalnızca bir alt başlığını oluştururlar. Bu nedenle, bir yoruma gerek bırakmayacak tarzda, ilkenin alt başlıkları ile birlikte, açıkça Anayasal ve yasal düzenlemelerde yerini alması gerektiğini düşünüyoruz.

İlke hakkında hukukumuzda ilk kararları veren yargı organı Anayasa Mahkemesidir. AYM, özgürlüğe getirilen sınırlamanın zorunlu olup olmadığı, korunmak istenen kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlamanın orantılı olup olmadığı ve bu sınırlamayla kamu düzeninin korunup korunamayacağını denetlemekte bir araç olarak başvurmuştur. AYM, ölçülülük ilkesine başvurarak ilkeye dayalı denetim yaparken gereklilik, elverişlilik ve orantılılık alt ilkelerini de dikkate almaktadır. AYM dışında, diğer Yüksek Mahkemeler de bu ilkedен yararlanmaktadır. Yargıtay ölçülülük ilkesine gerçek anlamda cezaların denetiminde başvurmuştur.

Ölçülülük ilkesi, İdare Hukukuna Anayasa Yargısı yoluyla giriş yapmıştır. Artık, Türk İdare Hukukunda amaç-araç dengesini ifade etmede kullanılan bu ilkedен, idare hakimi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması,

İdarenin takdir yetkisinin denetlenmesi, kolluk ve idari yaptırımların uygun ağırlıkta, sonuca yetecek kadar, uygulanmalarının gerekli olup olmadıklarını ve kademelendirmeye başvurulup vurulmadığını denetleme alanlarında yararlanmaktadır. Ölçülülük ilkesine uyulmamasının bazen işlemde bir sakatlık nedeni olduğu, bazen de fiili yol örneğindeki gibi işlem ya da eylemin niteliğini değiştirecek kadar önem arz etmektedir.

Takdir yetkisi konusunda, diğerlerine göre daha az sıklıkta başvurulduğu görülmektedir. Bizde uygulamaları ve yargı önünde ileri sürülmesi daha az olan ancak aslında kamulaştırma ve mülkiyet hakkına getirilen diğer sınırlandırmalarda da İdareye ölçülü olma yükümü düşmekte ve bu yönüyle denetlenmektedir. Uygun taşınmazın tespiti ve taşınmazın ne kadarının kamulaştırılacağı gibi İdarenin takdir yetkisine giren hususların ve yine takdir edilen bedelin bireyin yoksun kaldığı fayda ile ölçülü olmasını gerektirir. Kamu alacağının tahsilinde cebri icra usulü uygulanırken, alacağı karşılamaya yetecek kadar değer haczedilmesi ve borçlunun en az zarara uğrayacak tarzda hacze maruz kalması da aslında ölçülülük kapsamındadır. Kamulaştırma ve İdarenin cebri icra yetkisinin bir yaptırım gibi kullanılması, işlemi bir çok unsuru yönüyle sakatlayacağı gibi burada ölçülülük denetimi de bireye bir koruma sağlayacaktır. Bu alanlardaki denetime Danıştay kararlarında sıklıkla rastlanmamaktadır. Bu alanlarda da ilkedен yararlanılmaya başlanması durumunda ilkenin Türk İdare Hukuku açısından daha geniş bir yer tutacağı görülmektedir.

İdare, temel hak ve özgürlük üzerinde yapacağı sınırlandırmalar olan "demokratik toplum gerekleri", "öngörülükleri amaç dışında kullanıl-mama" sınırlarına uymalıdır. Olağan ve olağanüstü durumlarda İdare de Anayasa ve yasayla getirilen sınırlandırmalarda ölçülülük ilkesini dikkate almalıdır. Anayasal düzenlemeler yönüyle incelendiğinde AİHS paralelinde son derece çağdaş ve gelişkin ilkelerin konulduğu görülmektedir. Bu ilkele-rin pratikte de görülmesi ve talep edilir düzeye gelmesi konusunda İdarenin olduğu kadar idari yargının da görevi bulunmaktadır..

Kolluk yetkilerinin kullanılma anı ve kullanıldıktan sonra sonuçlarının denetlenmesinde ilkedен yararlanılmaktadır. İdarenin "tutum ve davranış-ları" nın amaç ile doğrudan ilgili olması aralarında bir ölçü bulunması gerektiği, birbiriyle yakın ilişkisi olan yerindelik ve ölçülülük denetimini içe-rir. Birisindeki hata diğerinin de sakatlanmasına yol açar. İdarenin uyarma, zaman tanıma, uyarıya uymak isteyenlere yardım edilmesi ve ısrarlılara ted-rici olarak artan bir güç ya da yaptırıma başvurusu tavrının ölçülü olduğu anlamına gelir. Kolluk alanında diğer konulara göre daha geniş ve etkin bir şekilde denetim yapması gereği bulunan idari yargının ölçülülük denetimine başvurması yeni ve geniş denetim imkanları anlamına gelecektir. İdari yargı

yerlerince, kolluk yetkilileri tarafından uygulanan önlem ve kararların kamu düzenini tehdit eden ya da bozan tehlikenin ağırlığı ile orantılı, etkili ve sınırlamanın gereken ölçüde olup olmadığı denetlenmelidir.

Ölçülülük denetiminin en somut ve rahat olarak uygulanabileceği alan idari yaptırımlardır. Uyarma cezasını gerektiren fiil için öğrenci ya da kamu görevlisinin okuldan ya da meslekten çıkarılması örneklerindeki gibi, İdari yaptırımlarda belirli bir eylem ya da davranışın engellenmesi, engellenemeyerek ortaya çıkmasından sonra ise yaptırımla ıslah edilmeye çalışılması ve diğerlerini caydırma gibi başkaca amaçları gerçekleştirmeye yetecek kadar bir yoksunluk doğurması, ulaşılmak istenen meşru amaçtır. Bu meşru amaca ulaşmaya elverişli, yine amaca ulaşmak için gerekli, sonuç açısından etkili ve sınırlama ile amacın dengeli bir oran taşınması bir idari yaptırımın ölçülü olduğu anlamına gelir.

Ölçülülük ilkesin başvurulabileceği bir diğer alan da, İdarenin takdir yetkisidir. Takdir yetkisinin kullanılmasında dengelerin gözetilmesinde İdare ve idare hakiminin yararlanacağı unsur ve ölçütlerin önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesi faydalı olacaktır. Ölçülülük ve alt ilkeleri burada da yasal düzenlemelerle önceden belirlenmiş olmalıdır.

Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesine adından çoğu zaman ölçülülük olarak söz edilmese de içerik olarak başvurulduğu görülmektedir. Ancak, Danıştay'ın idari yaptırımlar konusundaki kararlarının bir çoğunda ilkeye başvurulduğu, bir başka ifadeyle dar bir alanda bu önemli ilkedен yararlanıldığı dikkat çekmektedir. Diğer yandan bir başka daralma ise ölçülülük ilkesinin yalnızca bir alt başlığı olan orantılılık üzerinde durulmasıdır. Sınırlama aracının elverişli ve gerekli olması anlamına gelen diğer alt başlıklara değinilmeden yalnızca oranlılık konusu ele alınmaktadır. Yine kararların çoğunda oranlılık ile ölçülülüğün bir görüldüğü ve aynı denetimin daha dar bir alanda oranlılık adıyla yapıldığı görülmektedir.

Muhafazakar nitelikte olan ve ulusal özelliklerini iç hukuklarında korumaya çalışan İngiliz hukukçularının bile bir süre direndikten sonra, zamanla ilkeyi kullanmaya başlaması, ilkenin önemini ve gücünü ortaya koymaktadır. İlkenin Almanya'dan çıkarak kısa bir süre sayılabilecek zaman dilimi içerisinde neredeyse bütün dünyaya yayılması bu tür yeni bir denetim ölçütüne duyulan ihtiyacı da göstermektedir.

Bu arada, Türk Hukukunun yeni kurumlara uyum göstermesinin İngiliz Hukukuna göre daha hızlı olduğunu da tespit etmek gerekir. Ancak, ilkenin gerek Anayasa metni, gerekse idari düzenlemelerde ve özellikle İdari Usul Yasası çıkarılması durumunda burada yer alması kanımızca bireyin korunması ve etkin idari yargı denetimini sağlama açısından idari yargıya önemli

bir araç sağlayacaktır. İdareye ise, faaliyetlerinde uyması gereken somut ve mutlak bir zorunluluk getiren yasal bir ilke halini alacaktır.

# ESKİ YARGILAMA HUKUKUMUZDA ŞAHİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ ve BAŞKASINDAN NAKLEN ŞAHİTLİKTE BULUNMA

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN\**

## GİRİŞ

Eski yargılama hukukumuzda (İslâm ve Osmanlı yargılama hukukunda), medeni yargılama ve ceza yargılaması ayırımına gidilmemiştir<sup>1</sup>. Ancak günümüzdeki yargılama hukuklarıyla paralellik kurabilmek için medeni yargılama ve ceza yargılaması ayırımı yapmak mümkündür.

Eski hukukumuzda, medeni yargılama alanında ispat vasıtaları yani deliller, “*şahitlik*”, “*yemin*” ve “*yeminden kaçınma*”dan ibarettir. Bu alanda, karşı tarafın iddiayı kabul etmesi olan ikrar, delil olarak kabul edilmemiştir. Çünkü ispat, kabul edilmeyen bir iddianın doğruluğunu ortaya çıkarmak için yapılır. İkrar ise, karşı tarafın iddiayı kabul etmesidir. İddia kabul edildikten sonra artık ispatına gerek kalmaz<sup>2</sup>. Ceza yargılaması alanında ise, vicdani delil sistemi kabul edilmemiş ve ispat vasıtaları da, had, kısas ve ta’zir davalarında farklılık göstermiştir. Had davalarında, “*ikrar*” veya “*şahitler*” delil olarak kabul edilmiş yani bu tür suçların ancak ikrar veya şahitlerle ispatlanabileceği belirtilmiştir. Bir had suçu olan zina davasındaki ispatta ise, diğer had suçlarından farklı olarak, dört defa ikrar (yani sanığın hâkim huzurunda dört kere suçu işlediğini itiraf etmesi) veya dört erkek şahitle ispat-

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Bu konu hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Murat ŞEN, “**Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı**”, AÜEHFD, 75. Yıl Armağanı, C. II, S. 1, Erzincan 1998, s. 283-312; Sabri Şakir ANSAY, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, 3. B., Ankara 1958, s. 293-295; Mehmet Kamil YILDIRIM, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s. 26; Abdülaziz BAYINDIR, **İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)**, İstanbul 1986, s. 79.

<sup>2</sup> BAYINDIR, s. 120, 142.

lama aranmıştır<sup>3</sup>. Diğer had suçlarında ve kısas davalarında ise, ispat için iki erkek şahit yeterli görülmüştür. Maddi tazminatı gerektiren davalarla ta'zir davalarında ise deliller, "ikrar", "yeminden dönme" ve "şahit"lerden ibarettir. Burada, iki erkek şahit olabileceği gibi, bir erkek iki kadın şahit de bulunabilir<sup>4</sup>.

Hâkimin kararına doğrudan ve kesin olarak esas teşkil eden şahit ifadeleri üzerinde, eski hukukumuzda titizlikle durulmuş ve yalancı şahitliğin önlenmesi için şahitlerde bir takım şartlar aranmıştır. Bunlar, şahidin kör olmaması, dürüst olması, hâdiseyi bizzat gözlemlemiş olması, yapacağı şahitliğin kendisine bir menfaat sağlamaması ve ifadelerinde çelişki bulunmaması gibi hususlardır. Şahitlerin verdiği ifadelerin doğruluğundan kuşkulanan hâkim, yapılan şahitliği kabul etmeyerek, davacının başka şahitler getirmesini isteyebilir.

Şahitler usûlüne uygun bir şekilde ifade verdiklerinde, hâkim şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması (tezkiye) yapmak ve yapılan şahitliğe göre hüküm vermek zorundadır. İddiası reddedilen davacı, iddiasını ispat için şahit dinletmelidir; eğer şahitleri yoksa karşı tarafa yemin teklif edebilir<sup>5</sup>.

Eski yargılama hukukumuzda, hâkimin kararına önemli derecede etki eden, başka bir deyişle, kesin delil kabul edilen ve hâkimin kararına esas teşkil eden geçerli bir şahitlik beyanının söz konusu olup olmadığının tespiti açısından, şahitlere bir takım yükümlülükler getirilmiş, bu arada yalan yere şahitlikte bulunanlara da bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Çalışmamızda, şahitlere getirilen bu yükümlülükleri açıklayacak; ayrıca eski hukumuza özgü bir kurum olan başkasından naklen şahitlikte bulunma müessesesinin de ispat vasıtası olarak yargılamadaki rolünü ortaya koymaya çalışacağız.

<sup>3</sup> Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C. I, İstanbul 1990, s. 318, 409; M.Akif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999, s. 194; H. Tahsin FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2000, s. 455; Hasan Tahsin FENDOĞLU, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Konya 1994, s. 53.

<sup>4</sup> Geniş bilgi için bkz. ŞEN, *Şahitliğin Tanımı*, s. 283-312; Hoca Eminefendizâde Ali HAYDAR, *Dürrü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm*, C. IV, İstanbul 1330, s. 389; BAYINDIR, s. 120; İbrahim el-HALEBÎ, *İzahlı Mülteka El-Ebhur Tercümesi*, C. III, Çev. Mustafa Uysal, Konya 1993, s. 223; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

<sup>5</sup> Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Murat ŞEN, "Şahitliğin Geçerlilik Şartlarının Önceki Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi", AÜEHFD, C. III, S. 1, Erzincan 1999, s. 89-113.

## I. ŞAHİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### A. Şahitlik Yapmaktan Kaçınmama

Bir hukuki muamele esnasında veya bir olayın gerçekleşmesi anında orada bulunan kişinin, şahitlik yapacak başka kimse yoksa, şahit olmaktan kaçınmaması gerekir<sup>6</sup>. Şahit olduktan sonra da istenildiği takdirde mahkemeye gelip şahitlikte bulunması şarttır<sup>7</sup>. Kendinden başka şahitlik yapacak kimseler varsa, o takdirde şahitlikten kaçınabilir<sup>8</sup>.

Şahidin hadlerle ilgili davalarda, gördüğü şeyi örtbas edip o konuda şahitlik yapmaması daha uygun görülmüş, hatta had suçlarından olan hırsızlık davasında şahitlikte bulunurken de “çaldı” değil de “malı aldı” demenin daha isabetli olacağı belirtilmiştir<sup>9</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, had cezasını gerektirecek davalar dışındaki Allah haklarına (kamu hukuku alanına) ilişkin hususlarda, hiç kimsenin talebi olmadan şahitlikte bulunulması dînî bir zorunluluktur. Örneğin, kadını kocasının boşaması, köleyi efendisinin hürriyete kavuşturması gibi konular bu türdendir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> W. HEFFENING, *Şâhid*, İA., C. XI, MEB, İstanbul 1993, s. 282; HALEBÎ, s. 223; “Zeyd, Amr’ın zimmetinde olan şu kadar para hakkını dava edip ve Amr inkâr etmekle Zeyd bu hususu bilenlerden olup şهادetleri makbul olan Bekir ve Beşir’den şهادet talep ettiğinde, bunlar şهادet kendilerine münhasır iken şهادeti ketm etseler bunlara ne lazım olur? Elcevap: Günahkar olurlar” (Abdurrahim, *Fetavayı Abdurrahim*, C. II, s. 402, HALEBÎ, s. 223’den naklen).

<sup>7</sup> Ebû El-Fazl Mecdu’d-din MAVSİLÎ, *el-İhtiyar Metni el-Muhtar li’l-Fetva Tercemesi, İmam-ı A’zâmın İçtihat ve Görüşleri*, Çev. Celal Yeniçeri, İstanbul 1978, s. 135; HEFFENING, s. 282; BAYINDIR, s. 198.

<sup>8</sup> Günümüz medeni yargılama hukukunda da, kural olarak, herkes (Türk yargısına tâbi olmak şartıyla) tanıklık etmek zorundadır (HUMK m. 253). Bu zorunluluk, tanık olarak yapılan davet üzerine mahkemeye gelmeyi ve yemin etmeyi kapsar. Tanık, meşru bir mazereti olmaksızın gelmezse para cezasına mahkum edilir ve ayrıca duruşmanın ertelenmesinden doğan yargılama giderlerine mahkum edilebilir ve tanığın zorla getirilmesine karar verilebilir (HUMK m. 253). Mahkemeye gelip de cevaptan veya yeminden kaçınan tanık cezalandırılır (HUMK m. 271; ayrıca bkz. TCK m. 282). Tanık olarak mahkemeye gelmek zorunluluğuna karşılık, tanığa yolculuk ve oturma giderleri ile yevmiyesi ödenir. Bu para, tanığı gösteren tarafça peşin olarak mahkeme veznesine yatırılır (HUMK m. 414). Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 5. B., İstanbul 1990, s. 1770.

<sup>9</sup> Joseph SCHACHT, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çev. Mehmet Dağ/Abdulkadir Şener, Ankara 1977, s. 202; HALEBÎ, s. 223; MAVSİLÎ, s. 135.

<sup>10</sup> Alaüddin Muhammed bin Mes’ud el-KASANÎ, *Bedâiü’s-Sanâi fi Tertibi’s-Şerâi*, C. VI, Beyrut 1974, s. 282.

## B. Şahitlere Yemin Ettirilebilmesi

### 1. Şahidin Doğru Söylediğine Dair Yemin Etmesi

Yargılamanın seyri esnasında, hâkim daha kararını açıklamadan önce, davalı, hâkimden, şahitlere verdikleri ifadelerde yalancı olmadıklarına dair yemin verilmesini isteyebilir. Hâkim de, yapılan şahitliğin yeminle takviye edilmesine gerek görürse şahitlere yemin ettirebilir. Hatta hâkim şahitlere yemin ederseniz şahitliğinizi kabul ederim, yoksa etmem de diyebilir<sup>11</sup>. Bu hususu Mecelle 1727 nci maddesinde düzenlemiştir: “*Meşhûdünaleyh kablel-hüküm şahidlere şahadetlerinden kazib olmadıklarına yemin ver deyu hâkime ilhah edip de şahadetin yemin ile takviyetine dahi lüzum görüldüğü takdirde hâkim şahidlere yemin ettirebilir. Ve hâkim şahidlere yemin ederseniz şahadetinizi kabul ederim ve illâ etmem diyebilir*”.

Doktrinde bu konuda değişik görüşler ileriye sürülmüştür. Hz. Ali ile İbn Ebî Leylâ'ya göre, şahide, ifadesinin yalan olmadığı konusunda yemin verilmesi gerekir<sup>12</sup>. Fakat bu görüş, doktrinde rağbet görmemiştir. Son devir hukukçusu olan İbrahim bin Nüceym ise, yemin verilme ve verilmeme görüşlerini şu şekilde birleştirmiştir: Şahide yemin verilmemesi, dürüstlüğüne açıkça belli olması hâlinde söz konusu olabilir. Fakat şahidin âdil olup olmadığı tam bir açıklık kazanmamışsa, o takdirde dürüstlüğüne, yapacağı yeminle de takviye edilmesi gerekir. Çünkü, şahidin durumu bilinmediği gibi müzekkînin de durumunun bilinmediği haller olabilir. O zaman meçhulün meçhülü tezkiyesine güvenilemez<sup>13</sup>.

Görüldüğü üzere Mecelle, şahitlerin beyanlarına dayanılarak karar verilmeden önce, davalının hâkimden yemin ettirmesini isteyebileceği ve yalancı şahitlik etmediklerinin bu yolla da teyit edilebileceği görüşünü tercih etmiş bulunmaktadır.

<sup>11</sup> Günümüz medeni yargılama hukukunda da, taraflardan biri tanığın yemin etmesini isterse, hâkim tanığa yemin vermek zorundadır (HUMK m. 262). Buna karşılık taraflardan hiç biri tanığın yemin etmesini istemezse, hâkim tanığa yemin vermek zorunda değildir. Hâkim ancak gerekli görürse tanığa yemin verebilir (HUMK m. 261, 262). KURU, s. 1794. Ceza yargılaması açısından da CMUK m. 56 tanıkların ayrı ayrı ve tanıklıktan evvel yemin edeceğini düzenlemektedir. Nurullah KUNTER, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. B., İstanbul 1986, s. 588.

<sup>12</sup> Ebû Bekir Muhammed bin Ebî Sehl es- SERAHSÎ, **el-Mebcut**, C. XVI, Beyrut 1989, s. 118; Ali HAYDAR, C. IV, s. 524.

<sup>13</sup> SERAHSÎ, C. XVI, s. 119.



## 2. Şahidin Yalan Söylediğinin Anlaşılması

Yalancı şahitlik, hem aklın hem de dinin yasakladığı en menfur hallerden biridir. Bir şahidin yalancılığının tespit edilmesi, ya kendisini yalanlamasıyla veya verdiği ifadenin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılmasıyla mümkün olur<sup>14</sup>.

Yalancı şahitliğin tespiti durumlarından ilki olan şahidin kendini yalanlaması, hâkimin huzuruna vararak yalan yere şahitlikte bulunduğunu veya verdiği ifadenin yanlış olduğunu söylemesi ile olur. Mecelle'nin düzenlemesi de (m. 1731) bu yöndedir: "*Rücuun şartı huzur-u hâkimde olmaktır. Şahidin başka mahalde rücuuna itibar yoktur. Binaenalazalik meşhûdünaleyh şahidlerin başka mahalde şahadetlerinden rücu ettiklerini dava etse mesmu' olmaz*". Şu halde, şahitlerin ikrar ve itirafı ancak hâkimin huzurunda yapılmışsa<sup>15</sup> bir hukuki sonuç doğurur<sup>16</sup>. Şahidin yalancılığı konusunda dava açılıp şahit dinlenemeyeceği gibi, inkâr halinde de karşı tarafa yemin teklif edilemez<sup>17</sup>.

Yalancı şahitliğin tespiti durumlarından ikincisi ise, şahitlerin verdikleri ifadelerin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılmasıdır. Buna "hükmen ikrar" adı verilir<sup>18</sup>. Bu durumda şahitler hâkim huzuruna gelip yalancı olduklarını kabul etmiş sayılırlar. Birinin ölümüne şahitlikte bulunmuşken yaşadığının görülmesi veya bir ağacın kesilmiş olduğuna dair şahitlikte bulunmuşken o ağacın dikili olarak mevcut bulunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir<sup>19</sup>.

14 Ömer Nasuhi BİLMEN, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. VIII, İstanbul 1985, s. 160.

15 MAVSİLİ, s. 140; KASANİ, C. VI, s. 285; Bazı hukukçular, şahitlerin yalan yere şahitlikte bulduklarını ikrar ve itiraf ettiklerinin davalı tarafından ispat edilmesini aramışlardır. Bunlara göre, davalının getireceği şahitler, davaya şahit olanların yalan yere şahitlikte bulduklarını veya yanlış ifade verdiklerini mahkeme dışında ikrar ve itiraf ettiklerini belirtirlerse, bu, şahitlerin gelip hâkim huzurunda kendilerini yalanlamaları gibi kabul edilir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 526.

16 Günümüz ceza yargılamasında, tanıkların çeşitli sebeplerle kasden gerçeği söylemedikleri, yalan beyanda buldukları da görülmektedir. Bunun için, tanıklıktan çekinme yetkisi, çekinme mecburiyeti, yemin ve yalan beyanın suç sayılması gibi çeşitli önlemler alınmıştır. KUNTER, s. 587.

17 KASANİ, C. VI, s. 285; BİLMEN, C. VIII, s. 160; Mecelle m. 1731.

18 BİLMEN, C. VIII, s. 160.

19 Ali HAYDAR, C. IV, s. 526.

Mecelle m. 1731'e göre, "...bir hâkimin huzurunda şahadet ettikten sonra diğer hâkimin huzurunda şahadetinden rücu' etse rucuu muteber olur". Demek ki, şahit, başka bir hâkimin huzurunda şahitliğinden dönebilir yani kendini yalanlayabilir ve bu yalanlama geçerli sayılır<sup>20</sup>. Buna karşılık, hâkim henüz kararını vermeden, şahitlerin yalancılığı tespit edilirse, şahitlerin verdikleri ifadeler hükümsüz kabul edilir ve kendileri ta'zir ile cezalandırılır<sup>21</sup>: "*Şahitler ba'de eda-iş-şehade ve kablel-hüküm huzur-u hâkimde şahadetlerinden rücu etseler şahadetleri keenlemyekün hükmünde olur ve kendileri ta'zir olunurlar*" (Mecelle m. 1728). Eğer, hâkim kararını vermişse hükmünü bozamaz ve hükme konu olan şeyi şahitlere tazmin ettirir (Mecelle m. 1729)<sup>22</sup>. Şayet dava, had ve kısas davalarından biri ise ve henüz infaz edilmemişse artık ceza infaz edilmez<sup>23</sup>.

### 3. Yalancı Şahitlere Uygulanacak Ceza

Yalancılığı tespit edilen şahitlere, durumlarına göre, had, ta'zir veya tazminat cezası verilir.

#### a. Had Cezası

Zina davasına şahitlik edenlerin yalan yere şahitlik yaptıkları tespit edilirse, kendilerine bir had cezası olan zina iftirası cezası (hadd-i kazf) uygulanır. Zina dışındaki bir davada yalancı çıkan şahitler için had cezası uygulanmaz<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Günümüz medeni yargılama hukukunda, hâkim, tanıklık sırasında tanığın yalan söylediği veya menfaat sağlayarak tanıklık yaptığı hakkında güçlü delil ve belirtiler görürse (ele geçirirse), derhal bir tutanak düzenler ve bunu Cumhuriyet savcılığına gönderir. Hâkim, tanığın ve bu suçta ortakları varsa onların tutuklanmasına da karar verebilir ve onları haklarında ceza davası (TCK m. 286 vd.) açılmak üzere Cumhuriyet savcılığına gönderir (HUMK m. 273). KURU, s. 1796.

<sup>21</sup> Günümüz medeni yargılama hukukunda da, yalan tanıklıkta bulunmak suçtur (TCK. m. 286 vd.). Tanık hakkında yalan tanıklıktan dolayı ceza kovuşturması yapılması hukuk davasının görülmesine ve sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez. Bir hukuk davasında tanıklık eden kişiye karşı yalan tanıklıktan dolayı açılan ceza davasına, hukuk davasının tarafları müdahil olarak (CMUK m. 365) katılabilirler. KURU, s. 1796.

<sup>22</sup> Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, tanığın (ceza mahkemesince) yalan tanıklıktan mahkum edilmiş olması yargılamanın iadesi sebebidir (HUMK m. 445/4). KURU, s. 1797.

<sup>23</sup> BİLMEN, C. III, s. 249, 257; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 412; MAVSİLİ, s. 140.

<sup>24</sup> BAYINDIR, s. 195.

Bilindiği gibi zina, ancak dört erkeğin şahitliği ile hüküm altına alınabilen bir davadır. Bu tür bir davada, hâkim henüz karar vermeden veya karar verip de hüküm (ceza) infaz edilmeden, şahitlerin tamamının veya bir kısmının yalan yere şahitlik yaptıkları tespit edilirse, hepsine zina iftirası (hadd-i kazf) cezası uygulanır<sup>25</sup>. İmam Muhammed'e göre ise, bu durumda yalnız kendini yalanlayana had cezası verilmelidir. Dolayısıyla sanığa zina cezası verilip uygulandıktan sonra, şahitlerden biri kendini yalanlarsa, yalnız o şahide had cezası uygulanmalıdır<sup>26</sup>.

### b. Ta'zir Cezası

Mecelle'nin 1728 inci maddesi hükmüne göre şahitler, hâkimin karar vermesinden önce yalancı çıkarlarsa kendilerine ta'zir cezası uygulanır. Hâkimin karar vermesinden sonra yalancı çıkan şahitlere, tazminat cezası yanında ta'zir cezası da uygulanır<sup>27</sup>. Zina davası dışında, yalan söylemenin kesin olarak belirlenmiş bir cezası yoktur.

Hâkimin kararından önce veya sonra, yalancılığı tespit edilen şahitlere ta'zir cezası verilmesi konusunda doktrinde görüş birliği bulunmasına rağmen, bu cezanın şekli ve niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ebû Hanife'ye göre, ta'zir cezası, onu kendi çarşısına veya mahallesinin mescidine götürüp halka, "bu yalancı şahittir, ondan sakınınız" demek suretiyle onu teşhir etmekten ibarettir<sup>28</sup>. Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre ise, söz konusu işlemlerle birlikte, kendisine bir kaç değnek vurulması ve hapis cezası verilmesi gerekir<sup>29</sup>. Yalan yere şahitlikte bulunan kişide pişmanlık belirtileri yoksa yani, "ben yalan yere şahitlikte bulundum, gene de bulunurum" demişse, o taktirde dövülerek cezalandırılması konusunda doktrinde görüş birliği vardır<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Zina suçunda aranan şartları taşıyan iki şahidin şahadeti ve suçlunun bir defa da olsa ikrarı ile kesinleşen kazf suçunun iki cezası vardır. Biri asli ceza olan seksen sopa; diğeri ise tebei ceza olan suçlunun şahitliğinin kabul edilmemesidir. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 319-320; AYDIN, s. 196; FENDOĞLU, Türk Hukuk Tarihi, s. 456.

<sup>26</sup> KASANİ, C. VI, s. 289.

<sup>27</sup> HEFFENING, s. 283; BAYINDIR, s. 195.

<sup>28</sup> HALEBÎ, s. 248; KASANİ, C. VI, s. 289; MAVSİLİ, s. 137.

<sup>29</sup> MAVSİLİ, s. 137; HALEBÎ, s. 248.

<sup>30</sup> KASANİ, C. VI, s. 289.

### c. Tazminat

Mecelle m. 1729'a göre, şahitler, karar verildikten sonra, hâkimin huzûrunda kendilerini yalanlarsa, hâkim verdiği hükmü bozmaz ancak hüküm konusu şeyi şahitlere tazmin ettirir. Burada tazminatın sebebi, malın veya canın zarar görmesidir. Her birinde ödenecek tazminatın miktarı da değişiktir.

Mecelle m. 1730'a göre, "şahitlerin bazısı ... şahadetinden rücu ettikde eğer bakisi nisab-ı şahadete baliğ ise rücu edenden zamân lazım gelmez, fakat ta'zir olunur. Ve eğer bakisi nisab-ı şahadete baliğ değilse mahkumunbihin nısfı rücu eden bir kişi olduğu takdirde müstakilen ana ve birden ziyade oldukları takdirde bil-iştirak seviyyen anlara tazmin ettirilir".

Yalancı şahit, şahitlikte bulunduğu beyanıyla, ne kadar malın zararına sebep olmuşsa, o kadarını tazmin eder. Burada ölçü, diğer şahitlerin (yani yalancı olmayan şahitlerin) beyanıyla ne miktar malın sabit olduğudur. Şahitlerden geriye kalanlar şahitlik için gerekli yetersayıyı (nisabı) dolduruyorsa, yalancı şahide tazminat cezası verilmez ama ta'zir cezası verilir. Eğer geriye kalan şahitler, gerekli yetersayıyı bulamazlarsa, hüküm konusu malın yarısı yalancı şahitler tarafından tazmin edilir. Yalancı şahit bir kişi ise bunun hepsini; birden fazla ise, aralarında eşit surette taksim etmek suretiyle tazmin ederler<sup>31</sup>.

Burada şöyle bir ihtimale de değinmek gerekir. Bir davada iki erkek ve bir kadın şahitlikte bulunsalar ve sonra, hepsi şahitlikten rücu etseler (dönseler) yani yalancılıkları tespit edilmiş olsa, tazminatın sadece iki erkeğe ödettilmesi gerekir. Bu noktada kadının bir tazminat yükümlülüğünden söz edilemez. Çünkü, tek bir kadının şahitliğine dayanılarak karar verilemez<sup>32</sup>.

Cezası ölüm ya da organ kesme olan davalarda yalancı şahitlere verilecek ceza, can veya organa ait diyetin ödenmesi ile ta'zir cezasının verilmesidir. Örneğin, hırsızlık davasında, sanığa el kesme cezası verildikten sonra, şahitlerin yalancı olduğu tespit edilirse, yalancı şahitlerin hem kesilen elin diyetini, hem de çalınan malın karşılığını ödemeleri gerekir. Yine, kasten adam öldürme davalarında yalancı şahitlik yapanlara, eğer sanığa kasten adam öldürme suçunun cezası olan kısas cezası verilip uygulanmışsa, sanığın diyetini ödeme cezası ile birlikte ta'zir cezası da verilir. Bunun gibi, evli bir kişinin zina yaptığına dair şahitliğe dayanarak recm cezası verilip uygu-

<sup>31</sup> HEFFENING, s. 283; MAVSİLİ, s. 140.

<sup>32</sup> HALEBÎ, s. 247; BİLMEN, C. VIII, s. 160; MAVSİLİ, s. 140.

landıktan sonra, şahitlerin yalancı oldukları ortaya çıkarsa, hem zina iftirası cezası hem de ölenin diyetini tazmin etme cezası verilir<sup>33</sup>.

#### **4. Tezkiye Yapan Kişilerin Yalan veya Hatalarının Ortaya Çıkması**

Şahitlerin beyanlarına dayanarak karar verildikten sonra, şahidi tezkiye edenlerin kasten yanlış beyanda buldukları anlaşılrsa, Ebû Hanife'ye göre, tezkiye yapan kişiler (müzekkîler) hüküm konusu malı tazmin ederler<sup>34</sup>. Çünkü, onların tezkiyesi olmasaydı hâkim, şahitlerin ifadelerini kabul etmeyecek ve ona göre kararını vermeyecekti. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre ise, müzekkî tazminat ödemez. Çünkü o, şahit hakkında iyi niyet beslemiş ve onu iyi bir insan olarak tanıtmıştır<sup>35</sup>.

Müzekkî, tezkiyesinde kasten yalan söylemediğini fakat hata etmiş olduğunu ileri sürerse, kendisinin tazminat ödemesi gerekmez<sup>36</sup>.

#### **5. Davalının Getireceği Şahitlerin Dinlenilmeyeceği Esası**

Bilindiği gibi ispat yükü davacıya, yemin yükü de davalıya verilmiştir. İddiasını ispat edemeyen davacının talebi reddedilmeden önce, davalıya yemin tevcih edilir. Davalı yemin ederse davacının talebi kesin olarak reddedilir<sup>37</sup>.

Bu açıdan davalı, ancak karşı dava açtığı takdirde, iddiasını şahitlerle ispat edebilir. Karşı dava açmadıkça davalının getireceği şahitler dinlenmez<sup>38</sup>. Örneğin, birisi hakkını almak için dava açıp şahitlerle ispat etse, hâkim davacı lehine karar verir. Bu durumda aleyhine karar verilen taraf, "o malın benim olduğuna dair şahit getiririm" demesi bir anlam ifade etmez ve hâkim onun bu sözünü dikkate almaz. Çünkü hâkim davalının şahitlerini dinleyecek olsa, ayınsını karşı taraf da tekrarlar ve dava uzar gider<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> SERAHSÎ, C. XVII, s. 22; KASANÎ, C. VI, s. 285; MAVSİLÎ, s. 140; BİLMEN, C. VIII, s. 162; BAYINDIR, s. 197; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 412.

<sup>34</sup> MAVSİLÎ, s. 140; HALEBÎ, s. 248.

<sup>35</sup> HALEBÎ, s. 248.

<sup>36</sup> HALEBÎ, s. 248.

<sup>37</sup> Mecelle m. 1742 vd.; Ali HAYDAR, C. IV, s. 562.

<sup>38</sup> Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, tanıkları her iki taraf da gösterebilir. Başka bir ifadeyle, davada tanıklar taraflarca gösterilir. Mahkeme, tarafların tanık olarak göstermedikleri kişileri kendiliğinden (re'sen) tanık olarak dinleyemez. KURU, s. 1774.

<sup>39</sup> SERAHSÎ, C. XVI, s. 148; SCHACHT, s. 195.

## II. BAŞKASINDAN NAKLEN ŞAHİTLİKTE BULUNMAK

Bazı olaylarda, başkasından naklen yapılan şahitlik kabul edilir ve bu şahitliğe hukuk terminolojisinde “şehâdeh ale’ş-şehâdeh” denir<sup>40</sup>. Diğer yargılama hukuku sistemlerinde mevcut olmayan bu çeşit şahitlik için özel usul ve şartlar söz konusudur.

### A. Şahitliği Yüklenme Usûlü

Bir özür sebebiyle mahkemeye gidip ifade veremeyecek durumda olan şahit, iki kişiyi çağırıp, “Ben şu konuya şu şekilde şahidim, benim yerime siz şu şekilde şahitlikte bulununuz” diyerek kendisinin şahitlik görevini onlara yükler, onlar da bu görevi kabul ederlerse, mahkemeye varıp o kişiden naklen şahitlikte bulunabilirler. Burada şahide «asıl», ondan naklen şahitlikte bulunacak kişilere de «fer’» denilir<sup>41</sup>.

Şahitliğin üstlenilmesi, asıl ile fer’ler arasında bir sözleşme ile olur. Asıl şahit, hangi konuya, ne şekilde şahitlikte bulunduğunu açıkladıktan sonra, fer’ şahitlere, kendi adına bu şekilde şahitlikte bulunmalarını teklif eder. Fer’ şahitler de bu teklifi kabul eder veya sükûtle karşılırlarsa görevi kabul etmiş sayılırlar. Meselâ, asıl şahit, “falan oğlu falanın, benim yanımda falan kimseye on altın borcu olduğunu ikrar ve itiraf ettiğine şahitlik ederim. Bu şahitliğime sen de şahitlik et” dediğinde, fer’ durumunda olan şahit bu teklifi kabul eder veya sükûtle karşılırlarsa, o kişiden naklen şahitlikte bulunma görevini üstlenmiş olur<sup>42</sup>.

### B. Şahitlikte Bulunma Usûlü

Fer’ şahitler mahkemede, aslın ismi ile baba ve dedesinin ismini söyleyerek, “falan oğlu falan oğlu falan, bu davalının bu davacıya on altın borcu olduğunu ikrar ettiğine şahitlik etti ve beni kendi şahitliğine şahit tuttu. Ben de onun bu şekildeki şahitliğine şahitlik ederim” diyerek ifadesini verir<sup>43</sup>.

40 Fahrettin ATAR, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, Ankara 1991, s. 202; HALEBÎ, s. 241; BİLMEN, C. VIII, s. 148.

41 MAVSİLİ, s. 139; ATAR, s. 202; HALEBÎ, s. 242; BİLMEN, C. VIII, s. 148.

42 Ali HAYDAR, C. IV, s. 504, 505; BAYINDIR, s. 199.

43 BİLMEN, C. VIII, s. 149.

### 1. Başkasından Naklen Şahitlik İçin Gerekli Şartlar

Başkasından naklen yapılan şahitliğin mahkemece kabul edilebilmesi için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar, a- asıl şahidin, hâkimin huzûruna gelmesini engelleyen bir özrünün olması<sup>44</sup>, b- fer' şahitlikte bulunduğu sırada, asıl şahidin şahitlik ehliyetinin devam etmesi<sup>45</sup>, c- fer' olan şahidin şahitlik yaparken asıl şahidin açık kimliğini söylemesi ve kendisine şahitlik görevini yüklediğini belirtmesi<sup>46</sup>, d- kadın veya erkek olsun, her asıl şahit nâmına şahitlikte bulunacak fer'lerin iki erkek veya bir erkek iki kadın olması<sup>47</sup>, e- hem asıl hem de fer' şahitlerin güvenilirlik soruşturmalarının yapılması (tezkiye edilmesi) dır.

Görüldüğü üzere, şahitlerin tamamının fer' olması gerekmez. Ancak, şahitlerden birinin kendi yerine asâleten, diğerinin yerine de fer'an şahitlikte bulunması kabul edilmez. Çünkü, bu durumda şahitliğe konu olan şeyin yarısı kendisinin asâleten yaptığı şahitlikle, dörtte biri de başkasından naklen yaptığı şahitlikle sâbit olmuş olur. Halbuki, bir şahitle şahitlik konusu şeyin dörtte üçünün sâbit olması meşru değildir<sup>48</sup>.

Bunun gibi, başkasından naklen şahitliğin kabul edilmesine engel olmayan diğer hususlar da şunlardır<sup>49</sup>: a- Bir davada iki şahitten birinin yerine

<sup>44</sup> Bilindiği gibi şahitlik aslın üzerine farzdır. Bu farzın düşmesi, ancak bir özrün ve bir zarûretin varlığına bağlıdır. Bu özürler, asıl şahidin ölmüş olması, mahkemeye geleme-yecek derecede hasta olması, bir sefer mesafesi (Mecelle m. 1664'e göre, sefer müddeti, normal yürüyüşle üç günlük yani 18 saatlik bir mesafedir) uzaklıkta bulunması ve asıl şahidin erkekler arasına karışmayan bir kadın (muhaddere) olması durumlarıdır. Ebû Yûsuf'a göre, asıl şahit sabahleyin evinden çıkıp hâkimin huzûruna vararak şahitlikte bulunduktan sonra, akşama eve dönebileceği bir mesâfeden daha uzakta ise, bu durumda da özürlü sayılır. Fetvânın, Ebû Yûsuf'un görüşüne göre olduğu belirtiliyorsa da bazı Şeyhülislâm fetvâlarındaki ifadelerle göre tatbikatta Ebû Hanife'nin görüşüne uyulmuştur. ATAR, s. 202; MAVSİLÎ, s. 139. HEFFENING, s. 282; SERAHSÎ, C. XVI, s. 115; HALEBÎ, s. 223, 241; BİLMEN, C. VIII, s. 148. Ali HAYDAR, C. IV, s. 501.

<sup>45</sup> Buna göre fer', daha şahitlikte bulunmadan asıl şahit kör olsa veya delirse yahut günâh işler hâle gelse (fâsik olsa), fer'in şahitliği kabul edilmez. Ancak Şafii ekolüne mensup hukukçulara göre, asıl şahidin delirmesi, dilsiz veya kör olması, fer'in şhadetini kabule engel değildir. BAYINDIR, s. 200, dn. 330.

<sup>46</sup> Bu şekilde, bilerek şahitlikte bulunmuş olduğu anlaşılır. Eğer şahitlik yapma görevini kendisine yüklediğini söylemezse, şahitliği kabul edilmez (Ali HAYDAR, C. IV, s. 502; MAVSİLÎ, s. 139).

<sup>47</sup> SERAHSÎ, C. XVI, s. 138-139; HEFFENING, s. 282.

<sup>48</sup> SERAHSÎ, C. XVI, s. 138.

<sup>49</sup> BAYINDIR, s. 201.

fer' şahitler dinlenebilir, b- Asıl şahidin yerine şahitlikte bulunan fer' şahitler, aynı davada ikinci asıl şahidin yerine de şahitlikte bulunabilirler. Böyle bir durumda, usûlüne uygun olarak evvelâ birinin yerine, sonra da diğerinin yerine şahitlik ederler, c- Fer' şahitler, davalıyı tanımayabilirler. Bu durumda, aleyhinde şahitlikte bulunacakları kişinin kim olduğunu, davacının ispat etmesi gerekir.

Başkasından naklen şahitlik için gerekli olan şartlardan en önemlilerinden biri de, "güvenilirlik soruşturması açma zorunluluğu"dur. Burada, hem asıl hem de ikinci derece (fer') şahitlerin tezkiye edilmeleri gerekir. Bu tezkiye yapılmadıkça, yapılan şahitlik ispat vasıtası olamaz<sup>50</sup>. Fer' şahitler eğer güvenilir kimselerse asıl şahitleri tezkiye edebilirler ve tezkियeleri kabul edilir. Eğer değilse, şahitlikleri de kabul edilmez. Fer' şahitlere, asıl şahitlerin durumu sorulduğu zaman susar da bir şey söylemezlerse, hâkim asıl şahitleri, güvenilir kimselerden soruşturarak tezkiye eder. Eğer, âdil ve dürüst kimseler oldukları ortaya çıkarsa hükmünü verir; yoksa hükmetmez, başka şahitler getirilmesini ister. Şayet fer' şahitler, şahadetlerinden dönerler, yani yalancı çıkarlarsa sebep oldukları zararı tazmin ederler. Çünkü, şahitliği onlar yapmışlar ve davalının zararına onlar sebep olmuşlardır. Fer' şahitlerin ifadesine dayanarak hâkim kararını verdikten sonra, asıl şahitler kendilerini yalanlasalar ve "biz fer' şahitleri kendi şahitliğimize şahit tutmadık" derlerse, hâkimin verdiği karar bozulmayacağı gibi şahitlerden herhangi birine tazminat da ödettilmez. Hâkimin kararından sonra asıl şahit, "fer' şahitleri ben şahit tuttum, fakat şahitliğimde yanılmışım" derse, İmam Muhammed'e göre, tazminatı asıl şahidin ödemesi gerekir. Çünkü fer' şahitler, sadece asıl şahitliğini nakletmişlerdir. Sanki asıl şahit mahkemeye gelmiş, şahitlikte bulunmuş ve daha sonra şahitliğinden dönmüş gibi olur. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre, bu durumda asıl şahide tazminat cezası verilmez. Çünkü hâkim, asıl şahidin ifadesiyle değil, fer' şahitlerin ifadesiyle karar vermiştir. Bundan sonra asıl şahidin, yanılmışım demesi rastgele söylenmiş bir söz olarak kabul edilir<sup>51</sup>.

Hâkimin hüküm vermesinden sonra hem asıl, hem de fer' şahitler yalancı çıkarlarsa, Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre, tazminatı yalnız fer' şahitler

<sup>50</sup> BİLMEN, C. VIII, s. 150.

<sup>51</sup> BAYINDIR, s. 203; HALEBÎ, s. 248.



öderler. İmam Muhammed'e göre davacı isterse tazminatı asıl şahitlere, isterse fer' şahitlere ödettirir<sup>52</sup>.

## **2. Başkasından Naklen Şahitliğin Kabul Edildiği Davalar**

Başkasından naklen şahitlik, had ve kısas dışında bütün davalarda kabul edilir<sup>53</sup>. Had ve kısas davaları, bir kişiye uygulanabilecek en ağır cezalardan olduğu için, suçun şüphelerden uzak olarak ispat edilmesi gerekir ki bu da bir ölçüde bizzat şahidin şahadetiyle mümkündür. Bu açıdan, bu tür davalarda başkasından naklen şahitlik kabul edilmemiştir. Zira başkasından naklen yapılan şahitlik, hiç bir zaman kişinin bizzat şahitliği gibi olmaz. Haber, ağzdan ağza dolaşınca, onda bir takım noksanlık ve fazlalıklar söz konusu olabilir<sup>54</sup>.

## **3. Başkasından Naklen Şahitliği Geçersiz Kılan Nedenler**

Fer' şahidin, hâkim huzurunda ifade vermesinden önce, asıl şahidin, şahitlik ehliyetini kaybetmesi, asıl şahidin şahitliğinde hata ettiğini söylemesi, asıl şahidin şahitliğini inkar etmesi<sup>55</sup> ve fer' şahitlerin şahitlikleriyle hüküm verilmeden asıl şahitlerin çıkagelmeleri durumlarında, başkasından naklen yapılacak şahitlik hükümsüz olur yani fer' şahitlerin şahitlikleri geçerli olmaz<sup>56</sup>.

## **SONUÇ**

Konusu "Eski Yargılama Hukukumuzda Şahidin Yükümlülükleri ve Başkasından Naklen Şahitlikte Bulunma" olan çalışmamızın sonuna gelmiş bulunuyoruz. "Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı" isimli çalışmamız ile "Şahitliğin Geçerlilik Şartlarının Önceki Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi" isimli çalışmamız, bu çalışma ile birlikte değerlendirildiği takdirde, şahitlik kurumunun önceki hukukumuz tarafından nasıl düzenlendiği ortaya çıkmaktadır. Belirttiğimiz gibi, şahitlik, önceki hukukumuzda kesin delil olarak kabul edilmiş, hâkimin, şahitlerin beyanlarına

<sup>52</sup> HALEBÎ, s. 248.

<sup>53</sup> HEFFENING, s. 282; HALEBÎ, s. 241; SERAHSÎ, C. XVI, s. 115.

<sup>54</sup> SERAHSÎ, C. XVI, s. 115.

<sup>55</sup> İnkâr, asıl şahitlerin, biz bu konuya şahit değiliz, dedikten sonra ölmesi veya kaybolması, sonra fer' şahitlerin gelerek onların yerine şahitlikte bulunmak istemesi şeklinde olur ki, bu kabul edilmez.

<sup>56</sup> Ali HAYDAR, C. IV, s. 504; BİLMEN, C. VIII, s. 150.

dayanarak karar verebilmesi için bir takım şartlar aranmış ve şahitliğin geçerli kabul edilmesi için de bazı şartlar öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, şahitlik kurumunun kendine özgü bir yapı içerisinde önceki hukukumuzun düzenlemesinde yer aldığı görülmektedir.

İslâm-Osmanlı yargılama hukuku, günümüz medeni ve ceza yargılama hukuklarından pek çok yönüyle farklılıklar göstermektedir. İki ayrı hukuk sistemi olmalarının tabii bir sonucudur bu durum. Ancak aralarındaki farklılıklar, bu hukuk sistemleri arasında hiçbir benzerliğin bulunmadığı anlamına gelmez. Örneğin, şahitliğin tanımı bakımından aralarında bir paralellik kurulabilmekte ve şahitlik, bir kimsenin başkasındaki hakkını ispat için, hâkim ve tarafların karşısında, “şahadet” sözüyle, bildiği şeyi ifade etmesi olarak görülmektedir.

Bunun yanı sıra önceki yargılama hukukumuzla günümüz yargılama hukukları arasındaki en önemli fark, şahit olabilmekte kendini göstermektedir. Eski yargılama hukukumuzda, bir hukuki olay veya muameleye şahit olabilmekle, mahkemede şahitlik yapabilmek için bir takım şartlar aranmaktadır. Bunlardan birincisi için, temyiz kudreti, görme ve müşahede şartları yeterli iken, ikincisi için fiil ehliyetine sahip olma, dilsiz ve kör olmama, hür olma, adil olma, iftira cezası görmemiş olma, çok dikkatsiz olmama, uluorta konuşmama, menfaat sağlamama gibi şartlar aranmaktadır. Günümüz yargılama hukuklarında ise, şahitlik yapabilmek için, ne fiil ehliyetine sahip olma ne de dilsiz ve kör olmama gibi şartlar aranmaktadır. Buna göre, bir akıl hastasının şahitliğinden yararlanıldığı gibi, gözleri görmeyen ve konuşamayan kimselerin de şahitlikte bulunabilmesi mümkündür. Bu iki ayrı hukuk sisteminin, bu konuda çok farklı olmasının temelinde şahitliğe delil olarak verilen değer yatmaktadır. Günümüz hukukunda şahitlik bir takdiri delil iken, önceki hukukumuzda, şartlarının tam olarak gerçekleşmesi durumunda, hâkimin onunla karar vermek durumunda olduğu kesin bir delildir.

Bundan başka, önceki hukukumuzun dine dayalı bir hukuk olması, onun bu konu ile ilgili düzenlemeler yapmasını da beraberinde getirmiştir. Günümüz hukukunda bulunmayan, müslüman, gayrimüslim ve zimmilerin şahitliği meselesi önceki hukukumuzda geniş bir şekilde ele alınmış ve kendisine bir takım hükümler bağlanmıştır.

Bu iki ayrı yargılama hukuku sistemi, şahitlerin sayısı konusunda da farklı düzenlemeler getirmiştir. Günümüz hukukunda şahitler için bir yetersayı belirtilmemesine karşın, önceki hukukumuz, had, kısas ve diğer davalarda şahitlik yetersayısını ayrı ayrı tespit etmiştir. Zina dışındaki had ve kısas davalarında iki erkek şahit şartı aranmışken, özel hukukla ilgili dava-

larda iki erkek veya bir erkek iki kadın yeterli görülmüştür. Bu yetersayıların aranmadığı davalar ise istisnai niteliktedir.

Eski yargılama hukukumuzda şahitliğin delil olarak kabul edilmesi ancak bir takım şartlarının gerçekleşmesi durumunda mümkündür ve bu durum onu günümüz yargılama hukuklarından ayırmaktadır. Bundan başka, günümüz hukukundan asıl farklılık gösteren noktalardan biri, şahitlerin ifadelerine güvenebilmek ve onunla karar verebilmek için, onlar hakkında güvenilirlik soruşturması yaptırılmasıdır. Günümüz yargılama hukuklarında bulunmayan bu kurum sayesinde şahitliğe dayanarak kesin bir hüküm verilebilmektedir. Şahitlere yemin verilmesi ile şahitlerin yalancı çıkması hususları her iki hukuk sisteminde çoğu yerde paralellik göstermektedir.

Günümüz hukukunda bulunmayıp da İslâm-Osmanlı yargılama hukukunda kabul edilen ve oldukça yaygın olarak kullanılan bir müessese de, başkasından naklen şahitlikte bulunmadır. Had ve kısas davaları dışındaki davalar için geçerli olan bu şahitlik türüne göre, şahidin iki kişiyi kendi yerine şahit olarak görevlendirmesi söz konusudur. Görüldüğü üzere, İslâm-Osmanlı yargılama hukukuyla günümüz yargılama hukuku arasında, şahitlik kurumu bakımından bazı hususlarda benzerlikler bazı hususlarda da köklü sayılabilecek farklılıklar söz konusudur.



# GÜNDEMİN DEĞİŞMEYEN KONUSU: ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TARTIŞMALARI

*Yrd. Doç. Dr. Hikmet TÜLEN\**

## GİRİŞ

Anayasa, bir devletin temel niteliklerini ve başlıca siyasi ve idari organlarının kuruluş ve işleyiş biçimlerini genel ilkeler düzeyinde belirleyen kurallardan oluşur. Fakat, anayasanın işlevi devletin temel örgütlenme şemasını ortaya koymaktan ibaret değildir. Anayasa, belirtilen işlevinin yanında, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini de düzenlemek ve bu hakların güvencesini oluşturmak durumundadır.

Anayasalar devletin hukuki ve siyasi statüsünü ortaya koyarlar ve anayasaların, toplumun tamamının olmasa bile hiç değilse büyük bir çoğunluğunun desteğine sahip olan birer toplum sözleşmesi vasfını taşımaları arzu edilir. Böyle olunca da, aslında anayasaların sık sık değiştirilmesi beklenmez ve uygun karşılanmaz. Bununla birlikte, elbette, anayasalar donmuş ve değiştirilemez metinler de değildir. Toplumsal değişme ve gelişmelere paralel olarak anayasalarda değişiklik yapma gereği ortaya çıkabilir. Nitekim, anayasalar, nasıl değiştirilebileceklerine dair hükümler sevk etmek suretiyle değişebilirliklerini bizzat kabul etmişlerdir.

Ülkemiz açısından bakıldığında ise, yeni bir anayasa hazırlanmasına ya da anayasada değişiklikler yapılmasına ilişkin öneri ve tartışmaların belki de olması gerekenden de fazla bir yer işgal ettiği söylenebilir. Cumhuriyetin ilanından bugüne kadar geçen yaklaşık seksen yıllık bir dönemde üç yeni anayasa kabul edilmiştir. Bunun yanında, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları yürürlükte oldukları süre içerisinde kapsamlı ya da sınırlı pek çok değişikliklere uğramışlardır.

Halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası da -selefi 1961 Anayasası gibi- adeta kabul edildiği ilk günden itibaren eleştirilmeye ve tartışılmaya başlanmıştır. Bu durumun sebeplerini açığa çıkarmak bakımından pek çok

---

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

hususun üzerinde durulabilir. Fakat, herhalde, anayasa yapımı sürecinde izlenen yöntemin<sup>1</sup> bu sonuçta önemli bir katkısının bulunduğunu öncelikle vurgulamak gerekmektedir.

Son birkaç yıl içerisinde anayasa değişikliklerine yönelik öneri ve tartışmaların daha da yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Nitekim, bu tartışmalar, 1995 ve 1999 yıllarında anayasada önemli bazı değişikliklerin yapılmasıyla sonuçlanmıştır.

Kanaatimizce, anayasa değişikliği öneri ve tartışmalarının sıklıkla gündeme gelmesinde, ilgili toplum kesimlerinin, sosyo-ekonomik temelli kimi toplumsal sorunların kaynağını ve çözümünü anayasada görme eğilimine sahip olmalarının da önemli bir rolü vardır<sup>2</sup>. Bu açıdan bakıldığında kanaatimizce şöyle bir gözlem yapılabilir: sosyal ve ekonomik alanlarda çeşitli sorunlarla yüz yüze olan vatandaşlar, sorunlarının çözümü bağlamında anayasanın değiştirilmesi gerektiğini düşünmekle beraber, değiştirilmesini istedikleri anayasaya hangi yönlerden itiraz yönelttiklerini ve mukabil ne tür önerileri olduğunu açıklıkla ortaya koyamamaktadırlar. Bununla beraber, sorunun “Anayasa’dan” ya da “sistemden” kaynaklandığı ve dolayısıyla bu alanlarda esaslı değişikliklerin yapılması gerektiği genel bir kanaat şeklinde ifade edilmektedir.

Bu bir tarafa, anayasa değişikliği konusuna uzman düzeyinde yaklaşan araştırmacıların, siyasi partilerin ve çeşitli toplumsal örgütlerin de, daha teknik düzeyde olmak üzere anayasaya yönelik çeşitli eleştirileri ve değişiklik önerileri de gündemin neredeyse değişmeyen maddelerinden birini oluşturmaktadır. Bu konuda görüş açıklayan bazı yazarlara göre yapılması gereken, anayasanın tümüyle yeni baştan yazılmasıdır. Buna karşılık, bu yaklaşımı gerçekçi bulmayan ve anayasanın tümüyle değiştirilmesi yönünde bir uzlaşma sağlanmasını mümkün görmeyerek, anayasada sadece kısmi bazı

<sup>1</sup> 1982 Anayasasının yapımı süreci hakkında ayrıntılı bilgi ve bu sürecin demokratik asli kuruculuk açısından eleştirisi için bkz., TANÖR, Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, 3. Tıpkı Bası, İstanbul-1994, s.99-107; TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 5. Bası, İstanbul-1998, s.156-159; ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 1998, s.27-33; ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, 3. Baskı, Ankara-1999, s.38-42; ATAR, Yavuz, **Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Mimoza Yayınları, Konya-2000, s.102-120, 156 vd.

<sup>2</sup> Oysa, bu tür sorunların çözümünü ekonomik ve sosyal yapıda yapılacak değişikliklerde aramak gerekmektedir. Çünkü sorunların gerçek çözümü oradadır. “Üzerine çok fazla umut, görev ve sorumluluk yüklenen bir anayasa, aynı zamanda çok çabuk bir hayal kırıklığı, başarısızlık ve suçlama simgesi haline ...” gelebilir. Bu açıdan, bir anayasadan, kendisinin başarabileceğinden daha fazlasını beklememek gerekmektedir. Bkz., SOYSAL, Mümtaz, **Anayasanın Anlamı**, Yedinci baskı, İstanbul-1987, s.406.

değişiklikler yapılmasının mümkün olabileceğini düşünen yazarlar da vardır. Anayasaya yönelik bu eleştiriler, kimi zaman oldukça dikkat çekici bir üslup ve içerikle ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda “anayasanın meşruluk debisinin neredeyse sıfıra yaklaştığı”<sup>3</sup> ve anayasanın “itibari bir anayasa”<sup>4</sup> olduğu tespitleri zikredilmeye değerdir. Kısaca, anayasada yapılması gereken değişikliklere dair görüşler sürekli olarak Türkiye gündeminde tartışılan konular arasında yer almaktadır.

Bu çalışmada, 1982 Anayasasında hangi yönlerden değişiklik yapılmasına ihtiyaç bulunduğu hususunda açıklanan görüşleri kısa kısa özetlemeye çalışacağız. Bunu yaparken anayasa değişikliği tartışmalarında gündeme getirilen her bir özel sorunu tartışmaktan ziyade, üzerinde nispeten daha kolay uzlaşma sağlanabileceğini düşündüğümüz kimi alanlar üzerinde durmaya çalışacağız. Bu bağlamda, tartışılmakta olan anayasa değişikliği önerilerini, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün görülmeyen kimi anayasa hükümlerinde yapılması gereken değişiklikler; temel hak ve hürriyetler alanında yapılması gereken değişiklikler; parlamenter hükümet sistemi- başkanlık sistemi karşılığı bağlamında dile getirilen kimi anayasa değişikliği tartışmaları ve yasama dokunulmazlığı ve meclis soruşturması gibi bazı anayasal kurumlarda (mekanizmalarda) ve diğer bazı anayasal konularda yapılması gereken değişiklikler şeklinde sınıflandırarak incelemeye çalışacağız.

Bu konulara geçmeden önce de, 1982 Anayasasında bugüne kadar yapılmış olan değişiklikleri, -bu değişikliklerin ana doğrultusu hakkında fikir sahibi olabilmek amacıyla- kısaca gözden geçirmeye çalışacağız.

### **I- 1982 Anayasasında Bugüne Kadar Yapılmış Olan Değişiklikler**

1982 Anayasasında, yürürlüğe girişinden bugüne kadar geçen süre içerisinde farklı tarihlerde (1987, 1993, 1995 ve 1999 yıllarında) birçok değişiklikler yapılmıştır. Anayasada yapılan değişiklikleri tarih sırasına bağlı kalarak şu şekilde özetleyebiliriz:

---

<sup>3</sup> Bilindiği üzere bu tespit, 1999-2000 Adli Yılı Açış Konuşmasında Yargıtay Başkanı Sayın Sami Selçuk tarafından yapılmıştır. Bu Açış Konuşmasının metni, internet ortamında [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) adresinden elde edilebilir.

<sup>4</sup> İtibari anayasa kavramı, belli bir toplumda siyasal iktidarı örgütleyen ama onu sınırlandırmayan, sınırsız ve denetimsiz bir iktidar yapısı kuran anayasalar için kullanılmakta ve bu tür anayasaların anayasacılığın telosuyla bir ilgisinin bulunmadığı belirtilmektedir. Kavram hakkında ayrıntılı bilgi ve yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının itibari anayasa olarak nitelendirilmesi için bkz., ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s.29-31.

**1982 Anayasasında ilk değişiklik 1987 yılında gerçekleştirilmiştir. 17.05.1987 tarihli ve 3361 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği ile:**

*I-Seçmen olabilme yaşı 21'den 20'ye düşürülmüştür.* (Daha sonra 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği ile 18 yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme hakkına sahip olacağı hükme bağlanmıştır.)

*II-Milletvekili sayısı 400'den 450'ye yükseltilmiştir.* (Daha sonra 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği ile milletvekillerinin sayısı tekrar artırılmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin genel oyla seçilen 550 milletvekilinden oluşacağı hükme bağlanmıştır.)

*III-Anayasanın değiştirilmesi yöntemi değiştirilmiştir.* Buna göre, anayasa değişikliğine ilişkin teklifin kabulü için aranacak asgari yetersayı üye tamsayısının üçte ikisinden (2/3) beşte üçüne(3/5) indirilmiş; anayasa değişikliğine ilişkin oylamanın gizli oyla yapılması esası getirilmiş ve anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca halkoylamasına sunulması konusu yeni esaslara bağlanmıştır.

*IV-Anayasanın geçici 4. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.* Anılan madde, 12 Eylül 1980 öncesi dönemin politikacılarına çeşitli sürelerde siyasi faaliyet yasağı getirmekteydi. Anayasanın geçici 4. maddesinin yürürlükten kaldırılmasına yönelik anayasa değişikliği zorunlu olarak halkoylamasına sunulmuş ve siyasi yasaklar halkoylaması sonucunda kalkmıştır.

**1982 Anayasasında ikinci değişiklik 8.7.1993 tarihli ve 3913 sayılı kanunla yapılmıştır.**

Bu kanunla yapılan anayasa değişikliği Anayasanın tek bir maddesinin değiştirilmesinden ibarettir. 1993 yılında Anayasanın 133. maddesinde yapılan değişiklikle özel radyo ve televizyon istasyonları kurulmasının önündeki anayasal engel ve bu konudaki devlet tekeli kaldırılmıştır.

**1982 Anayasasında yapılan üçüncü ve en kapsamlı değişiklik 1995 yılında gerçekleştirilmiştir. 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı kanunla yapılan anayasa değişiklikleri ile:**

*I-Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan "kutsal Türk Devleti" ibaresi "yüce Türk Devleti" şeklinde değiştirilmiş; 12 Eylül askeri müdahalesinin gerekçelerinin anlatıldığı kısım ile müdahalenin silahlı kuvvetlerce Türk Milleti'nin çağrısıyla gerçekleştirilmiş olduğunun ifade edildiği bölüm ve 1982 Anayasasının hangi organlarca ve ne şekilde hazırlanıp yürürlüğe konulduğunun açıklandığı bölümler Anayasanın başlangıcından çıkartılmıştır.*



*II-Anayasanın 33. maddesinde yapılan değişikliklerle*, derneklerin siyasi faaliyette bulunmalarını; sendika, meslek kuruluşları ve vakıflarla ortak hareket etmelerini yasaklayan hükümler anayasadan çıkarılmıştır. Ayrıca derneklerin kapatılması ve faaliyetten alıkonulması konularında güvenceler artırılarak bu alanda daha demokratik bir düzenleme yapılmıştır<sup>5</sup>.

*III-Anayasanın sendikal faaliyet başlığını taşıyan 52. maddesi bütünüyle yürürlükten kaldırılmak ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını düzenleyen 135. ve kooperatifler konusunu düzenleyen 171. maddelerinde değişiklik yapılmak suretiyle* sendikaların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve kooperatiflerin siyasetle uğraşmalarına ve siyasal partiler, sendikalar ve derneklerle ortak hareket etmelerine dair yasaklar yürürlükten kaldırılmıştır.

*IV-Anayasanın 53. maddesine eklenen bir fıkra ile* memurlar ve diğer kamu görevlileri için sendika kurma hakkı ve kurulacak olan memur sendikalarına ve üst kuruluşlarına da üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilme ve idareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilme hakları tanınmıştır. Görüldüğü üzere, burada sözü edilen haklar arasında memurlar ve diğer kamu görevlileri için grev hakkı yer almadığı gibi toplu sözleşme hakkı da tanınmış değildir.

*V-Anayasanın 67. maddesinde yapılan değişikliklerle*,

1. Yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının Türkiye'deki seçimlerde oy haklarını kullanabilmeleri için alınması gerekli tedbirlerin kanunla belirlenmesi görevi kanun koyucuya yüklenmiştir.

2. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan tutukluların seçme haklarını kullanabilmelerinin önündeki anayasal engel kaldırılmıştır.

3. Anayasanın 67. maddesinin sonuna eklenen bir fıkra ile de seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak şekilde düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiştir.

*VI-Anayasanın siyasi partilerle ilgili 68 ve 69. maddelerinde yapılan değişikliklerle*,

1. Siyasi partilere üye olabilmek için aranacak yaş şartı 18 yaşın tamamlanması şeklinde tespit edilmiştir.

2. Yükseköğretim öğrencileri ile yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmalarının önündeki anayasal engel kaldırılmıştır.

---

<sup>5</sup> ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya-2000, s.34.

3. Siyasi partilerin yurt dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunmalarına, kadın kolu ve gençlik kolu gibi yan kuruluşlar meydana getirmelerine ilişkin anayasadaki yasaklar kaldırılmıştır.

4. Siyasi partilerin tüzük ve programlarının yanı sıra eylemlerinin de devletin bağımsızlığına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine de aykırı olamayacağı ve siyasi partilerin suç işlenmesini teşvik edemeyeceklerine dair hükümler anayasaya ilave edilmiştir.

5. Anayasanın ilgili diğer maddelerinde yapılan değişikliğe paralel olarak 69. maddenin 2. fıkrası da yürürlükten kaldırılmak suretiyle siyasi partilerin dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde bulunmalarına dair yasaklar anayasadan çıkartılmıştır.

6. Siyasi partilerin kapatılması ile ilgili olarak, bir siyasi partinin Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen yasaklara aykırı eylemlerin işlendiği bir odak haline geldiğini tespit etme görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

*VII-Anayasanın 84. maddesinde yapılan değişiklikle milletvekilliğinin düşmesi sebepleri yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişikliğin önemli yanları şunlardır:*

1. Partisinden istifa ederek başka bir partiye giren milletvekilinin milletvekilliğinin sona ereceğine dair hüküm anayasadan çıkarılmıştır.

2. Kesin hüküm giyme veya kısıtlanma hallerinde, bu hususlardaki kesin mahkeme kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle milletvekilliğinin düşeceği, bu konuda Meclis Genel Kurulunun ayrıca bir karar vermesine gerek bulunmadığı hususu kararlaştırılmıştır.

3. Partisinin kapatılmasına eylem ve sözleriyle sebebiyet verip vermediğine bakılmaksızın temelli kapatılan bir siyasi partinin bütün milletvekillerinin meclis üyeliği sıfatlarının sona ereceğine ilişkin düzenleme anayasadan çıkarılmış ve sadece beyan ve eylemleriyle partisinin kapatılmasına sebebiyet verdiği Anayasa Mahkemesince tespit edilen milletvekillerinin milletvekilliğinin sona ereceği hükme bağlanmıştır.

*VIII- Anayasanın 93. maddesinde yer alan Türkiye Büyük Millet Meclisinin, her yıl Eylül ayının ilk günü kendiliğinden toplanacağına dair hüküm, Türkiye Büyük millet meclisi, her yıl Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır şeklinde değiştirilmiştir.*

*IX-Yukarıda özetlenenlerin dışında 1995 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile,*

1. Mahalli idareler seçimlerinin takvimine ilişkin Anayasa hükmünde (m.127/3) yeni bir düzenleme yapılmıştır.

2. Parti kapatma davalarında davalı siyasi partinin genel başkanlığına sözlü savunma yapma hakkı tanınmıştır.

3. Milletvekilliğinin düşmesi sebeplerine dair düzenlemede yapılan değişikliğe paralel olarak milletvekilliğinin düşürülmesine dair Meclis kararlarının yargısal denetimine ilişkin anayasanın 85. maddesi de yeniden düzenlenmiştir.

1995 yılında gerçekleştirilen ve yukarıda özetlenen anayasa değişikliklerinin amacı o günkü hükümet tarafından "demokratikleşmeyi ve yeniden yapılanma"yı gerçekleştirmek olarak açıklanmıştır. Doktrinde bu konuda yapılan değerlendirmelerde, genel olarak, yapılan anayasa değişiklikleri nispeten olumlu bulunmakta ve bu değişikliklerinin demokratikleşme amacına hizmet edebileceği vurgulanmaktadır. Bununla beraber, özellikle siyasal katılma kanallarının genişletilmesine yönelik anayasa değişikliklerinin deyim yerindeyse kağıt üzerinde kalmaması için Dernekler Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Sendikalar Kanunu gibi ilgili yasal düzenlemelerde de değişiklik yapılmasına ve ilgili mevzuatın anayasayla uyumlu hale getirilmesine halen de ihtiyaç bulunmaktadır<sup>6</sup>.

*1982 Anayasasında son olarak 1999 yılında iki kez değişiklik yapılmıştır.*

*I-Bu değişikliklerin ilki 18.6.1999 tarihli ve 4388 sayılı kanunla yapılmıştır.*

Bu kanunla yapılan değişiklik, esas itibariyle, Anayasanın 143. maddesinde yer verilen Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev alacak hakim ve savcılarının hangi kaynaklardan ne şekilde seçileceğinin yeniden düzenlenmesiyle ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu bazı kararlarda, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri üyelerin bulunmasının bu mahkemelerin bağımsız bir mahkeme sayılmalarına engel

---

<sup>6</sup> 1995 yılında yapılan anayasa değişikliklerinin değerlendirilmesi için bkz., AKAD, Mehmet, "Anayasa Değişikliği Üzerine Bir Not: Siyasal Katılmanın Niteliği ve Boyutları", **Çoşkun Kırc'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, Ankara-1996, s.7-12; YAYLA, Yıldızhan, "Dernek, Vakıf ve Sendikalara İlişkin Anayasa Değişiklikleri", **Çoşkun Kırc'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, Ankara-1996, s.27-38.

oluşturacağına temas edilmesi nedeniyle bu konuda bir değişiklik yapma gereğinin duyulmuş olması muhtemeldir. Yapılan anayasa (ve buna paralel olarak daha sonra yapılan yasa) değişikliği ile Devlet Güvenlik Mahkemele-  
rinde askeri hakim ve savcılarının görev almaları uygulamasına son verilerek, bu mahkemelerin hakim ve savcılarının sivil hakim ve savcılar arasından göreve getirilmesi esası benimsenmiştir.

*II-Anayasada 1999 yılında yapılan değişikliklerin ikincisi 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı kanunla gerçekleştirilmiştir. Bu kanunla yapılan değişikliklerle,*

1. Anayasanın 47. maddesine eklenen ikinci fıkra ile “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla...” gösterileceği hükme bağlanmak suretiyle, bu anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan veya daha sonra gerçekleştirilecek olan özelleştirme uygulamalarına açık bir anayasal dayanak temin edilmiştir. Böylelikle özelleştirme uygulamalarının anayasaya uygunluğu konusundaki tartışmalarda yeni bir aşamaya gelinmiştir.

2. Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasına eklenen bir cümle ile kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde milli veya milletlerarası tahkim yoluna başvurma mümkün olabileceği hükmü getirilmiştir. Buna paralel olarak, Anayasanın Danıştay’ın görevlerini düzenleyen ilgili hükmünde de (m.155/2) değişiklik yapılarak, Danıştay’ın “imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme” görevi, “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek”le sınırlandırılmıştır.

1982 Anayasasında, yürürlüğe girişinden bugüne kadar geçen süre içerisinde yapılan değişiklikleri böylece özetlemiş olduk. Kanaatimizce de, Anayasada yapılan değişiklikler genelde olumlu ve göreceli olarak demokratikleşme hedefini gerçekleştirmeye yöneliktir<sup>7</sup>. Bununla birlikte, ilgili yasaların da gözden geçirilerek anayasayla uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, bizim de katılmakta olduğumuz bazı görüşlere nazaran Anayasanın bir kısım düzenlemelerinde ilave bazı değişikliklerin daha yapılmasına ihtiyaç vardır. Aşağıda bu konuya temas edilecektir.

<sup>7</sup> Bkz., ATAR, *Türk Anayasa Hukuku*, s.34.

## **II-1982 Anayasasının Hukuk Devleti İlkesiyle Bağdaşmayan Hükümleri**

Bilindiği üzere, hukuk devleti ilkesi, ülkede evrensel standartlarla uyum içerisinde olan bir hukuk sisteminin var olmasını ve devlet organlarının yapılan her türlü işlem ve eylemin de hukuk kuralları çerçevesinde tesis ve icra edilmesini gerektirir. Bu bağlamda idarenin her türlü işlem ve eyleminin hukuka uygun olması ve idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun bağımsız yargı organlarınınca denetlenmesi de hukuk devletinin vazgeçilmez gereklerindedir.

1982 Anayasasına bu açıdan bakıldığı zaman, Anayasanın 125. maddesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” denilmiş olması hukuk devleti ilkesi açısından olumludur. Bununla beraber gerek Anayasada gerekse de ilgili diğer kanunlarda yer alan diğer bazı hükümler dolayısıyla bir kısım idari işlemler hakkında yargısal denetim sürecinin işletilmesi engellenmiş bulunmaktadır. Biz, bu çalışmada, yürürlükte bulunan tüm mevzuat üzerinde bir inceleme yapmayacağız, sadece Anayasada yer alan ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün görülmeyen kimi düzenlemeler üzerinde duracağız. Bu sınırlama çerçevesinde hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eden Anayasa hükümlerine kısaca temas etmeye çalışalım:

Bu bağlamda ilk olarak Anayasanın 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme dikkati çekmektedir. Buna göre, “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararları yargı denetimi dışındadır”.

Burada söz konusu olan Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması ile ilgili olarak doktrinde genelde benimsenen yaklaşım şudur: 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı’na tanınmış olan yetkilerin bir kısmı (örneğin Anayasa Mahkemesi üyelerini seçmek ya da Anayasa Mahkemesi’nde kanunlar için iptal davası açmak gibi yetkiler) Cumhurbaşkanının tek başına kullanacağı ve kendisine tarafsız devlet başkanı sıfatından dolayı verilmiş olan yetkililerdir. Bu bakımdan, “Cumhurbaşkanının Devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler “idari işlem sayılama-yacağı için, bunların yargı denetimi dışında bırakılmasında hukuk devleti ilkesiyle çelişir bir yön yoktur”. Buna karşılık Cumhurbaşkanının yürütme organının başı sıfatıyla ve tek başına yapmış olduğu işlemlerin (örneğin üniversite rektörlerini seçmek gibi) yargı denetimi dışında tutulması

hukuk devleti ilkesine aykırıdır<sup>8</sup>. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının icraî nitelikteki bu tür işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulmasına yol açan anayasa hükmünün değiştirilmesi gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı idari işlemlerin yanında, diğer tüm idari makamların bütün işlem ve eylemlerinin de yargı denetimine tabi olması gerekirken,

1. Anayasanın 125. maddesinin 2. fıkrası gereğince Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında olması,

2. Anayasanın 159. maddesinin 4. fıkrası gereğince Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaması,

3. Anayasanın 129. maddesinin 3. fıkrası gereğince uyarma ve kınama disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmış olması,

Ve sayılan bu işlemlerin açıkça idari nitelikte işlemler olması dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. İşaret edilen anayasal düzenlemelerin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ve değiştirilmelerinin gerektiği doktrinde ve uygulamada hemen hemen ittifakla kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Bilindiği üzere, hukuk devleti ilkesi gereğince kanunların ve kanun gücündeki diğer kural işlemlerin de anayasaya uygunluk açısından yargı organlarınca denetlenmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında da anayasanın bazı hükümlerinin açıkça hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği görülmektedir. Bu bağlamda,

1. Anayasanın geçici 15. maddesinin son fıkrası gereğince 12 Eylül askeri yönetimi döneminde çıkarılmış olan kanunlar ve kanun hükmünde karamamelerin anayasaya aykırılığının iddia edilememesi,

2. Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrası gereğince olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde karamamelerin anayasaya aykırılığının iddia edilememesi

Hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

<sup>8</sup> Bkz., ÖZBUDUN, age., s.92; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa-2000, s.350 vd.

<sup>9</sup> Bkz. GÖZLER, age., s.155; Anayasa Mahkemesi Başkanı Ahmet Necdet SEZER'in Anayasa Mahkemesi'nin 38. kuruluş yıldönümü töreninde yapmış olduğu açış konuşması, içerisinde: **Anayasa Yargısı 17**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara-2000, s.9 vd.; TANÖR, Bülent, **Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD, İstanbul-1997, s.170 vd.; ATAR, **Türk Anayasa Hukuku**, s.38-39; ERDOĞAN, Mustafa, "Fazilet Partisinin Anayasa Taslağı Hakkında Bir Değerlendirme", [www.liberal-dt.org.tr](http://www.liberal-dt.org.tr), 1999.

Değinen bu iki konuda anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunduğu hususu, konuyla ilgili görüş açıklayanlar arasında ortak bir kanaat şeklinde ortaya çıkmış bulunmaktadır<sup>10</sup>.

### **III- 1982 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler Alanında Yapılması Gereken Değişiklikler**

Çalışmamızın bu bölümünde, 1982 Anayasasının temel hak ve hürriyetlerle ilgili bazı düzenlemelerinin değiştirilmesi gerektiğine dair kimi görüşlere kısaca yer vermeye çalışacağız.

Bu bağlamda öne çıkan somut anayasa değişikliği önerilerini şu şekilde özetlemek mümkündür<sup>11</sup>:

1. Ölüm cezasının Anayasadan (m.17/4) ve ilgili diğer mevzuattan çıkarılması gerektiği savunulmaktadır. Bu önerinin gerekçeleri şunlardır: Ölüm cezası, insan onuruna uygun olmayan, önleyici nitelikten yoksun ve geriye dönülebilir niteliği olmayan bir cezadır ve yaşama hakkını ortadan kaldırmaktadır<sup>12</sup>. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin büyük çoğunluğunda ölüm cezası hukuk sisteminden çıkarılmıştır. Avrupa Birliğine tam üyelik süreci içine girmiş olan Türkiye'nin de tam üye olabilmesi için mevzuatından ölüm cezasını çıkarması gerekmektedir. Nitekim, Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda da ölüm cezası kaldırılmış ve bunun yerine ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası öngörülmüştür. Kaldı ki, Türkiye'de 1984'den beri ölüm cezaları infaz edilmemektedir ve bu ceza fiilen kaldırılmış gibidir.

Bu gerekçelerle ölüm cezalarının sadece savaş ve yakın savaş tehlikesi durumları için öngörülebileceği ve bunun dışındaki haller için mevzuatta

<sup>10</sup> Bkz. GÖREN, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir-1997, s.135-136.; KABOĞLU, İbrahim Ö. "İki Özgürlük Alanı: Biri "Dar" Öteki "Geniş"", içerisinde: *Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları*, Başbakanlık Basımevi, Ankara-1999, s.177; TEZİÇ, Erdoğan, "1982 Anayasasında Demokrasi ve İnsan Hakları Alanında Yapılması İsbetli Olacak İyileştirmeler", içerisinde: *Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları*, Ankara-1999, s.190-191.; TANÖR (1997), s.174-176.

<sup>11</sup> Bu bölümün yazılmasında başlıca şu kaynaklardan yararlanılmıştır: GÖREN, Zafer, "Temel Hak ve Özgürlükler Yöntünden Anayasal Reform", 29-30.06.2000 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Türkiye'de Anayasa Reformu-İlkeler ve Sonuçlar" konulu Kongre'ye sunulan tebliğ, s.1-35.; Bülent TANÖR, *Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi-Tartışmalar ve Son Gelişmeler*, TÜSİAD, İstanbul-1999, s.115-144; İnsan Haklarından Sorumlu Devlet Bakanlığının 14 Ekim 1999 tarihinde Ankara'da Düzenlediği Sivil Toplum Örgütleriyle Çalışma Toplantısı'nda yapılan konuşmaların metinlerinin derlenmesinden oluşan *Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları* isimli eser, Ankara-1999.

<sup>12</sup> GÖREN, adı geçen tebliğ, s.10.

ölüm cezalarına yer verilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ölüm cezalarını yürürlükten kaldırmanın en pratik yolunun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 6 No'lu Protokol'ün Türkiye tarafından onaylanması olduğu belirtilmektedir<sup>13</sup>.

2. Anayasanın 13. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve temel hak hürriyetlerin hepsi için geçerli olan, hürriyetlerin kanunla sınırlandırılmasında başvurulabilecek genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması; bu mümkün görülüyorsa hiç değilse genel sınırlama nedenlerinin sayısının azaltılması ve bu alanda içeriği belirsiz kavramlar kullanmaktan vazgeçilmesi önerilmektedir<sup>14</sup>.

Yine bu çerçevede, inanç, düşünce, bilim ve sanat özgürlükleri gibi bir kısım hak ve hürriyetlerin mahiyetleri gereği hiç bir şekilde sınırlandırılması gerektiği<sup>15</sup>; diğer temel hak ve hürriyetlerin de sadece o hak ve hürriyetle ilgili maddede öngörülebilir ve hakkın niteliğine uygun düşen özel sınırlama nedenleriyle sınırlandırılması gerektiği; temel hak ve hürriyetler arasındaki nitelik farklarının yok sayılarak hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olacak genel sınırlama sebeplerine yer verilmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>16</sup>.

3. Yakalanmak veya tutuklanmak suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin durumunun yakınlarına haber verilmesini sınırlandıran Anayasanın 19. maddesinin 6. fıkrasının değiştirilmesi önerilmektedir<sup>17</sup>.

4. Din kültürü ve ahlak öğretimi derslerinin ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak zorunlu dersler arasında yer almasını öngören Anayasanın 24. maddesinin 4. fıkrasının yürürlükten kaldırılması önerilmektedir<sup>18</sup>. Bu önerinin gerekçeleri şu şekildedir: Laik bir devlette devletin resmi bir dininin olmaması gerekir. Dinler karşısında tarafsız olması gereken devlet, özellikle zorlayıcı kurallar koymak suretiyle belli bir dinin kurallarını vatandaşlarına benimsetmek için faaliyette bulunamaz. Bu nedenle de devletin yönetiminde

---

13 TANÖR (1999), s.118-119.

14 GÖREN, adı geçen tebliğ, s.7-8.

15 TANÖR, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul-1990, s.340.

16 Ayrıntılı bilgi için bkz., TANÖR (1997), s.97-99.

17 Bkz., ÖNDÜL, Hüsnü, "Türkiye'de İnsan Hakları ve Demokratik Standartlar Sorunu", içerisinde: *Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları*, Ankara-1999, s.109

18 Bu konuda doktrinde oldukça geniş bir mutabakatın varlığından söz edilebilir. Örnek olarak bkz., TANÖR (1999), s.128-129; GÖREN, adı geçen tebliğ, s.11.



bulunan okullarda din derslerinin zorunlu kılınması laiklik ilkesiyle bağdaşmaz<sup>19</sup>.

Zorunlu din dersi uygulamasının kaldırılması gerektiği yönünde görüş birliği olmakla birlikte, din eğitim ve öğretiminin ne şekilde verilmesi gerektiği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çerçevede öne çıkan başlıca iki görüşten birisi, din eğitim ve öğretimi konusunun sivil topluma (o dinin mensuplarından oluşan topluluğa) bırakılması yönündedir. İkinci görüşe göre ise, din eğitim ve öğretimi mutlaka devletin denetimi altında verilmelidir ve devlet okullarında bu alanda yapılacak olan bilgilendirme zorunlu olmaktan çıkarılmalı ve isteğe bağlı hale getirilmelidir.

5. Anayasanın 26. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz” hükmü ile Anayasanın 28. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz” hükümlerinin anayasadan çıkarılması gerektiği savunulmaktadır. Dil farklılıklarının sosyolojik bir gerçek olduğu ve kanun ya da anayasa ile yasaklanarak bu gerçekliğin ortadan kaldırılmaya çalışılmasının eşyanın tabiatına uygun olmayacağı vurgulanmıştır<sup>20</sup>. Zaten, 1991 yılında yapılan yasal değişiklik sonucu bugün için kanunla yasaklanmış herhangi bir dil olmadığından, gereksiz hale gelmiş olan ve dil yasaklarının anayasal dayanağını oluşturan yukarıda değinilen hükümlerin anayasadan çıkarılması gerekmektedir.

6. Anayasanın 26. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüş bulunan, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti ile ilgili özel sınırlama nedenlerinin sayıca çok ve içerik olarak da belirsiz kavramlardan oluştuğu ve bu durumun adeta düşünce özgürlüğünü kullanılamaz hale getirdiği belirtilmektedir. Bu alanda yapılacak değişiklikte, düşünce özgürlüğünün kullanılmasının “...ancak suçları önlemek, kişilerin onurunu, özel yaşamını veya kanunca öngörülen meslek sınırlarını korumak ve yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi”ni<sup>21</sup> sağlamak amaçlarıyla sınırlandırılabilirliğinin belirtilmesinin yeterli olacağı savunulmaktadır.

---

<sup>19</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s.55-56. Özeldir zorunlu din dersleri uygulaması ve genelde de din öğretimi konusunda ayrıntılı bilgi ve öneriler için bkz., TANÖR (1997), s.116-120.

<sup>20</sup> TEZİÇ, Erdoğan, “1982 Anayasasında Demokrasi ve İnsan Hakları Alanında Yapılması İstenecek İyileştirmeler”, içerisinde: *Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları*, Ankara-1999, s.188.

<sup>21</sup> GÖREN, adı geçen tebliğ, s.12

7. Anayasanın 27. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve bilim ve sanat hürriyetini yayma hakkının Anayasanın 1 inci, 2 inci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmayacağını belirten hükmün anayasadan çıkarılması gerektiği savunulmaktadır. Şöyle ki, “bilim ve sanatların insanlık tarihindeki ayrıcalıklı yeri, bu alandaki yaratıların mutlak bir özgürlük rejiminden yararlanmalarını...”<sup>22</sup> gerekli kılmalıdır denilmekte ve bilim ve sanat özgürlüğü ile düşünce özgürlüğünü bu şekilde sınırlandıran bir hükmün dünyada hiçbir demokratik ülke anayasasında bulunmadığından bahisle, söz konusu düzenlemede, işaret edilen yönde bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç olduğu vurgulanmaktadır<sup>23</sup>.

8. Anayasanın 53 ve 54. maddelerinde yapılacak değişikliklerle memurlar ve diğer kamu görevlileri için de toplu sözleşme ve grev haklarının tanınması gerektiği, böyle bir değişikliğin çağdaş gelişmelere daha uygun olacağı, demokratik bir ülkede grev hakkının sadece işçiler için tanınmasının yeterli olmadığı, kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak ve benzeri makul nedenlerle yapılabilecek belli sınırlamalar dahilinde grev hakkının memurlar için de anayasal bir hak olarak tanınması gerektiği vurgulanmıştır<sup>24</sup>.

Temel hak ve hürriyetler alanında yapılması gereken iyileştirmeler elbette bu saydıklarımızdan ibaret değildir. Türkiye'nin, insan hakları alanındaki mevzuatını ve uygulamalarını Avrupa Birliği üyesi ülkelerin standartlarına yükseltmek gibi bir hedefi olmalıdır. Bu açıdan da gerek anayasada gerekse ilgili yasalarda yapılması gereken ve bu çalışmada üzerinde duramayacağımız diğer değişiklikler söz konusudur<sup>25</sup>.

#### IV- Hükümet Sistemi Tercih Konusundaki Öneri ve Tartışmalar

1982 Anayasasının kurmuş olduğu hükümet sisteminin niteliği üzerinde bir kısım tartışmalar yapılmakla birlikte, parlamenter sistemin geleneksel kurucu unsurları olarak nitelendirilen hususlar anayasada yer almıştır. Bu bağlamda, hükümetin yasama organının içerisinden çıkması ve bu organın güvenine sahip olduğu sürece işbaşında kalabilmesi; yürütmenin devlet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşan ikili bir yapıda olması; devlet başkanının siyasal sorumsuzluğu ve bunun gereği olarak karşı imza kuralının

<sup>22</sup> TANÖR (1997), s.125.

<sup>23</sup> Bkz., TANÖR (1999), s.53. 1982 Anayasasının ifade hürriyeti ile ilgili hükümleri üzerinde toplu bir değerlendirme için bkz., SUNAY, Reyhan, “Anayasanın İfade Hürriyeti Anlayışı ve Uygulamaya Yansıyan Sorunlar”, [www.liberal-dt.org.tr](http://www.liberal-dt.org.tr), 1999.

<sup>24</sup> Bkz., GÖREN, adı geçen tebliğ, s.14-15.

<sup>25</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., TANÖR (1997), s.93-158.

benimsenmiş olması ve nihayet de belli şartların gerçekleşmesi halinde Cumhurbaşkanına TBMM seçimlerini yenileme (fesih) yetkisinin tanınmış olması geleneksel bakış açısından anayasanın kurmuş olduğu hükümet sisteminin parlamenter sistem olarak nitelendirilmesine yeterlidir. Bununla birlikte, bazı yazarlar, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanına tanınmış olan yetkilerin normal bir parlamenter sistemde olması gerekenden daha fazla olması ve Cumhurbaşkanının bir kısım yetkilerini karşı imza kuralından bağışık olarak kullanabilmesi gibi hususları dikkate alarak, 1982 Anayasasının getirdiği hükümet sisteminin klasik bir parlamenter sistem olarak nitelendirilmesinin zor olduğunu belirtmektedirler.

Bu tartışma bir tarafa, bugün hem ülkemizde hem de dünyada, istikrarlı bir anayasal demokrasi için parlamenter sistemin mi yoksa başkanlık sisteminin mi daha elverişli olduğu konusunda yaygın bir tartışmanın yapılmakta olduğu gözlenmektedir<sup>26</sup>. Sözü edilen bu tartışma, bizim bu yazıda kısa bir özetini bile yapamayacağımız kadar kapsamlı bir alanda cereyan etmektedir. Biz, parlamenter sistem-başkanlık sistemi karşıtlığına sadece birkaç cümleyle temas etmeye çalışacağız.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, sözü edilen her iki hükümet sisteminin de dünya üzerinde başarılı ve başarısız örnekleri vardır. Örneğin İngiltere’de parlamenter sistem, Amerika Birleşik Devletleri’nde de başkanlık sistemi istikrarlı bir şekilde uygulanmaktadır. Buna karşılık da parlamenter sistemin örneğin bazı Afrika ülkelerinde, başkanlık sisteminin de Latin Amerika ülkelerinde başarısızlığa uğramış olduğu bilinmektedir. Bu bakımdan, bir ülkede anayasal demokrasinin başarı veya başarısızlığını

---

<sup>26</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., LİNZ, Juan, “Başkanlık Sistemi veya Parlamenter Sistem Arasındaki Tercihin Siyasal ve Sosyal Sonuçları”, içerisinde: Türk Demokrasi Vakfı, **BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı**, s.117-140; SARTORI, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, Çev. Ergun ÖZBUDUN, Yetkin Yayınları, Ankara-1997, s.113-147; ÖZBUDUN, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, Ankara-1993, s.138-151; HOROWITZ, Donald L., “Demokratik Sistemleri Karşılaştırmak”, Çev. Levent KÖKER, içerisinde: **Demokrasinin Küresel Yükselişi**, Derleyenler: Larry DIAMOND ve Marc F. PLATTNER, Yetkin Yayınları, Ankara-1995, s.161-168; TURHAN, Mehmet, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır-1989, s.32-56; KUZU, Burhan, **Türkiye İçin Başkanlık Sistemi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1997.; ÖZER, Attila, **Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, 2. Baskı, Ankara-1998.; ATAR, ...**Anayasa Yapımı**, s.208-219; GÖZLER, Kemal, “Türkiye’de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir?”, **Türkiye Günlüğü**, Sayı: 62, Eylül-Ekim 2000-05, s. 25-47; ERDOĞAN, Mustafa, “Türkiye’nin Sistem Arayışı”, içerisinde: **Demokrasi Lâiklik Resmî İdeoloji**, Liberte Yayınları, Ankara 2000, s. 102-118.

sadece o ülkede uygulanan hükümet sistemine bağlamak isabetli bir yaklaşım değildir. Her ülkenin kendine özgü ekonomik, siyasi, tarihsel ve kültürel koşulları o ülkede uygulanan hükümet sisteminin başarılı veya başarısız oluşunu temelden etkilemektedir. Ayrıca, derin toplumsal bölünmelerin ve parçalanmış siyasal partiler tablosunun varlığı halinde hem başkanlık sisteminin hem de parlamenter sistemin başarılı olma ihtimali oldukça azalmaktadır<sup>27</sup>.

Bununla beraber, gerek doktrinde gerekse siyasal partiler arasında her iki hükümet sisteminin de taraftarlarının ve karşıtlarının olduğu da bir gerçektir. Burada, öncelikle başkanlık sisteminin ülkemiz açısından neden uygun bir hükümet modeli olamayacağına dair görüşlere kısaca temas edeceğiz; daha sonra da parlamenter sisteme yöneltilen eleştirilere ve başkanlık sisteminin avantajlarının vurgulandığı görüşlere değineceğiz:

Başkanlık sistemine yönelik eleştirilere göre, bu sistem, Amerika Birleşik Devletleri'ne özgü bir modeldir ve ABD dışında başarılı ve istikrarlı bir uygulaması yoktur. Başkanlık sisteminin ABD'nde başarılı olmasının arkasında bu ülkeye özgü bazı nedenler vardır. Bu bağlamda, ülkenin siyasal yaşamına ideolojileri neredeyse birbirine özdeş olan iki siyasal partinin egemen olması; çeşitli nedenlerle parti disiplininin geçerli olmaması; toplumdaki demokrasi geleneğinin ve federal yapının başkanın elinde güç birikmesini önleyecek nitelikte olması gibi hususlar zikredilmelidir. Sayılan özelliklerin bulunmadığı Latin Amerika ülkelerinde başkanlık sisteminin taklit edilmeye çalışılması tek adam yönetimlerine ya da sivil veya askeri diktatörlüklere dönüşmüştür.

Başkanlık sisteminde, hem yasama organı hem de başkan genel oydan çıktığı için sistemde aynı derecede demokratik meşruluğa sahip iki organ olacaktır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu bu sistemin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, hem yasamada hem de yürütmede birbirleriyle uyulaabilecek siyasal eğilimlerin egemen bulunması şartına bağlıdır. Aksi halde, demokratik anlayış ve geleneklerin ve uzlaşma kültürünün yerleşmediği bir toplumsal yapıda sistemin güç ve yetki çekişmeleriyle tıkanma noktasına doğru ilerlemesi kaçınılmaz olacaktır. Başkan ve meclisin aynı siyasal çoğunluktan olması ihtimalinde ise, iki organ arasında gereğinden fazla bir "uyum" ve netice olarak da kişisel yönetim ve çoğunluk diktasının ortaya çıkması söz konusu olabilecektir.

Başkanlık sisteminin önemli sakıncalarından biri de, bu sistemde yasama ve yürütme organları karşısında yansız ve uzlaştırıcı, gerilimleri azaltıcı bir

---

<sup>27</sup> SARTORI, age., s.130.

organın olmamasıdır. Parlamenter sistemlerde bu uzlaştırıcı güç devlet başkanıdır.

Başkanlık sisteminde parlamento çoğunluğu ile başkanın farklı siyasal partilerden olduğu durumlarda, seçmenlerin yapılan ya da yapılmayan işler hakkında kimden şikayetçi olacakları açık değildir. Başkandan ve onun partisinden mi? yoksa Kongrede çoğunluğu elinde bulunduran ve başkanın, aksi halde başarılı olacağı varsayılan performansını engellemiş olan partiden mi? Kısacası, devlet yönetiminin siyasal sorumluluğunun hangi organa ait olacağı tartışma yaratabilecek niteliktedir.

Türkiye’de kökleri İkinci Meşrutiyet dönemine kadar uzanan iyi kötü bir parlamenter sistem geleneği söz konusudur. Bu konuda edinilen deneyimi bir kenara bırakmak ve tamamen yeni ve bilinmeyen bir modeli (başkanlık sistemini) denemeye kalkmak yeni bir takım sorunları davet edebilecektir.

Başkanlık sistemine yönelik eleştirileri bu şekilde özetledikten sonra, şimdi de parlamenter sistemin yetersizliklerine ve başkanlık sisteminin üstünlüklerine vurgu yapan görüşleri kısaca hatırlatmaya çalışacağız:

Her şeyden önce başkanlık sistemi, hükümet istikrarsızlıklarına karşı bir çözüm olarak öne sürülmektedir. Bu açıdan, başkanın görev süresinin sabit olması ve süresi dolmadan başkanın görevinden alınmasının neredeyse imkansız olması nedenleriyle, özellikle derin siyasal husumetlere ve çok sayıda siyasal partilere sahip uluslar için başkanlık sisteminin etkin ve istikrarlı bir yönetimin gerçekleştirilmesine elverişli bir hükümet modeli olduğu belirtilmektedir.

Başkanlık sisteminin iktidarın kişiselleşmesine ve otoriter bir yönetimin ortaya çıkmasına yol açacağına dair görüşler, başkanlık sisteminde başkanın çok güçlü bir konumda olduğu varsayımına dayanmaktadır. Oysa başkanlık sisteminde başkanın, parlamenter sistemlerdeki başbakanlar kadar güçlü olmadığı, çünkü, başkanlık sisteminde başkanın sadece yürütme yetkisini elinde bulundurduğu, buna karşılık ise parlamenter sistemlerde başbakanın hem yasamayı hem de yürütmeyi büyük ölçüde denetimi altında tutabildiği belirtilmektedir. Başkanlık sisteminde, yasamanın, kanunları kabul etmek ve bütçeyi hazırlamak gibi iki önemli yetkiye münhasıran sahip olduğu ve yürütme karşısında gerçek bir etkinliğe ve güce sahip olduğu, bu bakımdan da başkanlık sisteminde başkanlık seçimini kazanan siyasal ekibin “her şeyi” kazanmış sayılamayacağı ve sonuç olarak da başkanın, sanıldığı kadar güçlü olamayacağı vurgulanmaktadır.

Başkanlık sistemine yönelik eleştirilerin esas itibarıyla Latin Amerika ülkelerindeki başarısız örneklere dayandığı ve dile getirilen sakıncaların

tipik başkanlık modeli uygulamasında görülmediği belirtilmektedir. Ayrıca, Latin Amerika ülkelerindeki hükümet modellerinin tipik başkanlık modeli sayılamayacağı, çünkü bu ülkelerde uygulanan hükümet sistemi içerisinde var olan fesih kurumu gibi, iki başlı yürütme organı gibi ve yürütmenin kanun teklif etme yetkisine sahip olması gibi özelliklerin tipik başkanlık modelinde olmadığı belirtilmektedir. Nihayet, bu ülkelerdeki asıl sorunun başkanlık sisteminin kendisinden değil, genellikle demokratik kurumların yerleşik olmamasından ve birtakım ciddi iktisadi problemlerden kaynaklandığı belirtilmektedir<sup>28</sup>.

Başkanlık sistemini savunan yazarlarca en çok üzerinde durulan ve başkanlık sistemini tercih etmelerinin asıl nedeni olarak görünen son bir-iki hususa daha temas etmek gerekmektedir. Şöyle ki, günümüzde disiplinli siyasi partiler olgusu karşısında parlamenter rejimlerin temel gerçekleşme araçları bağlamında, hükümeti siyasal açıdan denetleme ve gerekirse hükümetin düşürülmesine karar verme yetkilerinin yasama organınca kullanılmaz hale geldiği; buna karşılık da geleneksel bakış açısından parlamenter sistemin asli unsurlarından biri olarak gösterilen fesih mekanizmasının da, yasamanın sahip olduğu yetkiler karşısında yürütme organı tarafından kullanılan bir karşı ağırlık/yetki olmak işlevini artık kaybettiği; bugün siyasi parti mekanizması aracılığıyla parlamento çoğunluğu ile yürütme organı arasında bir ayniyetin ortaya çıktığı ve az önce sözü edilen “denetim” ve “fesih” kurumların artık işlevlerini yitirdiği vurgulanmaktadır<sup>29</sup>. Ayrıca, parlamenter sistemlerde sıklıkla zayıf (istikrarsız) koalisyon hükümetleriyle karşılaşılması; koalisyon hükümeti modelinin kalıcı işler başarmak konusunda ciddi bir handikap içermesi ve koalisyon modelinin iktidardaki siyasal partilerin seçmenler karşısındaki siyasal sorumluluklarını dağıtması gibi hususlar bu sistemin en önemli zaafı olarak gündeme gelmektedir<sup>30</sup>.

Başkanlık sistemi-parlamenter sistem karşıtlığı bağlamında dile getirilen görüşleri bu şekilde özetlemiş olduk. Görüldüğü üzere, hükümet sistemi tercihi konusundaki görüşler henüz tartışılmaya devam etmektedir ve kanaatimizce, zaman zaman gündemin ön sıralarına çıkan bu tartışmanın yakın vadede sonuçlanması ve başkanlık sistemine geçilmesi yönündeki öneriler

---

28 Bkz., KUZU, Burhan, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi”, içinde: **Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İÜHF Yayını, İstanbul-1996, s.289 vd.; ERDOĞAN, **Anayasal Demokrasi**, s.144.

29 Parlamenter sistemlerin açmazları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., KUZU, agm., s.281-285.

30 Bkz., KUZU, agm., s.281 vd.; TURHAN, age., s.177.

üzerinde bir oydaşmanın sağlanması pek mümkün görünmemektedir. Demokratik bir ülkede hükümet sistemi tercihi konusunda farklı önerilerin ortaya konulması gayet tabii olmakla birlikte, söz konusu tartışmalarda dile getirilen ve başkanlık sisteminin en temel özellikleriyle bile bilinmediğini gösteren kimi görüşler, bu konudaki ciddi bilgi eksikliklerini ortaya çıkarmaktadır. Bu durum, bu konuda sağlıklı bir tartışma yapmanın zorluğunu göstermektedir. Dolayısıyla bugünkü konjonktürde, bazı siyasi partiler tarafından da gündeme getirilmiş olan hükümet sistemi değişikliği önerileri<sup>31</sup> üzerinde bir toplumsal uzlaşma sağlanabileceğini iddia etmenin şu anda fazla gerçekçi olmadığı söylenebilir.

#### **V- Diğer Bazı Anayasal Konu ve Kurumlarda Yapılması Gereken Değişiklikler**

Yukarıdaki gruplardan herhangi birine katmayı uygun bulmayarak bu başlık altında ele almayı uygun gördüğümüz diğer bazı anayasa değişikliği önerileri de gündemde tartışılmaktadır. Bunlardan bir kısmına aşağıda satır başlarıyla değinilecektir.

1. Bu bağlamda ilk olarak, yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı konularında gündeme gelen anayasa değişikliği önerileri üzerinde durmak istiyoruz. Bu konuyla ilgili bir kısım önerilerde, her şeyden önce, konuyla ilgili Anayasanın 83. maddesinin kenar başlığının madde içeriğini belirtmek bakımından uygun olmadığı ve madde başlığının “yasama ayrıcalıkları” ya da “parlamentar muafiyetler” şeklinde değiştirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir.

Aynı konuyla ilgili olarak, yasama sorumsuzluğuyla ilgili anayasal düzenlemenin yeniden gözden geçirilmesi ve milletvekilinin mecliste yapmış olduğu konuşmanın meclis dışında tekrar edilmesinin meclis kararıyla yasaklanabileceğini hükme bağlayan anayasal düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerektiği, zira, bu kısıtlamanın hem mantukten çelişkili olduğu hem de yasama sorumsuzluğu kavramına aykırı ve antidemokratik olduğu savunulmaktadır<sup>32</sup>.

Yasama ayrıcalıkları konusunda asıl yoğun tartışma yasama dokunulmazlığı konusunda gündeme gelmektedir. Bu konudaki yaygın kanaat, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin Meclis kararı olmadıkça tutulamayacağını, sorguya çekilemeyeceğini, tutuklanamayacağını ve yargılanamayacağını öngören mevcut anayasal düzenle-

<sup>31</sup> Bkz., TANÖR (1999), s.94.

<sup>32</sup> TANÖR (1997), s.66-67.

menin milletvekillerine sağladığı korumanın kapsamının çok geniş olduğu; Avrupa Konseyi üyesi ülkeler içerisinde dokunulmazlığa bu kadar mutlak bir anlam veren bir başka ülkenin olmadığı; dokunulmazlığın kötüye kullanıldığı ve adeta milletvekillerine suç işleme imtiyazı tanındığı yönündedir. Bu bakımdan yapılacak bir anayasa değişikliği ile dokunulmazlığın kapsamının daraltılması ve örneğin Fransa'da olduğu gibi<sup>33</sup>, adli soruşturma ve yargılama için dokunulmazlığın kaldırılması şartının aranmaması gerektiği; dokunulmazlığın milletvekiline sağlayacağı korumanın sadece tutuklanmama ve kişi özgürlüğünün ortadan kaldırılması sonucunu verecek bir başka muameleye tabi olmama şeklinde sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir.

2. Anayasa değişikliği tartışmalarında sıklıkla gündeme gelen bir başka husus da meclis soruşturması kurumunun işleyişinde görülen aksaklıklarla ilgilidir. Bilindiği üzere, meclis soruşturması, başbakan ve bakanların görevleriyle ilgili suçları hakkında meclis tarafından yürütülen bir tür hazırlık soruşturması niteliğinde bir işlemdir<sup>34</sup>. Meclis soruşturmasının sonunda meclis genel kurulunun kararıyla hakkında soruşturma icra edilen bakan(lar)ın yargılanmak üzere Yüce Divana sevkleri söz konusu olabilmektedir. Meclis soruşturması meclisin yargısal nitelikte bir işlemidir. Bu nedenle de meclis soruşturmasının değişik aşamalarında meclisin ilgili birimlerince (komisyon ve genel kurul) verilen kararların siyasal saiklerden ve partizan tutumlardan etkilenmemesi gerekmektedir. Fakat, meclis soruşturmasının uygulamada dejenere olduğu, siyasal saiklerle işlediği ve partiler arasında siyasal pazarlıkların konusu olduğu yolunda genel bir kanaat bulunmaktadır<sup>35</sup>.

Bu sorunun çözümüne yönelik olarak ortaya konan bazı önerilerde, meclis soruşturmasına ilişkin anayasal düzenlemede bir değişiklik yapılması durumunda, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerekleri gözetilerek bir düzenleme yapılmasının şart olduğu ve bu çerçevede de yasama organının meclis soruşturması konusunda sahip olduğu yetkilerin tümüyle sona erdirilmesinin isabetli olmayacağı; fakat, meclis soruşturmasının açılmasına ve sonunda da ilgili bakanın Yüce Divana sevk edilmesine karar verme yetkilerinin yasama

<sup>33</sup> TANÖR (1997), s.67-68.

<sup>34</sup> Meclis soruşturması hakkında daha fazla bilgi için bkz., TÜLEN, Hikmet, *Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması*, Mimoza Yayınları, Konya-1999.

<sup>35</sup> Bu yöndeki görüşler, 29-30.06.2000 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Türkiye'de Anayasa Reformu-İlkeler ve Sonuçlar" konulu Kongre'de özellikle Ergun ÖZBUDUN tarafından dile getirilmiştir.



organında mahfuz kalması şartıyla, meclis soruşturması süreci içerisinde yargı organının da dahil edilebileceği görüşü savunulmaktadır.

3. Muhtemel bir anayasa değişikliği çalışmasında mutlaka üzerinde durulması gereken bir başka konu da, Türkiye'nin içinde bulunduğu Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinin bir gereği olarak, Anayasanın 6. maddesindeki egemenliğin kullanımı konusundaki formülasyonda yapılması gereken değişikliklerle ilgilidir. Buna göre Anayasanın 6. maddesine "*Türk Milleti'ne ait olan egemenlik, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle ve Türkiye Cumhuriyetinin uluslararası kuruluşlara katılımı halinde eşitlik ilkesi çerçevesinde bu uluslararası organlarca birlikte kullanılır*" yönünde bir ekleme yapılmasına gerek vardır. Ayrıca, Türkiye'nin Avrupa Birliği ile katılma anlaşması akdetmesi durumunda Anayasanın sadece 6. maddesinde değil, bunun yanında yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanımına ilişkin 7, 8 ve 9. maddelerde de değişiklik yapılması gerekecektir<sup>36</sup>.

4. Ortak bir kanaate ulaşılmış olmamakla birlikte kimi görüş sahiplerine göre uluslararası hukuk- iç hukuk ilişkisinin anayasal düzenlemeye kavuşturulmasına ve özellikle insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler bağlamında uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünün kabul edildiğinin anayasada gösterilmesine gereksinim vardır<sup>37</sup>.

5. Anayasa değişikliği önerileri bağlamında dile getirilen bir husus da idarenin yargı dışı denetimini sağlayacak ombudsman kurumunun kamu denetçiliği adıyla anayasada düzenlenmesiyle ilgilidir.

---

<sup>36</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., ARSAVA, A., Füsün, "Geleceğin AB Üyesi Olarak Türkiye- Egemenlik Haklarının Devri Sorunu", 29-30.06.2000 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Türkiye'de Anayasa Reformu-İlkeler ve Sonuçlar" konulu Kongre'ye sunulan tebliğ, s.1-7.

<sup>37</sup> Bu tez, 29-30.06.2000 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Türkiye'de Anayasa Reformu- İlkeler ve Sonuçlar" konulu Kongre'de özellikle Haluk GÜNUĞUR tarafından savunulmuştur. Aynı yöndeki bir başka görüş için bkz., ARSLAN, Zühtü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", içerisinde: **Anayasa Yargısı 17**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara-2000, s.274-293. Bu yaklaşımın pozitif hukuk bakımından eleştirisi için bkz., GÜRAN, Sait, "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", içerisinde: **Anayasa Yargısı 17**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara-2000, s.43-61.; GÖZLER, age., s.320-21. Uluslararası hukuk- iç hukuk ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHF Yayını, İstanbul-1993, s.10-80.; BATUM, Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İÜHF Yayını, İstanbul-1993, s. 27-58.

6. Son olarak temas etmek istediğimiz bir konu da siyasal partilerin kapatılması rejimine ilişkin mevzuatta yapılması gereken değişikliklerle ilgilidir. Buna göre, Anayasada ve ilgili mevzuatta öngörülen siyasal partilerin teşkilatlanma ve faaliyetlerine ilişkin yasaklayıcı düzenlemelerin ihlali halinde, partilerin kapatılmasına karar verilmesinden önce uygulanabilecek aşamalı diğer bazı yaptırımların öngörülmesinin hem anayasaya hem de konuyla ilgili Avrupa standartlarına uygun bir çözüm olacağı savunulmakta ve bu çerçevede kapatma dışı yaptırımların şunlar olabileceği belirtilmektedir<sup>38</sup>:

- Partileri belirli süreler için devletçe yapılacak yardımlardan veya partilere tanınan diğer ayrıcalıklardan yoksun bırakma;
- ve/veya belirli süre faaliyetten alıkoyma;
- ve/veya seçime katılma hakkından yoksun bırakma.

### SONUÇ YERİNE

Takdir edileceği üzere, bu çalışmada ele aldığımız anayasa değişikliği önerilerinin her biri müstakil bir bilimsel çalışmanın konusunu teşkil edecek kadar geniş bir kapsama ve öneme sahiptir. Her bir önerinin lehinde ve aleyhinde pek çok şey söylenebilir. Bizim bu çalışmada yaptığımız, gündemde bulunan kimi anayasa değişikliği önerilerini bir özet halinde tespit etmek ve Türkiye'nin anayasa değişikliğine dair gündemi hakkında topluca bilgi sunmaya çalışmaktan ibarettir. Bu çalışmayı bitirirken, burada ele aldığımız anayasa değişikliği önerilerinin büyük bir kısmına katılmakta olduğumuzu, bununla birlikte bazı konularda kimi tereddütlerimizin bulunduğunu da kaydetmek isteriz.

---

<sup>38</sup> Bkz., SAĞLAM, Fazıl, "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlarla Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler", *Anayasa Yargısı* 17, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara-2000, s.248 vd.

# OSMANLI DEVLETİNDE ADALET DÜZENİ

*Dr. İlhan AKBULUT\**

## GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğunun yönetim ve hukuk esasları İslâm Dinine dayandırılmıştı. İslâmîlik doğup geliştikçe kendine özgü bir hukuk sistemi yaratmıştı. Müslümanlığın kutsal kitabı Kur'andaki buyruklar, Hazret-i Muhammed'in Sünnet dediğimiz söz ve davranışları ile birlikte uygulanarak hayat ilişkilerinin tümüne yaydırılmıştı. Peygamberin ölümünden sonra seçkin din bilginleri Kur'an ve sünnetteki kuralları yorumlayarak gelişen hayata uydurmuşlardı. Bunu yaparken de çok doğru biçimde akla dayanmışlardı. Ama ne yazık ki, Peygamberin ölümünden aşağı yukarı 300 yıl sonra bu yöntemlerden vazgeçilmiş, hukukun akla değil, inanca göre uygulanması esası yerleşmiştir. Böylece İslâm Hukuku donmuş, artık ihtiyaçları karşılamaz duruma gelmiştir. Osmanlılar da bir İslâm devleti kurdukları için bu hukuk anlayışına bağlıydılar. Akla çok büyük önem veren bazı Osmanlı Padişahları, İslâm hukukunun erişmediği alanlarda laik bazı kurallar koymayı başardılar ama bir süre sonra din adamlarının baskısı altında bu yoldan vazgeçmek zorunda kaldılar.

Osmanlı'nın devlet eliyle bir düzen kurmasında, devlete bağlı medrese ve ulema (din alimleri) esaslı bir rol oynamıştır. Osmanlı'nın bu özelliği, Türkiye'nin Arap ve İran toplumlarından farklı oluşunun önemli sebeplerinden biridir.

Osmanlı Devletinde, bir devletin varlığını sürdürebilmesi için gereken askeri, mali ve zirai her türlü tedbir alınmıştır. Osmanlı Devleti'nin tüm kuruluşları gelişmiş devletlerin kuruluşlarının hepsinin üzerinde idi. Burada en önemli konu, bu devlet kuruluşlarının az memur ve az harcama ile en iyi şekilde idare edilmiş olmasıdır.

Devleti idarede en çok önem verilen hususlardan biriside yargı ve adalet kuruluşlarıdır. Her vilayet, sancak ve kazada ihtiyaç oranında bir veya birkaç kadı bulunurdu. Esasen bir memleket işgal suretiyle ülke topraklarına dahil

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

edilince, askeri mülki memurlarla beraber oraya hemen bir kadı tayin edilir ve mahkeme kurulurdu. Adaletin dağıtılacağı tek kuruluş mahkemeler olmakla beraber, başka adalet müesseseleri de bulunmakta idi. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz.

1. Divan
2. Şer'i Mahkemeler
3. İnzibat ve İhtisab Müesseseleri

Bunlardan ayrı olarak yardımcı müesseseler de bulunmakta idi. Bunları da şu şekilde belirtebiliriz.

1. İfta (Fetva verme)
2. Esnaf Heyetleri (Loncalar)

Yukarıda saydığımız Adalet müesseselerini incelemeyen önce kadıların yani hakimlerin vazifelerinden bahsetmekte yarar görmekteyiz. Bilindiği üzere İslâmiyet'in ilk yıllarında yargı görevi Peygamber ve Halifeler tarafından yürütülüyordu. Darulislâm genişleyince Ömer'den başlayarak halifeler hukuksal anlaşmazlıkları çözmek için kadılar atadılar. İslâm topluluğunun başı olan halife, kuramsal olarak tüm yetkilerin, bu arada yargılama yetkisinin de sahibi idi. Devletin öteki görevlileri gibi kadı da eğer halife tarafından atanmışsa doğrudan, ara makamlarca atanmışsa dolaylı olarak onun vekili durumundaydı. Merkezde ve ülkenin başlıca eyaletlerinde de birer kadı bulunur ve onlar gerektiğinde doğrudan kendilerine bağlı vekiller atayabilirlerdi. Şeriata göre kadı adil, şeriati iyi bilen ve mahkumiyeti bulunmayan bir Müslüman olmalı ve bazı mezheplere göre de vereceği hükümleri fıkıh kaynaklarından kendisi çıkarabilmeliydi.

Hazret-i Muhammet hayatında yalnız bir peygamber gibi getirdiği dini telkin etmek ve yaymak ile kalmayarak, aynı zamanda bir devlet reisi sıfatıyla cemaatinin idaresini de deruhte etmişti. Çünkü kendisine nazil olan Kur'an-ı Kerim'de İslâm cemaatinin dini, ibadetle ilgili kurallardan başka, sosyal ihtiyaçların, ailevi, iktisadi, idari, siyasi gibi hemen hemen bütün cephelelerini ayarlayacak kanunlar ve kaideler de mevcuttu. Bilindiği üzere bu dini kurallardan oluşturulan kanun ve hükümlere, kısaca 'Şer' adı verilmektedir<sup>1</sup>.

Bilindiği gibi, Şeri'at kanunlarının örnek alındığı kaynakların başında Kur'an ve bunu takiben de Peygamber'in söz ve ef'ali yani Hadis ve Sünnet

<sup>1</sup> ALTUNDAĞ, Şinasi, Osmanlılarda Kadıların Salahiyet ve Vazifeleri Hakkında, VI. Türk Tarih Kongresi Ankara 20-26 Ekim 1961, Kongreye sunulan bildirimler, Türk Tarih Kurumu Basımevi Ankara 1967, s. 342.

gelir. Ancak kurulan İslâm Devleti çeşitli medeniyetlere sahip bir çok kavimleri de içine almak suretiyle büyük gelişmelere sahip olduktan sonra, ihtiyaçlar artmış, bir çok hususların, mahalli örf ve adetleri de kapsayacak şekilde halledilmesi gerekmiştir. Bu itibarla Kur'an ve Hadis'te bulunmayan problem ve ihtiyaçların ve bundan doğan durumların hal ve tatmini için başka usullerin de kullanılması bir zaruret haline geldi. Büyük fıkıh alimlerinin umur-ı şeriyye de ittifakları anlamına gelen İcma-ı Ümmet' ve kıyas kullanmak suretiyle bir meselenin halinde bir içtihadı varmak prensipleri de kabul edildi. İslâm hukukundaki içtihat kurumu, İslâm'ın düşünce ve fikir hak ve hürriyetlerine ne kadar değer verdiğinin açık bir delilidir. Bunca ayet, bunca hadis ve Hz. Peygamberin bu kadar uygulamalarını saymasak bile sadece içtihat kurumu İslâm'ın düşünce özgürlüğüne verdiği önemi göstermektedir. İslâm hukukuna göre asıl olan kişinin kendi alanına giren konularda yapacağı işler hakkında bizzat kendisinin araştırıp içtihat ederek karar vermesidir.

İslâm'da hukuk şeriatla, şeriat da hukukla içiçe olup birbirlerinden ayrılmazlar<sup>2</sup>. Bir fonksiyon olarak İslâm'ı nitelendiren en önemli ve en kapsamlı kavram, şeriat yada şer kavramıdır. Bu kelime 'Hayatın ta kaynağına giden yol' demektir. Dini kullanışta, ilk devirden itibaren iyi hayat yolu, yani fonksiyon bakımından ve somut olarak ifade edildiği takdirde 'İnsan hayatını yöneten dini değerler' anlamına gelmiştir. Sünnet teriminden şu noktada ayrılır; Sünnetin sahibi fiili örnekle rehberlik yapar; dolayısıyla onun ortaya koyduğu fiil tek başına bu örneği kabul ederek onu izleyenlerinkiyle aynı türdendir, halbuki şer sahibi yol gösterir yada tayin eder; dolayısıyla dini değerlerin kaynağı yalnız Allah'tır<sup>3</sup>.

ESKİCİOĞLU 'Şeriat' ve 'Fıkıh' kavramlarını ve aralarındaki ilişkilerini şu şekilde izah etmektedir; 'İslâm'da hukuk dinden ayrılmaz. Bu ikisini birer dere olarak kabul edersek, bu dereler aynı ırmakta birleşirler. Tek vücut olurlar. İslâm'ın dini hukukunun iki ayrı boyutunu oluşturan bu kavramlardan ilki 'Şeriat', ikincisi Fıkıh adını alır. Şeriat daha geniş çaplı bir dairedir ki, bütün insan faaliyetlerini yürüncesine alır. Fıkıh ise, daha dar bir çapa sahiptir ve hukuki işlemler olarak bilinen konularla uğraşır. Şeriat bize daima vahyi, Kur'an ve Hadisler olmaksızın elde edemeyeceğimiz o ilahi bilgiyi hatırlatır. Fıkıhta ise daha çok akıl yürütme ön plandadır ve ilahi bilgiye dayalı çıkarımlar söz konusudur. Şeriat yolu Allah ve O' nun Peygamberi

<sup>2</sup> HALLAF, Abdülvahap, İslam Hukuk Felsefesi, A.Ü. Basımevi, Ankara 1973, s.44.

<sup>3</sup> FAZLURRAHMAN, İslam, Çev. Mehmet Dağ-Mehmet Aydın, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s. 125.

tarafından konulmuştur, fıkıh binasını inşa eden ise insan gücünden başka bir şey değildir”<sup>4</sup>.

Konu ile ilgili olarak İMRE de eserinde şunları söylemektedir; “Osmanlı devletinin hükümranlılığı sırasında, İslâm dinine ve Kur’an’a dayanan esaslardan kurulu ‘Fıkıh ilmi’ hakim idi. Fıkıh, İslâm hukuk ilmini ifade eder. İslâm dinine ve Fıkıh ilmine dayanan hukuk kurallarının bütünü ‘Şeriat’ kavramına girmektedir”<sup>5</sup>.

ARMAĞAN ise, ‘Bugünkü Anayasa Düzeni’ adlı eserinde Tanzimat Fermanı’nda Osmanlı İmparatorluğu’nun Şeriata bağlılığı nispetinde ilerlediğinin ifade edildiğini yazarak şöyle diyor; “Tanzimat Fermanı’nın başlangıç kısmında; Osmanlı Devleti’nin, İslâm şeriatına bağlı olduğu zamanlarda kuvvet kazandığı, dışarıda üstünlükler elde ettiği, içerde ise halka müreffeh ve mutlu bir hayat sağladığı belirtilmektedir. Fakat şeriat kanunlarından dönülmeye başlandığından itibaren, devlet zayıflamış, dışarıda galibiyetler yerine yenilgiler, içerde ise huzur yerine kargaşa, zenginlik yerine fakirlik gelmiştir. İşte buna mani olmak için, tekrar şer’i kanunlar dairesinde hareket edilmesi istenmektedir; ancak bu şekilde devlet yükselecektir”<sup>6</sup>

Hukuk ve şeriat kavramları ile ilgili bu görüşlerden şu neticeye varmak mümkündür. İslâm hukuku dediğimiz zaman bu fıkıhın karşılığı olarak kabul edilmektedir. Fıkıh dediğimiz zaman ise buradaki hukuk kurallarının bazıları bizzat Allah ve Resulü tarafından tespit edilmiş esaslar, bazıları ise içtihatla, yani müçtehidlerin-hukukçuların yorumlarıyla ortaya konmuş bulunan kurallardır.

Osmanlı Devleti’nin ilk kurulduğu zamanlarda hukuk sistemi, milli ve örfi temellere dayanmaktaydı. İznik’te kurulan medrese din bilginleri yetiştirmeye başladıktan, İran’dan ve Arap memleketlerinden bilginler getirildikten sonra şer’i hukuk, milli ve örfi hukuk sahasını kapsamıştır. Devletin teokratik niteliği Fatih zamanında başlar<sup>7</sup>.

Yavuz Sultan Selim’in halife olmasıyla, o zamana kadar siyasi ve idari bir iktidar sahibi olan padişah, cismani iktidarına ruhaniliği katmak suretiyle devlet idaresi hukuk bakımından tam teokratik nitelik kazanmıştır. Bununla beraber şeriatın açık bıraktığı kapılardan faydalanılarak eski padişah fermanları ve örfler kanunlaştırılmıştır ki bunlarda yasanın izleri görülmektedir.

4 ESKİCİOĞLU, Osman, İslam Hukuku Açısından Hukuk ve İnsan Hakları, İzmir, 1996, s. 35.

5 İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 60.

6 ARMAĞAN, Servet, Bugünkü Anayasa Düzeni, Er-Tu Matbaası, İstanbul 1980, s. 13.

7 DAVER, Bülent, Türkiye Cumhuriyeti’nde Laiklik, Ankara 1955, s. 25.

İdari, arazi ve ordu meselelerini de Osmanlılar kendi görüşlerine göre halletmişlerdir<sup>8</sup>.

Osmanlı Devleti'nde İslâm Hukuk nizamı hakimdi. Osmanlı Kadılarının kararlarını ve her türlü çalışmalarını kaydettikleri şer'iyeye sicilleri üzerinde yapılan araştırmalarda İslâm hukukuna aykırı bir hükme rastlanmamıştır. Ülkede Şafii, Maliki ve Hambeli mezheplerine bağlı vatandaşlar olmakla beraber halkın çoğu Hanefi mezhebine mensup bulunuyordu. Bu yüzden kadılar, Hanefi mezhebine göre hüküm vermek üzere görevlendiriliyorlardı. Padişahın emriyle bir konuda diğer üç mezhepten birinin veya herhangi bir İslâm hukukçusunun görüşünün yürürlüğe konduğu da olmuştur. Hadiselerin fıkıh kaidelerine göre değerlendirilmesi demek olan fetva da bu devirde hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Osmanlılarda değerli Şeyhülislâmlar ve Kadı askerler çıktı. İlmiye sınıfı bozulduktan sonra kaza ve fetva makamı ehliyetsiz ve menfaatçi ellere geçerek adalet de gerilemeye başladı. Bunlar geniş ölçüde politikaya da karıştılar.

Fetva sistemi menfaat aleti haline geldikten sonra, İslâm aleminde karışıklıklara, geriliklere, haksızlıklara sebep olmuştur. Bu sistem otoritenin dilediği gibi kullandığı ve bazen de kendini yaraladığı bir kılıç haline gelmiştir ki, insanlığa, akla ve mantığa sığmayan birçok fetvalar her yenilik hareketinin karşısına çıkarılmış, hür düşüncelileri kâfir saymak suretiyle de aforoz müessesesi haline gelmiştir. Osmanlılarda yüz kızartacak fetvâlardan bazı örnekler şunlardır:

-İkinci Beyazıt zamanında matematik bilgini Tokatlı Lütüfi hür düşüncesinden dolayı zındıklık ithamıyla idam edilmiş, matbaanın Osmanlı memleketine girmesi fetva ile yasaklanmıştır.

-Genç Osman fetvâ ile katledilmiş, Sultan Ahmet devrindeki gericilik hareketinin başı Patrona Halil yağmacılığı meşru göstermek için fetvâdan faydalanmış, İstanbul Kadısı Sadabadın yıkılması için fetva vermiştir. III. Selim zamanında nizami Cedit askerinin kaldırılması Şeyhülislâm Topal Ataulah efendinin fetvâsıyla olmuştur.

-Milli Mücadele kahramanlarını dinsiz sayarak katillerini caiz gören fetvâlar milli bilinçten mahrum gerilik ve taassup örneği oldukları kadar düşman emeline hizmet eden vesikalardır.

-İslâm'da Şeriatın uygulandığı yer Dartüselam, kâfirlerin idaresindeki yer de Darülharptir. İngilizler 1871 yılında Osmanlı Devleti'nin tebası olan

<sup>8</sup> BELEN, Fahri, Tarih Işığında Devrimlerimiz, Mentеше Kitabevi, İstanbul 1970, s.109.

Mekke'deki Hanefi ve Şafi müftülerinden Hindistan'ın Darüsselam olduklarına dair fetva almışlardır.

-Fransa Cezayir'i Osmanlılardan gasbetmişti. Burada Fransız valisi olan Mareşal Bougeou Fransız idaresini İslâmlara meşru göstermek için Mekke'deki dört mezhep müftüsünden fetvâ almıştır<sup>9</sup>.

Müftiler fetvâ verirlerdi ki bu herhangi bir soruya verilen cevaptır. Osmanlılarda Müftülük makamı önem kazanarak Baş Müftülük kurulmuş sonra buna Müft-il Enâm, Fatih zamanında Şeyhülislâm adı verilmiştir

Kadı'nın doğru hüküm vermesi için kadı'nın bulunduğu yerin müftüsü yol gösterici olabilmektedir. Davada taraflardan biri veya ikisi birden fetvâ için müracaatta da hak sahibidirler. Muhakeme sırasında alınmışsa fetvalar okunup kayda geçirilmektedir. Bunun sebebi şudur: Müfû, dini, dini görüşü temsil ve tespit etmektedir. Kadı ise devlet otorite ve menfaatinin temsilcisidir. Osmanlı düzeni budur. Kuru hukuk kalıpları için devlet menfaati asla ihlal edilmemektedir. Zira hukuk kalıpları ve her şey, devletin ayakta durması için kaimdir<sup>10</sup>.

Osmanlı İmparatorluğu'nun üç kıta üzerine yayılmış bulunması, bu kıtaların ayrı ayrı dil, kültür, duyuş ve düşünüş sahibi halk tarafından meskun bulunuşu, kadıların üç coğrafi sahaya göre üç guruba ayrılmalarına sebep olmuştu: 1-Anadolu; 2-Rumeli; 3-Mısır kadıları. Bunun sebebi, kadıların buldukları bölgedeki halkın geleneklerini göreneklerini, örf ve adaletlerini bilmesi veyahut da hiç olmazsa dillerini anlaması gerekiyordu.

Kurumsal olarak kadıların yetki alanı, hem cezai hem hukuki anlaşmazlıkları kapsıyordu. Özel hukuk alanında kadı'nın davaya bakabilmesi için kendisine bir şikâyetin ulaşması ve dava açılması gerekirdi. Ceza hukuku alanında ise kişilere karşı işlenmiş bir suç söz konusuysa zarar görenin yada varislerinin; Allah'a karşı işlenmiş bir suç söz konusuysa herhangi bir Müslüman'ın şikâyeti gerekiyordu. Kadılar kendilerine gelen hukuk ve ceza davalarını ahkâmı şer'iyye yani şeriat hükümlerine göre çözümlerlerdi. Mahkemeye dava açma hiçbir şekle bağlı değildi. Dava açacak olanlar ya bir dilekçe ile veya direk olarak mahkeme kalemine müracaat ederek ihtilaf konusu meselenin halledilmesini talep ederlerdi. Osmanlı kadıları, günlük vukuatı özel defterlere kaydederlerdi. İslâm kanunlarının tatbikatı mahiyetinde bulunan ve onbinlerce çeşitli sosyal vakayı ve merkezden gelen bütün emirleri ihtiva eden 10-15 bin kadar kadı sicili mevcuttur. Muhtelif ebatta bulu-

<sup>9</sup> BELEN, Fahri, age.s.108.

<sup>10</sup> ÖZTUNA, Yılmaz, Klasik Osmanlı Düzeninde Kadı ve Mahkeme, Hayat Tarih Mecmuası, 1 Mayıs 1977, Yıl:13, C.I, Sayı:5, Sıra No:149, s.9.



nan bu siciller genellikle Türkçe tutulmuş olup, vakıf azat gibi dini hususları yakından ilgilendiren vesikalar Arapça olarak kaleme alınmıştır. Siciller, ait oldukları mahalde büyük bir dikkatle saklanırdı. Bu hususta çok şiddetli emirler mevcut olduğu gibi Sultan Süleyman'ın Kanunnâmesinde de ayrıca tespit edilmiş bulunmaktadır. Sicillerin ciddi ve sistemli bir şekilde incelenmesi, Osmanlı Devleti'nin içtimai bünyesinin, iktisadi, mali, ahlaki, hatta siyasi durum ve tarihi için lüzumludur.

Malum olduğu üzere, islâmi kanunların tatbiki kadılara bırakılmıştır. Kadılar esas itibariyle dini mevzuatı temsil ettiklerinden, örfi kanunlar da bunlara dayandığından, hiç olmazsa, bunlara aykırı olmaması gerektiğinden, bütün bu mevzuatın tatbikat, icra ve kontrolünün kadılara bırakılmış olması yadırganacak bir durum arz etmemektedir. Çünkü, devlet esas itibariyle teokratik bir bünyedir.

Kadınlar da kadı olabilirler ancak "kısas"ve "had" cezalarını gerektiren suçlarda kadılık yapamazlardı. Kısas: "Şer"an katili maktul mukabilinde öldürmek veya mecruh veya maktu olan bir uzuv mukabilinde, carih ve kâtî'in ona mümasil olan uzvunu cerh veya kat'etmektir". Böylece adam öldürme ve müessir fiillerde mağdurda meydana gelmiş bulunan miktarda ve aynen ve mislen ona uymakta olan zararın faile verilmesi, bu tür fiillerin cezasını teşkil etmektedir. "Had" ise, bazı suçlar hakkında dinin tayin ettiği cezalara denir<sup>11</sup>. Bu suçlar ve cezaları bizzat Kur'an-ı Kerim tarafından belirlenmiştir. Kadı, devleti yönetenler vs. hiç kimse bunları değiştiremez.

Görevinin dinsel niteliği dolayısıyla kadı, camilerin, vakıfların, yetim ve akıl hastalarının mallarının yönetimi vb. gibi işlerle de ilgilenirdi. Kadılık kurumunda hüküm, kural olarak tek bir kadı tarafından verilirdi. Ancak kimi zaman hukuk bilginlerinden bir danışma kurulu oluşturulduğu da olurdu. Ancak bu uygulama yalnızca olağanüstü davalar için söz konusuydu.

Osmanlı İmparatorluğu'nda kadılar yalnızca adalet işleri ile uğraşmazlardı. Onlar aynı zamanda buldukları şehir ve kasabalarda hükümetin isteği üzerine zahire ve işçi sağlamak ve sevk etmek, asker toplamak gibi işleri de yürütmekle görevliydi. Ayrıca çarşı ve pazarda satılan mallara narh koymak, belediye işlerini düzenlemek de kadıların görev alanına girerdi. Bugün ilçe anlamında kullanılan 'kaza' sözcüğü de kadı ile ilgiliydi ve kadı tarafından yönetilen yer anlamına gelirdi. Arapça'da kaza "kadılık", nahiyeye de "naiblik" demektir.

<sup>11</sup> CİN, Halil- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.I, İstanbul 1990, s.317

Kadı yalnız başına yargılama yapar ve hüküm verirdi. Verdiği kararın sorumluluğu tamamen kendisine aitti<sup>12</sup>. Kadı hükmü olmaksızın ceza verilemiyordu. “Kadı hükmü olmadan kimsenin ceza tertip ve infaz edememesi, Osmanlı idaresinin temel prensiplerinden biridir”<sup>13</sup>. Kadı önüne gelen uyuşmazlığı, diğer bir deyişle ihtilafı çözmek için yargılama yapmaktadır<sup>14</sup>.

Osmanlı Devleti’nde kadılar ilk kuruluş yılları hariç diğer İslâm Devletlerinde benzer örnekleri görüldüğü gibi belirli sürelerle sınırlı olarak tayin edilmişlerdir<sup>15</sup>. Bu süre onaltıncı yüzyıldan itibaren 3 yıl, daha sonra 2 yıl, onyedinci yüzyılın sonlarından itibaren de bir yıl olmuştur<sup>16</sup>.

Yargının yürütmeden bağımsız olmasının sonucu olarak kadılarla beylerbeyi, sancakbeyi gibi ehl-i örf arasındaki ilişki bir astlık üstlük ilişkisi değildir. Diğer bir anlatımla kadı görevini icra ederken bunlara bağımlı olarak çalışmamaktadır. Ehl-i örfün görevi sanıkları yargılanmak için mahkemede hazır bulundurmak ve verilen hükmü infaz etmektir. Bu bağımsızlığın doğal neticesi olarak kadı merkezle direkt olarak yazışma yetkisine sahip bulunmaktadır<sup>17</sup>.

Acaba Kadı’ların görevlerini yürütürken suiistimalleri halinde şikayet edilmeleri mümkün müdür? Diğer bir deyişle kadı’yı doğru karar vermeye zorlayacak ne gibi baskı tedbirleri vardı şeklinde zihnimize sorular hasıl olacak olursa verilecek kesin cevap şudur. Kadı’nın doğru karar vermesinde en büyük teminat, kadı’nın vicdanı idi. Kadı’dan istenen, uyuşmazlığın çözümünde vicdanının sesini dinleyerek hükme varmasıydı. Haksız karar veren bir kadı, gerek kişisel, gerekse o kazâ halkının topluca başvurusu ile şikâyet edilebilmekte ve bu gibi şikâyetleri hükümet, mutlaka değerlendirmekte, bazen müfettişler göndermektedir. Haksız, hele rüşvetle hüküm verdiği anlaşılan bir kadı işten derhal el çektirilmekte, hakkında gerekli kanuni işlem yapılmaktaydı. Şahsın veya halkın başvurusu, bölgenin en büyük amiri ve hükümetin temsilcisi olan Sancak Beyi’ne ve daha çok Beylerbeyi’ne yapı-

12 ANSAY, S. Şakir, Hukuk Bilimine Başlangıç, Ankara 1958, s.206.

13 ANHEGGER, Robert-İNALCIK, Halil, Kanunnâme-i Sultani Ber Muceb-i Örf-i Osmani (İkinci Mehmet ve İkinci Beyazıt devirlerine ait Yasaknâme ve Kanunnâmeler) Ankara 1956, s.17.

14 İNALCIK, Halil, Osmanlı Hukukuna Giriş, Siyasal Bilgiler Fakültesi Mecmuası, C. XIII, Ankara 1958, s. 107.

15 TYAN, Emile’ L’Histoire de L’Organisation Judiciaire en Pays d’İslâm, Paris, 1960, s.309-311’den zikreden M.Akif AYDIN, Osmanlı’da Hukuk, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, İstanbul 1994, s.392.

16 AYDIN, M. Akif, agm.s.,392.

17 AYDIN, M. Akif, agm.s.394.

labilmektedir. Şahıs veya halk bu şikâyeti isterse Sancak Beyi'ne, Beylerbeyine veya her hangi bir kişiye danışmaksızın doğrudan divan'a yapabilmektedir. Divan'a şikâyette bulunmanın hiçbir prosedürü yoktur. Bir kâğıda şikâyetin konusunu yazıp imzalamak yeterlidir. Padişaha müracaat yolu da açıktır. Fakat vatandaş, Padişaha uzaktan yazı ile müracaat edememektedir. Padişaha hitaben yazı gönderebilmek, çok mahdut devlet adamlarına mahsustur. Halkın padişaha verdiği yazıya "istida" veya "şikâyetnâme" yani şikâyet mektubu denilmektedir. Bunu vasıtayla ve posta ile hükümdara göndermek mümkün değildi. Padişah saraydan çıktığı zaman bizzat vermekten başka çare yoktur. Yol üzerinde verilen şikâyetnameler hünkar yaverleri tarafından toplanmakta ve saraya dönüştü, zarf açılmaksızın padişahın şahsına teslim edilmektedir. Vatandaş, zalim ve rüşvetçi kadı'yı Sancak Beyi ve Beylerbeyi'ne değil, çok defa doğrudan doğruya yazıyla Divan'a şikâyet ediyordu. Bunun sebebi, Sancak Beyi hatta Beylerbeyi'nin kadı üzerinde büyük salâhiyeti olmamasıdır. Beylerbeyi, Kadı'yı ne azledebilmekte, ne verdiği hükmü değiştirebilmektedir. Yalnız devlet güvenliğini ilgilendiren bir durumda Sancak Beyi veya Beylerbeyi, kadı hakkında kanuni işlem yapabilmekte hatta tevkif dahi edebilmektedir. Fakat bunun gerekli olduğu konusunda Divan'ı ikna edemediği takdirde azledebilmektedir<sup>18</sup>.

Kadı'ların görevlerini yerine getirirken en önemli yardımcısı naibidir. Büyük kentlerde birden fazla kadı naibi olabilir. Naibler kadı adına uzak yerlere gidip soruşturma yaparlar. Kadı'nın türlü nedenlerle iş görememesi durumunda onu temsil eder ve adına hüküm verirlerdi. Özellikle yüksek rütbeli kadı'lar bir yıl görev yerine gitmek istemezler ve kendi yerlerine bir naib gönderirlerdi. Mahiyetindeki naiblere nispeten önemsiz davaları gördürürlerdi. Naiblerin zamanla önemleri çok artmıştır. Yüksek rütbeli kadı'ların görev merkezlerinin önemi ve naiblerin eğitim durumu düşünülürse bu yöntemin de son derece zararlı sonuçlar verdiği anlaşılır. Kadı'ya mahkemede katip, mübaşir, tercüman gibi görevliler de yardım ederlerdi. Kadı'ların verdiği hükümleri kaza'nın bağlı olduğu yönetici yerine getirirdi. Kadı'ların mahiyetinde bulunan katibin de tatbikatta önemli görevi vardı. Sicillerin yazılması, vesikaların tanzimini onlar tarafından yapılırdı. "Muhzır" denilen mübaşirler de mahkeme hademelerindendi. 16.yüzyıl sonlarına kadar Kadı'ların gördükleri dava, nikâh ve vaktif gibi muameleler Arapça olarak yazılır, hükümetin verdiği emir ve onların cevapları Türkçe kaydedilirdi. Daha sonra hepsi Türkçe olmuştur<sup>19</sup>. Şer'i mahkemelerin işlemlerine dair şer'i hüküm ve kararları ihtiva eden eni dar, boyu uzun defterlere "sicillat-ı şer'iyye"

<sup>18</sup> UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1965, s.131

<sup>19</sup> UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, age, s.109.

denilirdi. Sicil defterlerine yazılan vakfiye, nafaka, miras davaları resm-i kısmet yani kadı'ların miras taksimi davalarında aldıkları harç, husumete yönelik davalar, nikah gibi şer'i mahkemelere ait bir usul ve kaide altında kaleme alınır ve bu yazım tarzına "sakk-i şer'i" denilirdi<sup>20</sup>.

Zabıta teşkilatı tamamen kadı'nın emrindeydi. Her kasaba ve şehirde askeri yetkilerle donatılmış Subaşı ve onun emrinde Asesbaşı ve Asesler vardı. Bunlar güvenlik ve asayişten sorumlu polislerdi. Ancak bunlar asker sınıftan sayılmaktaydılar.

Kadı aynı zamanda kazasının belediye başkanıydı. Salahiyetleri de çok genişti. Aynı zamanda kaza kaymakamı idi. İmparatorluğun bütün ilçelerine kadı'lar hakim durumdaydılar. Devleti onlar temsil etmekteydiler.

Belediye işlerinde kadı'ya, kethudalar yardımcı olmaktadır. Bunlar esnaf teşekkülünün seçimle işbaşına gelmiş temsilcileridir. Belediye hizmetleri genellikle bunlar tarafından sağlanmakta ve kadıya az iş düşmekteydi. Fakat kadı, kaymakam ve Belediye Başkanı sıfatlarıyla, esnafı, fiyat ve temizlik bakımından ve istediği başka bakımlardan, denetleyebilmekte ve denetlemeyi takiben istediği cezayı kesebilmekteydi. Kendisini takip eden zabıta memurları vasıtasıyla, yolsuzluk gördüğü dükkânı kapatabilmekte, dükkânın önünde sahibini falakaya yatırabiliyordu<sup>21</sup>.

Bir çok İslâm devletlerinin kazai ve adli teşkilâtında kadı'lık müessesesinden başka "mezalim" ve "İhtisap Kadılıkları" vardı. "Kadı el Mazalim" kadı'ların çözümleyemedikleri devlet aleyhine açılan davalara bakardı. Zaman zaman bu görev, bizzat hükümdar tarafından yerine getirilirdi. Bir çok İslâm devletlerinde kadı'lık müessesesinin başı mahiyetinde bulunan ve "Kadı el-Kudat" ünvanını alan bir din ve hukuk bilgini vardı.

Hiç bir İslâm devletinde adli teşkilat ve Kadı'ların menşeiini oluşturan müderrislik dereceleri, Osmanlı Devleti'nde olduğu kadar ayrıntılı ve detaylı bir hiyerarşi sistemi içinde düzenlenmemiştir. Osmanlılar kuruluşlarından itibaren, ilme, alimlere büyük değer vermişler, Osmanlı Devleti'ni ilmin sağlam temelleri üzerine kurmayı bir gaye ve bir prensip olarak kabul etmişlerdir<sup>22</sup>.

Kadı'nın haiz bulunduğu velayete İslâm Hukukunda "valayat-ı kaza" denilirdi. Bu velayet yalnız hüküm vermeye yöneliktir. Bu nedenle kadı siyaset ile ilgilenemez. Kadı'da asıl olan hüküm verme kudretidir. İnfaz kud-

<sup>20</sup> UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, age, s.116

<sup>21</sup> AKDAĞ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, c.1. Ankara 1959, s.337.

<sup>22</sup> ALTUNDAĞ, Şinasi, agm. s.345.

reti ise, bunun dışındadır. Meğer ki, kadı'nın ganimetleri taksim, mirasçıları bilinmeyen malların dağıtılması, şeriata uygun had cezalarını yerine getirme, orduyu tanzim ve tertip, vergi koyma velayeti yoktur.

Osmanlı Devleti'nin bilhassa yükselme devresinde, çok bilgili kişilerden seçilen kadılar, vermiş oldukları adilâne kararlarla sadece Müslüman toplum üzerinde değil aynı zamanda Hıristiyan toplum üzerinde de iyi intibalar bırakmışlardır. Hıristiyan halk hiçbir baskı altında tutulmadan, kendi istekleriyle her türlü ihtilaflarını kadı huzuruna getirmek suretiyle çözümlenmesi yoluna gitmişlerdi.

İdam hükmü dışında kadı'nın verdiği hüküm derhal tatbik edilirdi. İdam hükmünde ise, kadı'nın kararını ve imzasını taşıyan hüccet, idam cezası alan mahkum ile beraber Sancak Beyi'ne, eyalet merkezi ise Beylerbeyi'ne götürülürdü. Vali paşa olayı şahsen inceledikten sonra cezayı infaz ettirdi. Eğer kadı'nın verdiği idam cezasını yerinde görmez veya ağır bulursa, suçluyu, hüccetiyle beraber İstanbul'a sevk ederdi. Orada kazaskerlerden hangisinin sahasında ise, o davayı incelerdi. İdam cezasını tasdik etmek veya kaldırmak hakkı kazaskere aitti. Kazasker mahkemesinde kararı bozulan kadı, çok kötü sicil almış olurdu.

Adaletin yerine getirilebilmesi için kurulan adalet müesseselerinin incelenmesine gelince;

### **1.DİVAN**

Hükümdarın veya veziri azamın başkanlığı altında toplanan meclise Divan veya diğer bir deyişle Divan'ı hümayun denirdi. Bu meclislerde devlet işleri ve halkın şikâyet ve talepleri görüşülüp karara bağlanırdı. Divan Devlet işlerini yürütme ve adaleti tatbik için icra kuvvetince vücuduna ihtiyaç olan bir müessesedir. Fatih Sultan Mehmet zamanında Divan tatil günlerinin dışında her gün öğlenden önce erkenden padişah sarayında toplanırdı. Veziri âzam , Kubbe Vezirleri, Kadiaskerler, İstanbul yani Merkezi Saltanat Kadısı, Yeniçeri Ağası, Nişancı ve Defterdar, Bölük ağaları Divanın tabii üyesi idiler. İlkönce Divana yapılan müracaatlar tasnif edilip incelemeler yapıldıktan sonra Divan toplanınca mevcut evrakları Reisülküttap efendi okur ve hangi daireye ait ise zabıt katibi durumunda olan Divanı Hümayun Hocakâni tarafından işaret olunarak o daireye havale olunurdu. Divanı Hümayun, Padişahın divanı olduğundan o nerede bulunursa orada toplanırdı. Kurul toplantıları Fatih Sultan Mehmet zamanına kadar her gün yapılırken 16. yüzyılda haftada dörde, sonra ikiye inmiş 17. yüzyıldan başlayarak Divanı Hümayun toplantıları iyice azalmıştır. Vatandaşlar Divanı Hümayun'a yakınmalarını yazılı olarak bildirebilecekleri gibi kişisel olarak da kurulun önüne çıkıp dertlerini anlatabilirlerdi. Bu konuda hiçbir kısıtlama yoktu. Divanı Hüma-

yun istisnasız olarak herkese açıldı. Divanı Hümayun toplantılarında yakınmaları incelemenin çok önemli bir zaman aldığı sicillerdeki yakınma sayısının fazlalığından anlaşılmaktadır. Halkın genellikle adaletsiz hükümler veren kadı'lar için Divan'a başvurduğu saptanmıştır<sup>23</sup>. Bunun yanında haksızlık eden, zulüm yoluna sapan yöneticilerden sık sık şikâyet edilmektedir. Örfi hukuk alanına giren sorunlarda, nişancının önerisiyle, veziriazam hemen kararını verebilir. Ancak, kadı'nın şer'i alanda verdiği hükümler için durum karışık bir görünümde. Zira; İslâm Hukukunda "temyiz kurumu yoktur. Kadı'nın verdiği hüküm kesindir. Hükümün verilmesinde belirgin göze çarpan bir haksızlık yoksa hemen yerine getirilmelidir. İşe bu noktadan hareket edilerek Divan Hümayun'da varılan kararlar, sonuca bağlanan işler ancak "arz" yoluyla padişaha bilgi verildikten sonra kesinleşir. Padişahlar, yalnız çok önemli saydıkları konularda verilen kararları değiştirirler; devlet-in günlük ve normal işleri ile ilgilenmezler; o konularda varılan yargılar, kendi divanında kendi adına oluşturulduğu için, zaten fazla üzerinde durulması da gereksizdir. Zira, Divan, padişahın egemenlik hakkının gölge-sinde toplanmıştır. Ayrıca padişah kimseye görünmeden son derece dikkatli davranmak zorundadırlar. Hiçbiri padişahın gazabına uğramak istemez.

Divanı Hümayun dışında veziriazamın başkanlığını yaptığı bir dizi divan daha vardır ki, bunlar da zaman zaman adli veya idari mahkeme olarak görev yapmaktadırlar. Bunların başında cuma divanı gelir. Bu divana veziriazamdan başka kazaskerlerin katılması "huzur murafaası" da denen cuma divanının şer'i ve örfi hukuk alanlarda önemi bir yargılama görevini yaptığını ortaya koymaktadır<sup>24</sup>.

Görülüyor ki, o devirlerde devlet görevlileri ve hatta padişah adalet işleriyle doğrudan doğruya meşgul ve memlekette haksızlığın ve zulmün yer almamasına büyük özen göstermişlerdir. Bunun yanında asıl adalet mercii ise mahkemelerdir.

## 2. ŞER'İ MAHKEMELER

Eskiden gerek ceza gerek "hukuk" mahkemelerindeki muhakemelerde şeri hükümler uygulanıyordu. Fakat muhakemeye ait bu hükümlere usul adı verilmemekte idi. Muhakemeye ait hükümler de "Fıkıh" denilen "hukuk"un bir dalını teşkil ediyordu. Nitekim bu hükümler Mecelle ile bir araya getirildiği zaman "kitab-üd dava", "kitab-ül kaza", "kitab-ül beyyinat" gibi çeşitli kitaplardan toplanmıştı. Gerçi "Fıkıh" ilmi yanında bir de "Usul-ü Fıkıh"

<sup>23</sup> UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1965,s.10.

<sup>24</sup> AYDIN, M. Akif, agm.s.402.

ilmi vardır. Fakat buradaki “Usul” bambaşka bir mânada idi ve lügat manası ile, asıllar, temeller demektir. Fıkıh usulü de Fıkıhın temelleri demek oluyordu. Bu ilim, İslâm hukukunu meydana getiren şer’i hükümlerin kaynaklarından çıkarılış şekillerini gösteriyor, çıkan hükümlerin şer’i olduklarını ispat ediyordu. İslâm hukukunda kısaca Usul ilmi de denilen Fıkıh Usulü ilmi, bugünkü anlamı ile bir çeşit Hukuk Mantığı ve bir çeşit Hukuk Metodolojisi idi<sup>25</sup>.

Şer’i mahkemeler dediğimiz Kadı Mahkemeleri Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti’nin yargı örgütünü oluşturmuştur. Burada bir kadı ve mahkemenin bulunduğu yerin büyüklüğüne göre sayıları değişen yardımcıları görev yaparlardı. İslâm hukukunda teorik olarak toplu hakimli mahkemeler mümkün olmakla ve uygulamada az da olsa bu tür mahkemelere rastlanmakla birlikte, tatbikat genel olarak tek hakimli mahkemeler şeklinde olmuştur. Ancak kadıların ilmi görüşlerinden istifade ettikleri müftüler ve mahkemelerde yargılamayı bir nevi müşahit gözüyle izleyen şühût veya şühûdü’l hal denilen görevliler tek hakimli İslâm adliye teşkilâtına kendine has bir zenginlik kazandırmıştır<sup>26</sup>.

Mahkemeye dava açma bir şekle bağlı değildi. Davası olanlar, ya bir dilekçe ile yakınmalarını anlatır veya doğrudan doğruya mahkeme kalemine müracaatla sözlü olarak çözümlenmesini istediği meseleyi tutanağa geçirtilirdi. Alınan harçlar ağır değildi. Müşkül ve karışık meselelerde kadı, Şeyhülislâm’dan veya herhangi bir müftüden istifade edebilirdi.

Şeyhülislâm sanı, bilgice üstün nitelikteki din adamlarına verilir. Ulema Fatih dönemine kadar, devlet işleriyle aktif biçimde ilgilenmişlerdir. Ordu kadısı denilebilecek kazasker, ulemanın başkanlığını da yapıyordu. Giderek, devlet merkezinde bulunan müftü bu görevi yerine getirmeye başlamıştır. Hemen her kentte bulunan ve fetva vermekten başka rolleri olmayan müftülerden, İstanbul’da bulunanın neden giderek güçlendiği, bu makama getirilen kişilerin son derece bilgili ve saygın olmasıyla açıklanmıştır. Fatih Kanunnâmesinde, müftü ulemanın başı sayılmıştır. Şer’iye mahkemelerinde dava ve olayların tutanak ve yazımlarından asla şüphe edilmezdi. Bugün dört yüz senelik zabıtnâme ve sicillerden anlaşılacağı üzere dava ve olaylar önce tutanağa geçirilir ve sonra tutanağa uygun olarak düzenlenen hüküm ve hüccetler o iş için tutulan kayda geçirilir ve itina ile saklanırdı. Hüccet, bir davayı ispat eden şahitlik, yemin ve yeminden imtina anlamına

<sup>25</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 198.

<sup>26</sup> AYDIN, M.Akif, agm. s.392.

gelir. Şer'iyeye sicillerindeki anlamıyla hüccet, kadının hükmünü ihtiva etmeyen taraflardan birinin ikrarıyla diğzerinin tasdikini havi bulunan ve üzerinde bunu düzenleyen kadının mühür ve imzasını taşıyan senet demektir. Hüccetler esasen mahkemelerin noterlik çalışmalarının ürünüdür<sup>27</sup>. Bunların ilâmlardan farkı, kadının hükmünün olmamasıdır. Halbuki ilâmda mutlaka kadının hükmü yazılı olmalıdır. Taraflara verilen hüccetlerin bir sureti sicile kaydolunur. Ancak hücceti veren kadının ismi ile mühürü sicil defterindeki vesikada bulunmaz. Şer'iyeye sicillerinde kadınların isimleri sadece sicilin baş tarafına yazılı bulunmakta, kadının ismi ile künyesi ve göreve başlama tarihi kaydolunmaktadır. Şer'iyeye sicillerinde kayıtlı bulunan hüccetler, nafaka, vasiyet, vekâlet, ikrar istidane, sulh, vasi ve kayyım tayini, ferağ-ı kat-i (kayıtsız şartsız yapılan ferağ), ferağ bi'l-vefa (bir kimsenin başkasından borç olarak aldığı para karşılığında, borç ödendiğinde iade olunmak koşulu ile alacaklısına yaptığı ferağdır.), fekk-i-vefa (vefanın kaldırılması; vefanın düşmesi. Ferağ ve benzeri işlemler nedeniyle yapılan akit ve anlaşmaların kaldırılması, geçersiz kılınması.), ihale (bir işi veya bir malı birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene bırakma, eksiltme veya arttırma), icare (evkafa veya hükümete ait olan malların kiralanması anlamında "kira" sözcüğü karşılığı kullanılır.), kefalet, havale-i deyn (deyn, dayn; belli bir zaman sonunda ödenmek üzere alınmış borç anlamındadır. Havale-i dayn ise; borcun bir başkasına havale edilmesi aktarılmasıdır. Mevcut bir borcun bir kimse üzerine bırakılmasıdır.), hibe ve teslim, tahmil-i şahadet (şahadet yapmayı üstlenmek veya şahadet yapmasını istemek; şahadet vermeye yükümlü kılmak.), ibra (borçtan kurtulma; beraat etme; temize çıkarılma.), ahd-ı müzaraa (satış ahdı. Arşınla toprak satışı ile yapılan anlaşma. Toprak sahibi ile işçi arasındaki ürün bölme yerine kurulmuş ortaklık. Ahd; bir işi üstüne alıp söz verme; sözleşme demektir.) Ahd-i müsahat (doğru olarak ve kurallarına dikkat edilerek yapılan sözleşmedir.), mübadere (bir şeyi yapmaya hemen girişme; sür'atle işe koyulma.) ve daha birçok isimle hüccetler tanzim edilmiştir. Bunların her biri gerektiğinde bir vesika olarak kullanılmaktadır.

Genellikle şe'i bir mahkemenin göreceği işler tayin ve tahdit edilmemiş olduğundan, aynı mahkeme şer'i hukuk sahasına giren her bir iş ile uğraşır, yani medeni, ticari ve ceza davalarını görüp, hükme bağladığı gibi bugün noterlerin gördüğü birçok vazifeler, vasiyetlerin tanzim ve ifası, vakfiyelerin tanzimi ve nezareti ve her türlü mukavele ve senetlerin tanzimi ve tescili gibi işleri de yapardı. Mahkemelerde sicil defteri, resmi bir defter mahiyetinde olup, dikkatle saklanarak kadıdan kadıya devredilirdi. Kadı örfi kanun ve hükümlerin icra ve tatbiki ile mükellef olduğundan, devlet maliyesine ait

<sup>27</sup> UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, agc. s.108.



işler, şahıslar ile devlet arasında her türlü taahhüt ve borçlanma işlerinin tanzimi ve nezareti, vergi mükelleflerinin tayin ve tespiti, vergi kanunlarının tatbikine nezaret, her türlü yasaknâmelerin tatbikini temin etmek yargı vazifelerinin cümlesindedir. Bütün bu işlere ait karar ve zabıtlar diğer şer'î meselelere ait olanlar ile yan yana sicil defterinde yer alır. Hattâ kadı bir mahalde örf ve adetin tespiti ve padişaha arzı suretiyle, bunların kanunlaşmasında önemli rol oynayabilir. Nihayet kanunları uymayanları ve halkın şikayetlerini merkeze bildirmek, yani bir nevi savcılık görevi ifa etmek asli vazifeleri arasındadır<sup>28</sup>.

İstanbul'un fethinden sonra kadılar evlerinde çalışırlar, işlere evlerinde bakarlardı. Kadı değiştikçe mahkemenin yeri de değişirdi. Bu yüzden büyük tarihi önemi olan kadıların tuttukları şeri sicil defterlerinin pek çoğu zamanımıza kadar gelmemiştir. Bunların çoğu kadıların evlerinde kalmış, yangınlarda yanmış, yok olup gitmiştir.

Yargı örgütünün başında Kadıasker de denilen kazaskerler bulunuyordu. Kazaskerler en yüksek ilmi ve kazai rütbeyi taşımakta idiler. Ordu mensuplarının yargı işlerini gören ve kadileşker denilen yüksek yargıçlar Eyyübîler'den beri İslâm devletlerinde bulunuyor ve Anadolu Selçukluları da böyle bir kadıyı iş başında tutuyorlardı. Ancak, bunun yanında kadı'l-kuzât denilen ve yargı örgütünün başında ulemadan ayrı bir kimse vardı. İşte Osmanlılar, Kazaskerlik makamını kurduktan sonra, Anadolu Selçuklularındaki kadı'l-kuzâtlığa gerek görmemişler, onun görevini de kazaskerlere geçirmişlerdir. Demek ki, kazaskerler; Osmanlılarda ordu mensuplarının hukuki ve şeri dava ve işlerine bakan, sefer zamanında padişaha refakat ederek aynı işi gören kadıdır. Kazaskerlerin Divan-ı Hümayun'da dava dinleme görevlerinden ayrı olarak Salı ve Çarşamba dışındaki günlerde havale edilen şeri ve hukuki işlere bakmak için yaptıkları toplantıya "Kazasker İkinci Divanı" ismi verilirdi. Ordu mensuplarının her türlü yargı işlerini görmek, ayrı bir kadıya bırakılmış ve askeri sınıfın önemi, bu Kazaskeri diğer kadıların üstüne çıkarmıştır. Kazasker giderek, kadıları denetleyen, atayan ve Divan toplantılarında yanlış, eksik kadı kararlarını düzelten yani bir çeşit temyiz görevi yapan kişi durumuna yükseltilmiştir. İstanbul'un fethinden sonra Karamani Mehmet Paşa, Manisa Çelebi'sinin itibarını kıskanarak Kazasker-

<sup>28</sup> UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, age. s.109; Mustafa AKDAĞ, "Osmanlı Müesseseleri Hakkında Notlar", AÜDTCFD C.XIII/1-2, s.48 vd. 953/1546 tarihli bir kadı beratında kadıların görevleri hukuki ihtilafları çözmek, küçükleri evlendirmek, nikâh kıymak, vasiyetleri yerine getirmek, miras taksimi yapmak, gaib ve yetimlerini mallarının idaresini temin etmek, vasileri tayin ve gerekirse azletmek olduğu belirtilmektedir. UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, age. s.113; Halit ONGAN, Ankara'nın 1 Numaralı Şer'îye Sicili, Ankara 1958, s.34-38.

liği ikiye çıkarmasını padişaha tavsiye etmiş, Fatih'te bu makamı, biri Rumeli, diğeri Anadolu olmak üzere ikiye çıkarmıştır. Bu makama ilk tayin edilenler Hacı Hasanzade ve Müslühüddin Kestelâni'dir. Kazai teşkilatın büyük uzuvları bunlardı. Padişahın komuta ettiği seferlerde orduyu takip ederlerdi. Ordu Avrupa'da harekete geçince Rumeli Kazaskeri, Ordu Asya ve Afrika'ya hareket edince Anadolu Kazaskeri birlikte giderdi.

### 3. İNZİBAT VE İHTİSAB MÜESSESELERİ

Osmanlı İmparatorluğunda, devlet bugünkü anlamda kamu hizmeti ifa etmezdi. Ancak birçok kentte örnek sayılabilecek hizmet kurumları vardı. Bütün bu kurumlar vakıflar yoluyla oluşmuştu. Osmanlı İmparatorluğunda, bugünkü devletin gördüğü pek çoğu hizmeti vakıflar yüklenmiştir. Vakıfların denetimi de kadılara verilmiştir. Kentin ekonomik yaşantısını denetleme görevi de yine kadılara verilmiştir. Ufak kentlerde kadıya bu görevlerinde yardımcı olan Subaşılardı. Büyük kentlerde ise, hemen her İslâm devletinde gördüğümüz "muhtesipler" kadının denetim işlerini yürütmesinde yardımcı olmuşlardır. Muhtesip Osmanlılarda "ihtisap ağası" adıyla anılmıştır. İhtisap kelime anlamıyla; hesap sorma, hesaba çekme anlamındadır. Yani kısaca ihtisap ağası; Osmanlı İmparatorluğunda belediye işlerini yürütmekle görevli memurdur<sup>29</sup>. İhtisap Ağası'nın görevi belediye işlerine bakmaktı. Osmanlı Devletinde İhtisap Ağalığı daha önceki İslâm devletlerinden esinlenerek kurulmuştur. Her kadı atanan yere bir de İhtisap ağası gönderilirdi.

İstanbul'un kadıları birden fazla olduğu için İhtisap Ağaları birden fazlaydı. Mülkiye ve Belediye işlerinin hemen bütününe, asayiş ve inzibata kadı; zabıta görevlerine de İhtisap Ağaları bakardı. Bunların emrine kul oğlanları adlı birtakım memurlar verilirdi. Bu memurların görevleri dükkân ve bu tür yerlerden belediye resmi toplamak ve ağaya teslim etmektir. Esasen ihtisap vazifesi yargı görevi sayılmakta ise de, daha önemli olan dava ve diğer işlerle meşgul olan kadıları çarşı ve pazarda dolaşmaktan daha üstün mevkide tutmak için ihtisap işleri ayrı memurlara verilmiştir. Şimdi aklımıza şöyle bir soru gelebilir: acaba yargıcılıkla hiç ilişkisi olmayan bu görevler kadıya niçin verilmiştir? Kadı kazada en saygın ve güvenilir kişi olduğundan ayrıca kentin önemli hizmetlerini ulemadan birisinin görmesi, türlü sürtüşmeleri engelleyeceğinden, bu tür görevlerin de ona verilmesini gerektirmiştir. Kadı her şeyden evvel kentin en önemli kişisi idi. Kadı sadece bir hakim sıfatıyla değil, aynı zamanda kötülükleri önleme ile görevli bir amir durumunda hizmet ifa etmekteydi. Gerek yiyecek, gerekse giyecek maddeleri, fiyat ve kalite bakımından çok ciddi bir denetlemeye tâbi tutulmaktadır. Bu

<sup>29</sup> ALTUNDAĞ, Şinasi, agm. s.351.

kontroller müslüman ve müslüman olmayanlara aynı kaide ve esaslar dahilinde tatbik edilmekte, terazilerin birkaç dirheme kadar eksikliklerinin tespit edildiği görülmektedir. “Sabıka” şeklinde sicillere geçen bazı hususları şöyle belirtebiliriz: limon suyu bozulmuş, şerbet nâpâk, ekmeç çığ ve kara, kebab bozulmuş, balık bozulmuş, çorba ve pilav porsiyonları küçük, tencere kalaysız, yonca çayır otu ile, arpa samanla karışık, kiraz, armut, karpuz ham, hammam nâ-pâk, hayvanlara haddinden fazla yük vurulmuş, dört okkadan kuzu kesilmiş, elbise pot yahut kısa. Cezanın miktar ve cinsi belirtilmemektedir. Herhalde cezalar şahsa, olayın ağırlığı ve hafifliğine göre, takdir hakkını kullanması için kadının inisiyatifine bırakıldığı düşünülebilir.

Adaletin yardımcı müesseselerine gelince; bunlarda “İfta” ve “Esnaf” heyetleri idi. Şimdi bu müesseseleri görelim.

### 1. İFTA

İfta, bir sorunu veya olayı açıklamak anlamındadır. Ancak genellikle, bir meselenin şeriata uygun ve hukuki sonucunu öğrenmek için sorulan soruya cevap vermek anlamına gelmektedir. Sorana “müstefti” veya fetva isteyen kimse, cevap verene “müfti” ve verilen cevaba da “fetva” denir. Yargı ile ifta ayrı ayrı müesseselerdir. Kadı, kendisine çözümlenmek üzere sunulan olayı araştırarak ne şekilde sabit olursa ona göre kararını verir. Bu kararı taraflar kabul ve uygulamakla yükümlüdürler. Müfti ise, olayı araştırmakla meşgul olmayıp anlatışa göre olayın neticesi hakkında düşüncesini bildirir. Bu düşünce tamamen ilmidir. Yani bilgiye dayanır. İlgililer isterlerse ve aldıkları bilgiden tatmin olmuşlarsa meselenin çözümünü böylece hallederler. Ancak aldıkları bilgiden tatmin olmamışlarsa mahkemeye müracaatla olayın çözümünü talep edebilirlerdi. Osmanlı Devletinde hemen her yerleşme merkezinde müftiler vardı. Şeyhülislâm en büyük müfti sayılırdı<sup>30</sup>. Şeyhülislâm bütün müfti teşkilatının idaresi, mevali denilen büyük müderris ve kadıların idaresinden sorumlu olmakla birlikte ona asıl nüfuz ve itibarını sağlayan husus reis’ül-ulemâ olması ve fetva yetkisidir. Şeyhülislâmların verdiği fetvaların çoğunluğu ibadet, muâmelat ve günlük hayata dair olmakla birlikte siyasi ve idari muhtevalı olanları önemli ve zaman zaman tartışmalı olmuştur. Zamanla Şeyhülislâmların fetva verme etkinlikleri büyük bir yoğunluğa erişmiş, bu işle uğraşacak ayrı bir daire kurulmuştur. Şeyhülislâmlık makamına bağlı olan ve “Fetvahane” denilen bu dairenin başı, “Fetva Emini”dir. Fetva Emini ulemadan yetenekli bir hizmetlidir. Bu görevli, kendilerine verilen soruları soranın istediği bir sünni bir mezhep fıkhı ilkeleri içinde araştırır, cevabını bulur, yazar ve Şeyhülislâma sunar. Böy-

30 BELEN, Fahri, age. s.107.

lece fetva hazırlanmış ve tamamlanmış olurdu. Çok önemli sorularda, araştırmayı Şeyhülislâm yapar ve fetvayı o hazırlardı. Vezir-i âzam ve padişahın istedikleri fetvaları ise, hangi konuda olursa olsun, Şeyhülislâmın hazırlayıp imzalaması koşuldu.

İfta müessesesine önem verildiği zaman, sorunu olanlar müftilere müracaat ederek meselelerin çözüm yollarını ararlar ve buna göre aralarında anlaşma yoluna giderlerdi. Bu müessese aynı zamanda her olayın mahkemeye çözümlenmek üzere intikalini de önlerdi.

## 2. ESNAF HEYETLERİ

Eski devirlerde adalet mekanizmasına hizmet eden müesseselerden biri Esnaf Heyetleri idi. Her sınıfın kendi içlerinden seçtikleri birer heyetleri vardı. Osmanlı kentlerinde ticaretle ve zanaatla uğraşmak bazı koşullara ve kurallara bağlanmıştı. Kişiler istedikleri ticaret ve zanaat mesleğine hemen giremezler ve istedikleri yerde ve biçimde çalışamazlardı. Her esnafçılık ve zanaatçılık dalı, kendi içinde örgütlenmiştir. Bu örgütlere "Lonca" denilirdi. Loncalar, bir tür esnaf birlikleriydi. Loncaların yarı resmi yöneticilerine "Kethüda", kethüdanın esnafla ilişkilerini kuran kişilere de "yiğitbaşı" denirdi. Kethüdanın, yolsuzluğu görülen esnafı cezalandırma yetkisi vardı. Malların kalitesi ve değeri, kusurlu olup olmadığı Lonca tarafından sıkı bir biçimde denetlenir; suçu görülenler teşhirden falakaya veya meslekten men edilmeye varan cezalara çarptırılırlardı. Nitekim eski İstanbul Kadılığı'nın sicil kayıtları içerisinde bu tür cezaların çeşitli örneklerine rastlanmaktadır. Örneğin; bir kılıç ustasının sakız ağacından yaptığı kılıcın kabzasını kara boya ile boyayarak abonoza benzettiği ve müşterilerini aldattığı; bir fırıncının ekmeği eksik gramajla sattığı tespit edilmiş ve çeşitli cezalar uygulanmış<sup>31</sup>.

## I- OSMANLI KANUNNAMESLERİ

Osmanlı Devleti her sahada İslâm hukukunu örnek alarak kabul etmiştir. Bu hukuk, gerek kişinin gerekse toplumun hak ve vazifelerini ve bunlar arasındaki ihtilafların çözümüne yeterliydi. İslâm hukukunun cezai hükümleri Osmanlı padişahları tarafından da kabul edilmiştir. Hatta, Osmanlı saltanatının kurucusu olan Osman Gazi, şeriat hükümlerinden ayrılmamasını buyurmuştu.

Osmanlı hükümdarları zamanında suç ve cezalara ilişkin hükümleri kapsayan yasalara, Tanzimata kadar olan dönemde Fatih Sultan Mehmet, Kanuni Sultan Süleyman ve IV. Mehmed dönemlerinde rastlanılmaktadır. Söz konusu yasalar her ne kadar Tazirin tür ve derecelerini göstermek amacıyla

<sup>31</sup> DEMİRKAN, Makbule, Osmanlı'da Esnaf, Skylife, Mayıs 1997, Sayı: 167, s.10.

yayınlanmışlarsa da cezaların kanuniliği esası yerleşmemiş olduğu için, genellikle hangi fiillerden dolayı Tazir cezalarından hangilerinin ne derecede uygulanacağı belirtilmemiştir<sup>32</sup>.

Osmanlı Devletinde suç ve cezalara dair hükümleri taşıyan kanunlara, ilk olarak Fatih Sultan Mehmet zamanında rastlanır. İstanbul'u ele geçirdikten sonra Osmanlı Devleti'ni eskisinden daha merkeziyetçi bir hale sokmaya çalışan Fatih, devletin askeri ve mülki bütün teşkilatında seleflerinin zamanındaki kanunlara sadık kalmakla beraber, kendisi de yeni birtakım kaide ve nizamlar ortaya koymuş, kendisinden önce mevcut olanlara da yeni şekiller vermiştir<sup>33</sup>.

Devletin ana nizamlarıyla esaslı şekilde ilgilenen Fatih ülkede yürürlükte olan mevzuatı bir kanunname halinde bir araya toplayıp yazdırmaya karar verdiği zaman işi Leyszâde Mustafa oğlu Mehmet Efendi'ye havale etmiştir. Leyszâde, eski kanunlarla yenilerini bir araya getirmek suretiyle "Fatih Kanunnamesi" diye tarihin malı olan eseri ortaya koymuştur. Leyszâde'nin kaleme aldığı kanunnameden 1620 tarihinde kopya edilen ve Viyana İmparator Kütüphanesinde mevcut bir nüsha vasıtasıyla mevcudiyetinden eksiksiz şekilde haberdar olduğumuz Fatih Kanunnamesi "Kanunname-i Al-i Osman" başlığıyla Türkiye'de ilk defa "Tarihi Osmani Encümeni" Mecmuasında 1912 yılında yayınlanmıştır. Kanunnameyi kaleme alan Leyszâde Mustafa oğlu Mehmet Efendi, eserine koyduğu mukaddimede, bu işe Fatih'in emriyle memur edildiğini ifade ettikten sonra padişahın ecdadı zamanında mevcut olup defter edilmeyen kanunlarla yenilerini bir araya getirdiğine işareti müteakip, herkesin yararlanabilmesi için, halkın anlayamayacağı ıstıhlardan feragat olduğunu ve kanunnamenin üç bab üzerine tanzim olduğunu beyan etmektedir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> TANER, Tahir, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat I, İstanbul 1940, s.221.

<sup>33</sup> Fatih'in hayatı, kişiliği, icraatı üzerinde gerek Türkiye'de gerek dış ülkelerde pek çok yayın mevcuttur. Konumuzla ilgili temel başvuru yayınları olarak şu eserler zikredilebilir: Ali Himmec BERKİ, Büyük Türk Hükümdarı İstanbul Fatih Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayatı, İstanbul 1953; Halil İNALCIK, Fatih Devri Üzerinde Tetkikler ve Vesikalar, C.I, Ankara 1954; Halil İNALCIK, Mehmet II, İslâm Ansiklopedisi, Cilt:7, 1957; Reşad Ekrem KOÇU, Osmanlı Padişahları, İstanbul 1981; Süheyl ÜNVER, Fatih Devri, İlim Hayatı, İstanbul 1946; Süheyl ÜNVER, Fethin 511. Yıldönümü Konferansları, İstanbul 1964; Enver Behnan ŞAPOLYO, Osmanlı Sultanları Tarihi, Rafet Zaimler Yayınevi, İstanbul 1961.

<sup>34</sup> "Kanunnâme-i Al-i Osman" Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası sy. 13-15 cki (1329-1330) s.9-10; Ahmet AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul 1990, C.I, s.316-317.

Fatih Kanunnamesi “Bu kanun ve kanunname atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evladı kiramım neslen ba’de neslin bununla âmil olalar” diye başlamakta, eseri kaleme alanın mukaddimesini müteakip kanunnamenin birinci babına geçilmektedir. “Meratibi ayan ve ekâbir beyanındadır” başlığını taşıyan birinci babda devlet teşkilatındaki bilcümle askeri ve mülki erkânın vazife ve selâhiyetleri, resmi toplantılarla merasimlerdeki mevki ve teşrifat usulleri, erkânın bir kısmının maaşlarının miktarları yer almaktadır<sup>35</sup>.

Kanunname, padişahтан sonra en yüksek mevkie sahip olan veziriazamın vazife ve selâhiyeti şöylece belirtilmekte “Evvela vüzera ve ümeranın veziriazam başıdır. Cümlelerin ulusudur, cümlelerin umuru vekili mutlakıdır ve malımın vekili defterdarımdır ve ol nazırıdır ve oturumda ve durumda ve mertebede veziriazam cümleden mukaddemdir” dendiğinden sonra Şeyhülislâm ve padişah hocasına geçilmektedir. “Şeyhülislâm ulemanın reisi ve muallimi sultan dahi kezalık serdar ulemadır, veziriazam anlar riayeten üstüne almak münasiptir amma müfti ve hoca sair vüzeradan bir nice tabaka yukarıdır ve tasattur dahi ederler”.

Fatih Kanunnamesinin en dikkate değer ve şimdiye kadar üzerinde en fazla durulan bir noktası da hiç şüphesiz padişahlar için kardeş katlini kanunlaştıran tarafıdır. Kanunname bu mesele “Ve her kimesneye evladımın saltanat müyesser ola, karındaşların nizamı alem için katletmek münasiptir. Ekseri ulema dahi tecviz etmiştir. Anınla âmil olalar” diye ifade edilmiştir<sup>36</sup>.

Fatih devrine ait iki kanundan birincisi beş bölümden oluşmaktadır. Bu kanunun ilk üç faslı suçlara ayrılmıştır. Bu fasıllardan birincisi zina, ikincisi dövüşme, sövüşme ve katil, üçüncüsü şarap içme ve hırsızlık fiilleri ile bunlara karşılık verilmiş cezalardan söz etmektedir. Bu kanunun ceza hukuku bakımından en önemli yanı, koyduğu “cerime” yani para cezalarında suçlunun ekonomik durumunu gözetmek suretiyle cezayı ferdileştirmiş bulunmasıdır. Mesela 15. madde şöyledir: “Eğer bir kişi oku ile yahut bıçağı ile vursa yaşlı olup döseğe düşerse ol üran bay olup bin akçeye dahil ziyadeye gücü yeterse cerem alına”.

Kanunnameyi Ali Osman da beş suç yer almıştır. Osmanlı ülkesinin değişik kısımları ve fethedilen yeni kentlerin idaresi için ayrı kanunnameler

<sup>35</sup> KANTAR, Baha, Ceza Hukuku, Başlangıç, Ankara 1937, s.65-67.

<sup>36</sup> ÖZCAN, Abdulkadir, “Fatihin Teşkilat Kanunnamesi ve Nizamı Alem İçin Kardeş Katli Meselesi”, Tarih Dergisi, İstanbul 1982, sy 33, s 46; ŞENEL, Şennur, Osmanlı Hukuk Sisteminde Suçlar ve Cezalar Üzerine II, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Şubat 1997, Sayı 15, s 28.

hazırlanmakta ve bunlar ceza kanunlarını da içermektedirler. Ancak Osmanlı İmparatorluğunda bu hususta model olarak kullanılan bir kanun vardı ve Nişancı onu devletin arşivlerinde muhafaza etmekteydi. İdare imparatorluğun belirli bir bölgesi için bir yetkiliyi böyle bir kanun hazırlamaya görevlendirdiğinde söz konusu örfi kanun model alınmıyor ve bazen bu kanun yöresel örf ve adetlerle ahenkli bir duruma getiriliyordu. Söz konusu Kanunnameler böylece “ber mucibi kanunu Osmani”yi meydana getiriyorlardı. Kanunlar böylece yöresel özelliklere göre esas model muhafaza edilmekle beraber şekillendirilebilirken, ceza hükümleri üzerinde büyük bir değişiklik yapılmıyor ve cezai hükümler esasta aynı olarak kalıyordu.

Fatih ve dönemi sadece teşkilat açısından değil anlayış ve yaklaşım bakımından da bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Meşhur teşkilat ve teşrifat kanunnamesinde ilk defa olarak ulema ve ilmiye sınıfı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

Fatih zamanında çıkarılan kanunnameleri sultan II. Bayezid ve Yavuz Sultan Selim’in umumi kanunnameleri takip etmiştir. II. Bayezid daha Amasya’da şehzadeligi döneminde sarayında alim ve şairlerden bir kültür muhiti oluşturmuş, daha sonra bu seçkin zümre II. Beyazıt ile İstanbul’a gelmiştir. II. Bayezid Amasya, Edirne ve nihayet İstanbul Bayezid külliyelerini inşa ettirmekle ilme verdiği değeri fiilen göstermiştir. Yavuz Sultan Selim’in hazırladığı umumi Osmanlı Kanunnamesi II. Bayezid’inkine göre daha kapsamlı ve geniştir. İlk üç kısmı ceza hukukunun ta’zir cezalarına tahsis edilmiştir.

I. Selim devrinin fetihlerle geçen kısa saltanat döneminden sonra Kanuni devrinde Osmanlı ilim hayatı özellikle teşkilat ve fiziki imkanlar açısından en yüksek seviyesine ulaşmıştır<sup>37</sup>. Kanuni Sultan Süleyman dönemine ait olduğu kuvvetle tahmin edilen ceza yasası, üç fasıldan meydana gelmektedir. Birinci fasılda “zina”, ikinci fasılda “hakaret, müessir fiil ve adam öldürme” üçüncü fasılda ise “şarap içmek, hırsızlık, gasp” suçları ve bunlara uygulanacak cezalar yer almaktadır. Ayrıca bu son fasılda namaz kılmama, borç verip tespit edilen sınırdan yüksek faiz alma, başkasının hayvanını öldürme, vs. gibi fiiller de bulunmaktadır<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Ayrıntılı inceleme için bk. M. İPŞİRLİ, “Scholarship and Intellectual Life in the Reign Of Süleyman The Magnificent”, *The Ottoman Empire In The Reign Of Süleyman The Magnificent*, II, İstanbul 1988, s. 15-58.

<sup>38</sup> İkinci ve Üçüncü fasılların metni için bk. Ahmet Lütfi, *Mir’atı Adalet Yahut Tarihçe-i Devlet-i Aliye*, İstanbul 1887 (1304). Eser Erdinç Beylem tarafından “Osmanlı Adalet Düzeni” adı altında 1979’da İstanbul’da tekrar yayınlanmıştır., s.36 vd.

Kadınların özellikle ceza, arazi vergi hukuku sahalarında en önemli yardımcıları olan kanunnamelerin Osmanlı hukukunun uygulanmasına yardımcı oldukları inkar edilemez. Bu sebeple bunların yürürlük kaynağı olarak kullanılmak üzere kadınlara gönderildikleri, zaman zaman kadınların da ellerindeki kanunname nüshalarını merkeze göndererek son değişikliklere göre tashih ettirdikleri görülmektedir. 16. yüzyıla ait bir adaletnamede Kanuni tarafından tanzim edilen kanunnamenin her şehirdeki mahkemelere gönderildiğinden ve kadınların onu uyguladıklarından bahsedilmektedir<sup>39</sup>. Ayrıca Manisa İl Kütüphanesi'nde bulunan bir kanunnâmenin mukaddimesinde yer alan hükümde kanunnamenin onun hükümlerinden haberdar olmak isteyen kadınların talebi üzerine Anadolu'daki muhtelif vilayetlere gönderildiği belirtilmektedir<sup>40</sup>.

IV. Mehmet zamanında (H.1091-M.1680) üç bölümden meydana gelen bir kanunname yürürlüğe girmiştir. Kanunnamenin ilk bölümü, "kendilerine suç isnat olunanlara ait hükümler" başlığını taşımakta ve birbirleriyle ilgisi olmayan bazı suçları (hırsızlık, fuhşa aracılık gibi) içermektedir. IV. Mehmet kanunnamesinin ikinci bölümü, esnaf ve sanatkarların işledikleri suçları düzenlemiştir. Nitekim, fırıncıların, kasapların, aşçıların vs. görevleri düzenlediği gibi, bu düzenlemeye aykırı hareket edenlerin cezalandırılacakları da belirtilmiştir. Ancak, bu cezalandırmanın ne biçimde olacağı konusunda noksanlık vardır. Bu bölüm, bir belediye yönetmeliği niteliğindedir. Üçüncü bölüm ise, belediye işlerine bakan memurların görevleri ve görevlerini yapmamaları halinde cezalandırılacaklarını konu almıştır<sup>41</sup>.

Ayrıca umumi kanunnameler esas alınarak, bazı eyalet ve sancak kanunnamelerine de cezai hükümler konulmuştur. Mesela Fatih devri için Kefalonya Kanunnamesi; II. Bayezid devri için Hüdavandigar Livası Kanunnamesi; Yavuz Sultan Selim devri için Bosna kanunnamesi gibi. Bütün bu kanunnamelerin ortak özellikleri ise, öncelikle hepsinin Hanefî mezhebini

<sup>39</sup> Evail-i Rebiülâhir 1004 (4-14 Aralık 1595) tarihli bu adaletnâme için Bk. Cengiz ULUÇAY, XVII. Asır' da Saruhan'da Eşkiyalık, İstanbul 1941, s. 163 vd.; Halil İNALCIK, "Adaletnâmeler", Belgeler Türk Tarihi Belgeleri Dergisi, C.II, sayı :3-4, s. 104 vd.

<sup>40</sup> GÖKÇE, Tuncer, "Osmanlı Kanunnameleri ve Bir Kanunname Sureti Hakkında", Tarih Araştırmaları Dergisi, C.V.(1990), s.217-218.

<sup>41</sup> Kanunun metni için Bk. Ahmet Lütfi, age. S.68-79.;Bk. Hayrettin KARAMAN, Mukayeseli İslam Hukuku İstanbul 1978, s. 164.; IV. Mehmet döneminde Osmanlı Devlet Teşkilatında birtakım düzenlemeler yapılmak istendi. Bütün tımar ve zeâmetlerin yenilenmesi ferman olundu, dirlik yoklamaları yapıldı. Geniş bilgi için Bk. Mehmet İPŞİRLİ, Osmanlı Devlet Teşkilatı, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, İstanbul 1994, s.244 vd.



esas almalarıdır. Hiçbiri, fıkıh kitaplarında açıklanan had cezalarına aykırı hükümler ihtiva etmezler. Uygun görülecek cezaların şer'i esaslara uygunluğu esas alınmıştır ve Osmanlı Kanunnameleri İslam ceza hukuku hükümlerinin yerine geçmek için değil, zemin ve zamana göre onların eksikliğini tamamlamak üzere hazırlanmıştır<sup>42</sup>.

Padişahlar tarafından kanun konulmasına ve bunların genel kanunnameler halinde toplanmasına neden ihtiyaç duyulduğuna gelince; bu konudaki esas sebebin ehl-i örf denilen askeri ve idari yetkililerin keyfi cezalar vermesi, dilediği gibi vergi koyması ve para cezası (cerime) toplanmasına vb. davranışlara engel olma, yani kanun hakimiyetini sağlama ihtiyacı olduğu söylenebilir. Bir kanunname nüshasının haşiyesinde kanunnamelerin hedefinin halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak olduğunun belirtilmesi dikkat çekicidir<sup>43</sup>. Çeşitli kanunname metinlerinde de kadıların ve ehli örfün kanununa aykırı iş yapmamaları konusu ısrarla emredilmektedir<sup>44</sup>. Ayrıca kanun hakimiyetinin sağlanması için bunların halka duyurulmasına da özen gösterilmiş ve kanunnamelerin bir suretinin maktu bir fiyat mukabilinde halka intikal ettirilmesi imkanı getirilmiştir<sup>45</sup>. Zaman zaman kanunnamelerde bu yolda hükümlere rastlanmaktadır. Yavuz Sultan Selim tarafından Manisa'daki Şehzade Süleyman'a gönderilen siyasetnamede mezkur kanunnamenin münadiler vasıtasıyla halka bildirilmesi ve tanıtılması emredilmektedir<sup>46</sup>.

Osmanlı padişahları şer-i hukukun ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunduğu alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda kanun koyarken de bu hukukun genel prensiplerine ters düşmemeye belli bir özen göstermişlerdir. İlk örfi vergi olan pazar vergisinin (bac) konması sırasında Osman Gazi'nin Allah'ın emri değil diye böyle bir vergiye karşı çıktığı, ancak şer-i esaslara aykırı olmadığını anladıktan sonra onu kabul ettiği tarihi kaynaklarda belirtilmektedir<sup>47</sup>.

Osmanlı İmparatorluğunda kanunname hazırlamanın temel amacı reyanın korunmasıydı. Zira devletin temelleri reaya üzerine oturtulmuştur. Dola-

42 ŞENEL, Şennur, agm.s.28

43 HEYD, Uriel, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", Tercüme; Selahattin EROĞLU, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.XXVI,s.634; Reuben Levy, The Structure of Islam, Cambridge 1979,s.262.

44 BARKAN, Ömer Lütü XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları Kanunlar, İstanbul 1943, s.114, md.17.

45 HEYD, Uriel, age.s.635.

46 KARAL, Enver Ziya, " Yavuz Sultan Selim'in oğlu şehzade Süleyman'a Manisa sancağını idare etmesi için gönderdiği siyasetname, Belleten , sayı:21-22,1942,s.38.

47 Aşıkpaşazade Tarihi, Ali Bey neşri, İstanbul 1332, s. 19-20.

yısıyla reayanın vereceği vergiler, askeri yükümlülükleri, kanunnamelerin ana noktalarını oluşturmuştur. Memleketin nizamına, İslâm hukukuna ve Osmanlı kanunlarına aykırı olan hükümler tespit edilir ve kanun olmaktan çıkarılırdı. Nitekim her Osmanlı padişahı tahta oturduğu zaman yaptığı ilk işlerden biri yürürlükte olan kanunları kontrol ettirmek ve hükmü geçenleri veya reayaya ağır gelen kanunları kaldırmaktı. Padişah güvenilir bir kişiyi vilayetlere gönderir, şer-e ve Osmanlı kanunlarına aykırı hükümleri (bid'at) tespit ettirirdi. Kaldırılan kanunlar kitap haline getirilir ve herkese bildirilirdi<sup>48</sup>.

Osmanlı kanunnameleri şekil ve muhtevalarına göre beş temel grupta sınıflandırılırdı. İki padişahın ferman ve beraat şeklinde yayınladığı kanunnamelerdi. Padişahın kanun hükmündeki bu ferman ve beraatları taşrada kadı sicillerine kaydedilir ve bölgenin idarecileri gerektiğinde bunlara dayanarak davaları çözümlerlerdi. Aşlında bunların çoğu tımar sistemi ile ilgili emirlerdir. Bunlar gerektiğinde kitap halinde toplanabilirlerdi. Nitekim II. Bayezid dönemine ait böyle bir ferman ve berat koleksiyonu yayımlandı. İkincisi umumi Osmanlı kanunnameleriydi. Bunlar kitap haline getirilmiş kanunnamelerdi ve devlet teşkilatıyla ilgili hükümleri ihtiva ediyordu. Bunlara Kanunname-i Al-i Osman adı verilmiştir. Osmanlı sultanlarının kanunnameleri bu kümeye dahil edildi. Fatih Kanunnamesi, II. Bayezid dönemine atfedilen kanunname, Sultan Ahmet Han Kanunnamesi, Nişancı Celalzade Kanunnamesi, Kanunnameyi Cedid-i Sultani, Nişancı Hamza Paşa Kanunnamesi, Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi gibi kanunnameler genel kanunnamelerdi ve diğer kanunnamelere yön verirlerdi. Herhangi bir mesele çıktığında bu kanunnamelere bakılırdı ve diğerlerine esas teşkil ederdi. Üçüncüsü belli teşkilatlara ait kanunnamelerdir. Yaya ve müselleme kanunnamesi, eşkinci, yürük, eşkinci tatar, kıpti, eflak gibi yardımcı askeri sınıflara ait kanunnameler bu guruba katıldı. Yine devlet için hububat yetiştirmekle vazifeli teşekküllere ait kanunnameler de bu kısma konuldu. Çeltikçi, madenci ve ortakçı kanunnameleri devlet teşkilatına ait kanunnamelerdi. Sultanın diğer kişilerle ilişkileri, terfi, azl, aylıklar, cezalar, emeklilik, protokoller gibi hususlar bu kanunnamelerde anlatıldı. Yeniçeri kanunnamesi, Aynı Ali Efendinin hazırladığı kanunname, Nişancı Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, Eyyubi Efendi Kanunnamesi, Hazarfen Hüseyin Efendi'nin Telhisül-Beyan, Esat Efendinin Teşrifat-ı Kadime'si, Naili Abdullah Paşa'nın Defter-i Teşrifat, Koçî Bey'in Risalesi, Sari Mehmet Paşa'nın Nasayihü'l-vüzerası bu tür kanunnamelerdi. Bu tür kanunnamelerde ulema

<sup>48</sup> ERDOĞDU, Mehmet Akif, Karaman Vilayeti Kanunnameleri, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, sayı:4 , Ankara 1993,s.470

kapıkulları mukataalar ve tımarlarla ilgili hükümler mevcuttur. Beşincisi ise Liva kanunnameleri idi. Bilindiği üzere Osmanlılar bir yeri fethettikleri zaman, orada daha evvel yürürlükte olan kanunları tespit ettirirler ve ufak tefek değişikliklerle onları kendi bünyelerine uydururlardı. Nitekim bu işi yaparken, bölgenin coğrafi ve askeri özelliklerine çok dikkat ederlerdi. Hazırlanan bu kanunnameleri daha sonra Mufassal ve Evkaf adı verilen defterlerin arasına kaydederlerdi. Genellikle kanunnameler defterlerin baş tarafında bulunurdu. Sultan o kanunnamenin yürürlükte olduğunu göstermek için, kanunnamenin başını tuğrasıyla süslerdi. Liva kanunnameleri daha çok miri ve tımar sisteminin uygulandığı topraklarda, yürürlükteydi. Bu kanunnameler genel olarak reyanın durumu, vergiler, ilk örfi vergi olan pazar vergisi yanı baclar, askeri gruplar ve nüfus ile ilgili hükümleri ihtiva ederdi. Osmanlı öncesinin birtakım kanunlarını da içinde bulmak mümkündür. Bu kanunnameler içinde, orada daha önce uygulanmış kanunlar aynen muhafaza edilmişti. Akkoyunlu Uzun Hasan kanunnamesi, Dulkadirli Alaüddevle Bey Kanunnamesi ve Memluk Kayıtbay Kanunnamesi bu şekilde Liva kanunnameleri içinde muhafaza edilmişti. Yine Rumeli ve Macaristan kanunnameleri içinde Bizans ve Sırlar döneminden kalma hükümler, serpiştirilmişti<sup>49</sup>.

Osmanlı Devleti, dünya siyasetine yön verme açısından dünyanın en güçlü devleti; müesseselerinin hızlı işleyişi açısından da dünyanın en modern devletiydi. Osmanlı Devletinin sınırları içindeki temel unsur Türk milleti olduğu halde, kuruluşundan itibaren hem çeşitli ırklara hem de değişik dillere mensup topluluklar yaşamıştır. Devletin kanunları, İslâm dininin temel hükümlerine göre hazırlanmıştır. Ancak batıda anlaşıldığı şekliyle din devleti değildir. Dayanak noktası İslâm dini olmasına rağmen, yine İslâm dininin verdiği hoşgörü ve Türk milletinin geniş merhameti ve anlayışı sonucu, bu geniş topraklarda yaşayan değişik dinlere mensup kişilere inanç hürriyeti sağlamıştır. Din, dil, ırk, renk ve sınıf farkı gözetmeksizin her inançtan, her milletten insanları tebaa olarak kabul eden Osmanlı Devletinin altı asırlık hayatının özeti olan Osmanlı arşivlerinin önemli bir bölümünü Osmanlı Fermanları teşkil etmektedir.

Farsça buyurmak, emretmek mastarından üretilen “ferman” kelimesi sözlükte; emir, emirname, buyruk, hükümler alameti gibi anlamlar ifade eder. Terim olarak ferman yapılması gereken bir iş, ifa edilmesi gereken bir

<sup>49</sup> ERDOĞDU, Mehmet Akif, agm. S. 468-469; Osmanlı Kanunnameleri hakkında geniş bilgi için şu eserlere bakılmalıdır: Ömer Lütfi BARKAN, 15 ve 16. Asırda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, I. Kanunlar, İstanbul 1943; Ahmet AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri I. Kitap, İstanbul 1990; Halil İNALCIK, The Ottoman Empire, London 1973.

görev için hükümdar tarafından verilen ve hükümdarın tuğrasını taşıyan yazılı emirdir. Ferman kelimesi İslâmlığı kabul etmelerinden sonra, İlhanlılar tarafından kullanılmış, bilahare Osmanlılara geçerek yerleşmiştir. Büyük Selçuklular ile Anadolu Selçukluları ve Memluklar'da ferman kelimesi yerine "tevki", İlhanlılar, Timurlar, Karakoyunlular ve Akkoyunlu Devletleri ile Altınordu ve Kırım Hanlıklarında "yarlıg" sözü kullanılırdı. Selçuklulardaki "pervane" deyimini hem ferman, hem menşur anlamındaydı.

Bir memuriyet veya vazife tayini ile ilgili fermanlara "berat" denilirdi. Vezaret veya üstü tayinler için berat yerine "menşur" tabiri kullanılırdı. Osmanlılarda fermanların başında padişahın genellikle "Alameti şerife" denilen tuğrası bulunurdu. Tuğra ise: Türkçe'de kelime olarak padişahın ismini ihtiva eden özel bir işaret, padişahın imzası gibi anlamı ifade eder. Osmanlı Devletinde padişahların isimlerini ihtiva eden tuğra, arma olarak da kullanılmıştır. Tuğralar, padişah adına nişancı veya tevkii denilen kişi tarafından çekilirdi. Nişancılar 16. yüzyılın başlarına kadar ilmiye sınıfından seçilirdi. Bu kişilerin kanunları çok iyi bilmesi gerekiyordu ve bunlar, Divan-ı Hümayun'un nüfuzlu kişileri idi. Tuğra çekenlere "Nişancı" denilmesinin dışında tuğrai veya muvakkı de denilebilir. Nişancılar 18. yüzyılın sonlarına doğru "tuğrakeş" denilen birini yardımcı olarak kullanmaya başlamışlardır. Zamanla büyük bir titizlikle üzerinde çalışılarak başlı başına bir sanat dalı hüviyetini kazanan tuğra, yalnızca ferman, berat, menşur, buyrultu, kaime ve benzeri resmi evrak üzerinde olmayıp, devletin yaptırdığı her çeşit eserde, ahşap, taş ve madenlere tuğra yapılmış ve devletin resmi arması olarak kullanılmıştır.

Padişah idaresinin belirtildiği belgeye ferman denilmesine karşılık, doğrudan doğruya ve vezir-i azamın idaresiyle verilen kararlara da "buyrultu" denilirdi. Osmanlılarda iki çeşit fermana rastlanmaktadır. Fermanların bir kısmı yazılarak ve üzerine hükümdarın tuğrası çekilerek gönderilirdi ki bunlara "emr-i şerif" denilirdi. Tuğranın sağ üst tarafına umumiyetle güzel bir çerçeve içinde padişahın kendi el yazısıyla "mucibince amel oluna" ibaresi yazılarak gönderilen fermanlara ise "hatt-ı hümayunla müveşşah" denilirdi. Fermanları yazan hattat titizlikle seçilirdi<sup>50</sup>. Hattatın kaleminden çıkan ferman padişahın ismi ile değerlendirildi.

Fermanların belli konularla ilgili olanları bir süre sonra toplanarak ayrı bir metin halinde yazılırdı. Ancak bu derlemeler resmi nitelikte değildiler. Bunlar hatırlatma ve işleri kolaylaştırma için toplanılan hukuk kurallarıydı.

<sup>50</sup> AYYUBİ, N.Ekmeç, Some Aspects of Islamic-Turkish Culture, Aligarh Muslim University, Aligarh (India), 1988, s.59.vd.

Osmanlı Devletinde padişahların fermanları ile bazı hukuki düzenlemelere gittikleri görülmektedir. Mesela gayrimüslimlerin bazı meslekleri icra etmelerine tahdit konulduğuna, giyimlerinin sınırlandırıldığına zaman zaman rastlamaktayız. Osmanlı Devletinde yükselme devrine kadar bu konularla ilgili olarak geniş ölçüde bir sınırlandırmanın bulunduğu dair resmi bir belgeye rastlanmamıştır. Ancak III. Murat'a ait bir fermanda giyim konusundaki kısıtlamanın Fatih zamanında da olduğu belirtilmektedir<sup>51</sup>. Buna rağmen 15. yüzyıl sonlarına kadar Osmanlı İmparatorluğunda müslüman olmayan halkın büyük ölçüde giyiniş, mesken yapma ve davranış serbestisi içinde olduğunu kuvvetle tahmin edebiliriz. Zira 15. yüzyıl ortalarında Türkiye'ye yerleşmiş olan Yahudilerden İsak Zarfeti, Almanya ve Macaristan'daki Yahudileri Türkiye'de oturmaya davet etmiş ve bunun nedenlerini sıralarken "...Burada en iyi elbiseleri giyebilirsiniz. Burada herkes kendi asma ve incir ağacının altına oturabilir. Hıristiyan egemenliğinde, çocuklarınızı mosmor veya kıpkızıl dövülme tehlikesiyle karşı karşıya bırakmadan, asla mavi veya kırmızı renkli elbiseler giydiremezsiniz" diyerek hem Osmanlı İmparatorluğundaki geniş görüşlülük ve rahat ortamı, hem de Türk dünyasıyla Hıristiyan dünyası arasındaki anlayış farkını karşılaştırmaktadır<sup>52</sup>.

Ancak daha sonraki yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğunda da gayrimüslimlerin giyimlerine kayıtlar konulmaya başlanmış ve hatta buna uymayanlara ağır cezalar verilmiştir. Osmanlı tarihinde giyim, mesken yapma ve davranış kısıtlamasının en ağır olduğu dönem III. Murat zamanıdır. Toplum içinde görülen bu değişiklikte devletin çöküntüye gitmesinin de rolü vardır<sup>53</sup>.

26 Şubat 1556 tarihli bir Mühimme defteri kaydına göre<sup>54</sup>, üç Müslüman bir gece "kafir suretine girüp, şapka ve kafir libasıyla" hırsızlık yaparlarken "kol gezen Ağa Bölükbaşı Süleyman" tarafından yakalanmış ve suçlular Yeniçeri Ağasına teslim edilmiş, daha sonra "siyaset" cezasıyla cezalandırılmışlardır. Her ne kadar burada Gayrimüslim kıyafetinin Müslüman kıyafetinden ayrı olduğunu gösteren doğrudan doğruya bir kayıt yoksa da "kafir suretine girmek, şapka ve Kafir libası giymek" deyimlerinden, o tarihlerde

51 A.REFİK, Onuncu Asr-ı Hicride İstanbul Hayatı, İstanbul 1917,s.74

52 Mary W.Montgomery, Jewish Encyclopedia, Turkey Maddesi,s.279-280

53 ERCAN, Yavuz, Osmanlı İmparatorluğunda Gayrimüslimlerin Giyim, Mesken ve Davranış Hukuku, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Yıl: 1, Ankara Haziran 1990, s.118

54 Başbakanlık Arşivi, 2 Nolu Mühimme Defteri, hüküm 248.Zikreden Yavuz Ercan, agm.s.118.

Müslüman olmayanların değişik kıyafet giymek zorunda oldukları ve Müslümanların Gayrimüslim kıyafetinde dolaşmalarının büyük suç sayıldığı kolayca tahmin edilebilir. Zirā suçlulara en ağır ceza olan “siyaset” cezası uygulanmıştır. Kuşkusuz bu ceza sadece Gayrimüslim kıyafetine girdikleri için verilmemiştir. Ancak, hırsızlık yapanın cezası da siyaset değildir. Bu ağır ceza hem hırsızlık hem de Gayrimüslim kıyafetine girdikleri için verilmiştir. Daha sonra durum değişecektir. Mesela, III. Murat zamanında 4 Eylül 1577 tarihli bir fermanla yasaya aykırı elbise giyenlerin doğrudan doğruya siyasetle cezalandırılmaları emredilmiştir<sup>55</sup>.

Ayrıca bu kayıttan kıyafet konusunda bir Müslim ve Gayrimüslim eşitliğinin var olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, yasaklama iki taraf için de geçerlidir. Bu durumda Müslim ve Gayrimüslim toplumlar kendi bünyeleri içinde ve kendilerine ait giyecekleri kullanmaya zorlanmışlar, tek taraflı olarak Gayrimüslimlerin kıyafetlerinde bir kısıtlama olmamıştır.

II. Selim, 1 Ağustos 1568 tarihli bir fermanla Müslüman olmayan halkın kıyafetlerini birtakım kayıt ve şartlara bağlamıştır. Bu fermandaki kayıtlara göre, hiçbir Yahudi, Hıristiyan ve diğer Gayrimüslimler üstün kaliteli ve hazır elbise giymeyeceklerdi. Yine aynı fermandaki başka bir kayıta bu durum, II. Selim tarafından daha önce verilen diğer bir fermanla yasaklandığı belirtilmektedir<sup>56</sup>.

Osmanlı İmparatorluğunda mesken meselesi Müslim ve Gayrimüslim açısından hemen hemen hiçbir dönemde önemli bir şikayet konusu olmamıştır. İslâm hukukuna göre Gayrimüslimler, Müslümanlardan daha büyük ve daha yüksek ev yaptırılmazlarken, Osmanlı İmparatorluğunda böyle bir yasak hiçbir devirde söz konusu olmamış veya hiç olmazsa böyle bir kısıtlamanın varlığını gösterecek belgeler şimdilik ortaya çıkmamıştır.

Meskenlerle ilgili şikayetler genellikle günlük yaşantı içinde ortaya çıkan şikayetlerdir. Mesela, İstanbul’da Ayasofya vakfına dahil Mahmut Paşa hanında bulunan ve kürkçü (veya kürekçi) Rumlara ait olan dükkanlar yıktırılmıştır. Dükkanların yıktırılma sebebi, tahtadan yapılmış hana sonradan eklenmiş olması, bu dükkanlarda Gayrimüslimlerin toplanmaları ve ara-sıra kavga etmeleri, bu yüzden, yine han içinde bulunan mescitteki Müslümanların rahatsız olmasıdır. Görüldüğü gibi bu olay da İslâm Hukukunun yasaklayıcı hükümleri açısından ele alınmamıştır. Günlük hayatın olağan geçimsizlikleridir<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> ERCAN, Yavuz, agm.s.118.

<sup>56</sup> ERCAN, Yavuz, agm.s.119.

<sup>57</sup> ERCAN, Yavuz, agm.s.123.

Bu konuyla ilgili olarak 8 Mayıs 1560 tarihli ferman suretinde, İstanbul Kadı Naibinin, Mahmut Paşa hanını teftiş ettiği ve sonradan yapılan tahta odunların yıkılması gerektiğini söyleyince, Rumların itiraz ettikleri ve bunun üzerine bizzat İstanbul Kadısının meseleye ey koyduğu kayıtlıdır. 28 Mayıs 1560 tarihinde yine aynı konuyla ilgili bir ferman İstanbul Kadısına gönderilmiştir<sup>58</sup>.

Bu ve benzer günlük meseleler dışında, Müslümanlar için kutsal sayılan cami, mescit, türbe gibi yerlerin çevresinde Müslüman olmayan halkın oturmaları yasaklanmıştır. Nitekim İstanbul'da Ebi Eyübü'l-Ensari'nin türbesi çevresinde oturan bütün Gayrimüslimlerin oradan çıkarılmaları için Haslar Kadısına 28 Mayıs 1566 tarihli bir hüküm gönderilmiştir. Aynı zamanda hükümdeki kayıtlardan bu yasağın ilk olmadığı, daha önce buna benzer birçok hüküm gönderildiği anlaşılmaktadır.

Yine benzer bir konu olarak Şam'da Hz. Ömer Camisinin yakınında bulunan Yahudi ve Hıristiyan evlerinin Müslümanlara sattırılması için de Şam Kadısına 22 Eylül 1560 tarihli bir hüküm yazılmıştır. Bu fermanla dikkat edilmesi gereken nokta, evlerin ucuza sattırılmayıp gerçek değerleri üzerinden sattırılması için ısrarla tembih edilmesini bildiren cümlelerdir. Cami çevresindeki evlerin bir kısmı daha önce Müslümanların elinde imiş, sonraları Yahudi ve Hıristiyanlar bunları satın almışlar. Fermanla özellikle bu evlerin de tekrar Müslümanlara sattırılması emredilmektedir. Hükümün özelliklerinden biri de bu için "şer'i şerif" uyarınca yapılmış olduğunun belirtilmesidir<sup>59</sup>.

Durumu fermanlarla tayin ve tespit edilen ibadet yerlerinin, bütünüyle bir dokunulmazlığı vardı. Devlet kilise ve havraların iç teşkilatlarına hiçbir şekilde karışmazdı. Yalnız, yeniden ibadethane yapılmamasına ve ibadethaneler onarılırken eski yapısına uygun biçimde onarılmasına, onarım sırasında ek bölümler yapılmamasına dikkat edilirdi. İbadethaneler konusundaki yasakların kökü İslâm Hukukundan gelmekteydi. İbadet yerlerinin onarımı için gerekli olan malzemenin eski ve kullanılmış olması gerekiyordu. Köprülü

<sup>58</sup> ERCAN, Yavuz, agm.s.123.

<sup>59</sup> ERCAN, Yavuz, agm.s.124; Hazret-i Peygamber Efendimizin çocukları, amcazadesi ve damadı İmam Ali b.Ebi Talib'in zevceleri ve Cenab-ı Peygamberin kerimeleri olan Fatımatü'z-zehra'dan gelmişlerdir.Hazret-i Ali'nin büyüğü Hasan ve küçüğü Hüseyin'den türeyen sülaleleri zamanımıza kadar gelmişlerdir. Bunlardan Hazret-i Hasan'dan gelen kola şerif ve Hazret-i Hüseyin'den gelen kola da seyyid denilmek suretiyle her iki kol birbirinden ayrılır. Geniş bilgi için Bk.UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1965, s.164.

Fazıl Mustafa Paşa bu yasağı kaldırmış ve onarım işinin kullanılmamış malzemeyle yapılmasını sağlamıştır<sup>60</sup>.

Devlet her zaman Gayrimüslimlere ait ibadet yerlerine yapılan saldırıya engel olmuş ve suçluları cezalandırmıştır. Bu işlemi yaparken de suçluyu Müslim veya Gayrimüslim diye ayırmamıştır. Yani kilise ve havralar sürekli olarak devletin güvencesi altında bulunmuştur<sup>61</sup>.

13 Nisan 1789'da tahta çıkan III. Selim, toplumun adalet prensiplerine uygun olarak yönetilmesine çok dikkat etmiştir. O'nun devlet yönetimi anlayışı devleti yalnızca padişahın değil sadrazamın, devlet adamlarının da katılması ile birlikte yönetmek tarzı noktasında toplanmaktaydı. Mevcut bozuklukların düzeltilmesi için askeri, idari, iktisadi, ticari ve siyasi birçok hatt-ı hümayunlar yayınlanmıştır.

III. Selim, İstanbul halkının pahalı ve bozuk gıda maddelerini almaması için epey gayret göstermiştir. Ekmeklerin iyi olması içinde pek çok hatt-ı hümayun yayınlamıştır<sup>62</sup>. Bunlardan birinde şöyle demektedir: "Benim vezirim. Peksimet gayet pişkin ve tuzlu olmalıdır. Bunlar pişkin değil. Tez küflenir. Gayet pişirip kurutsunlar. Sonra rutubetten hıfz eylesünler. Yoksa telef olur. Sen da bakasın". Bir başka hatt-ı hümayunda yine ekmekler için şöyle demektedir: "ekmeklerin gayet beyaz ve pişkin olmasına ihtimam ve dikkat olunması emr-i hümayunum olmuştur. Dikkat edesin. Göreyim seni, gayet beyaz ala olsun. İhtimam olunsun"<sup>63</sup>.

Ekmeklerin eksik olmasına ve bozuk çıkmasına da kızan III. Selim bu şekilde hareket eden esnafın dükkanının önünde asılacağını da ifade etmekteydi<sup>64</sup>.

III. Selim, teba arasında haksızlık olmasını da istememekte idi. İşlerin hak ve adalete uygun olarak yürütülmesini isteyen hatt-ı hümayunu bunun en iyi örneklerinden biri olarak görülmektedir: "Herkesin maslahatı hakkı hakkınca görülsün. Şer ile görülecek şer'e havale olunsun. On beş günden öteye maslahat kalmamasına sa'y idesiz. Bana dua aldrasız". III. Selim işlerin sürüncemede kalmamasını, bürokrasi çarkının yavaş işlememesini istediğinden

60 ÇARK, Y.G., Türk Devletleri Hizmetinde Ermeniler, İstanbul 1953,s.18.

61 ERCAN, Yavuz, agm.s.125

62 ÖZKAYA, Yücel, II:Selim'in İmparatorluk Hakkındaki Bazı Hatt-ı Hümayunları, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, Haziran 1990, s.336.

63 ÖZKAYA, Yücel, agm.s.336.

64 ÖZKAYA, Yücel, agm.s.337.



bu hatt-ı hümayunu ile işlerin on beş günden fazla bekletilmeden bitirilmemesini arzu etmektedir<sup>65</sup>.

O, İstanbul'da sık sık çıkan yangınların da önünü almak istemekte ve Defterdarın bu konuya eğilmesini önermektedir. Oysa Defterdar, yangına en son gelenler arasında yer almaktadır. III. Selim, bu konularda sekbanbaşığı da suçlamakta ve yangın söndürecek olanlara bahşiş verilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>66</sup>.

III. Selim, devletin kurumlarının düzenli bir şekilde işlemesi konusunda da titizlikle durmaktaydı. Kalyoncu gediklerine ve tüfenkçilerin ileri gelenlerine elbise verilemeyince, bunun bir düzene bağlanması, geçici usullerle işlerin sürüncemede kalmaması için kesin olarak her sene Nevruz'da elbise verilmesinin kanuna bağlanmasını bunun için emretmiştir: "Benim vezirim, kalyoncu gediklerine ve tüfenkçilerine itası kanun olan elbise her sene Nevruz günü verilmesi kanun olsun ve kanun namına kayıt olunub her sene Nevruzda cümlesine verilsin. Zira, bu sene ileri gidenlere cevap verilemedi. Muvakkat olunsa rabitasız olur"<sup>67</sup>.

Bahsettiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, III. Selim devletin yönetiminde gördüğü her türlü bozukluğu, eksikliği hemen gidermek için hatt-ı hümayunlar yayınlamıştır. Ancak, III. Selim'in çalışmaları sonucunda, Osmanlı İmparatorluğundaki bir takım usulsüzlüklerin kalktığı ve nisbi de olsa bir düzeltmenin olduğu görülmektedir.

Yüzyıllar boyunca muhtelif ülkelerde hükümranlığını sürdürmüş olan Osmanlı İmparatorluğunun, tarihi gözden geçirilecek olursa diplomasi konusuna fazla önem vermediği hemen ortaya çıkar İslâmdan kaynaklanan Osmanlı geleneğinde Avrupa dillerini öğrenmek söz konusu bile değildi. Çünkü İslâm devletleri ile Hıristiyan devletleri eşit sayılmazlar, Avrupa ülkeleri "Dar'ül-cihad" veya "Diyar-ı küfr" olarak nitelendirilir, hatta bir Müslümanın buralarda uzun süre oturması bile hoş karşılanmazdı. Ayrıca üstünlük duygusuyla padişahlar ve sadrazamlar yabancı elçileri küçümserlerdi<sup>68</sup>. Bu itibarla 19. yüzyıl sonlarına kadar hiçbir batı başkentinde Osmanlı elçiliği kurulmamıştı. Halbuki daha İstanbul'un fethiyle (1453) birlikte

65 ÖZKAYA, Yücel, agm.s.338.

66 ÖZKAYA, Yücel, agm.s.338.;KARAL,Enver Ziya, Selim III:'ün Hatt-ı Hümayunları, Ankara 1946, s.104.

67 ÖZKAYA, Yücel, agm.s.338.

68 KURAN, Ercümend, Avrupa'da Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Kuruluşu ve il Elçiliklerin Siyasi Faaliyetleri 1793-1821, Ankara 1968,s.11.; Elçilere iyi davranıldığı konusu ile ilgili olarak Bk.İ.Hakkı UZUNÇARŞILI, Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s.273.

Venedikliiler Osmanlı başkentinde Bartelcini Marsello'yu elçi olarak göndermişler ve bunu diğerleri izlemişti<sup>69</sup>.

Diplomasinin kuruluşu, III. Selim döneminde Osmanlı siyasal yapısında en önemli yeniliktir. III.Selim döneminde, rüşvetin önlenmesi, mahmi usulünün engellenmesi<sup>70</sup>, Rumeli ve Anadolu'nun 28 ile bölünmesi, vezirlerin seçilmesinde uygulanacak usul, kadıların şer'i mazeretleri olmadıkça memuriyet yerlerine gitmeleri zorunluluğu, halktan kanunnamelerle belirlenen miktardan fazla para alınması gibi bir çok konuda düzenlemeler de yapılmıştır<sup>71</sup>.

Yeniçeri Ocağının ve ulemanın batıdan alınan bazı yeniliklere karşı çıkmaları III. Selim'in "Nizam-ı Cedid" hareketinin sonunu getirmiştir. Kabakçı Mustafa Ayaklanması ile III. Selim tahtan indirilmiş yerine II. Mahmut padişah olmuştur (1808-1839). II. Mahmut padişah olmasından hemen sonra devlet yönetiminde yeniliklere girişmiştir. Askeri (Prusya ve Mısır'dan subay getirmesi, yeniçeri ocağını kaldırması, yeni bir ordu kurması gibi), sosyal (nüfus sayımı, posta teşkilatı, pasaport, kıyafet düzenlemeleri), kültürel (ilk öğretim zorunluluğu konması, okullar açılması, Batı'ya öğrenci gönderilmesi, Takvim-i Vekayi'nin çıkartılması), sanayi (kumaş fabrikası kurulması), sağlık (karantina usulünün konması, kolera, veba gibi hastalıklar hakkında broşür bastırılarak dağıtılması) alanlarında yaptığı yeniliklerin yanı sıra, kamu hukuku alanında da önemli düzenlemeler yapmıştır<sup>72</sup>.

1826 yılında müsadere sistemini kaldırması, kendisine Sened-i İttifak'ı<sup>73</sup> kabul ettiren ayanları yok etmesi, devlet otoritesini güçlendirmiştir. İlk kez hükümet sistemi kurulmuş, Vezir-i azam, başvekil adını alarak yeni kurulan nezaretlerin (Maliye, Ticaret, Vakıflar, Dışişleri ve İçişleri gibi) çalışmala-

69 BİLİM, Cahit, "Tercüme Odası", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Yıl: 1, Sayı:1, Ankara, Haziran 1990,s.29.

70 BOZKURT, Gülnihal, İngiliz-Alman Belgelerinin ve Siyasal Olayların Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, TTK.Yayını, Ankara 1996, s.44.

71 KARAL, Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, c.V, Ankara 1983,s.71.

72 BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti' ne Resepsiyon Süreci 1839-1939, TTK yayını, Ankara 1996, s.44.

73 BOZKURT; bu senetle Osmanlı kamu hukukunda ilk kez padişah ve devlet yöneticilerinin iradesi üzerinde bir hukuk kuralı yaratılmak istenmiştir. Bu, hukuk devletine gidişin ilk belirtisi olmak bakımından çok önemlidir demektir. Bk. age.s.44 dipnot.22: Ayrıca Bk.Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1944, s.145-149.

rını üst düzeyde yönetmekle görevlendirilmiştir<sup>74</sup>. Yine ilk kez Maarif Nazırlığı kurularak eğitime önem verilmiştir.

II. Mahmut'un en önemli danışmanı Mustafa Reşit Paşa olmuştur. Tanzimat bürokratlarının yıldızı olarak görülen Mustafa Reşit Paşa ve yetiştirdiği Mehmet Emin Ali Paşa, Keçecizade Mehmet Fuat Paşa Beyler Tanzimat dönemi boyunca saray karşısında Babıali'nin egemenliğini sağlayarak devleti diplomatik yaklaşımla ayakta tutmayı başarmışlardır. Reşit Paşa devletin ayakta durabilmesi için yenileşme çabalarının sürmesi, Padişahın bu konuda istek ve irade sahibi olması, yabancı devletlerin de Padişahı desteklemeleri gerektiğine inanıyordu<sup>75</sup>. Yapmayı düşündüğü yenilikleri Londra'da elçi olarak bulunurken İngiltere'de eski İstanbul elçisi Statford Canning ile tartıştı. Canning işe en başından yani can ve mal güvenliğinden başlaması gerektiğini savundu. Reşid Paşa bunlara şeref ve haysiyetin korunmasını da ekledi<sup>76</sup>. Bu ön fikirlerle hazırlanmağa başlanan yenilikler taslağı Tazminat Fermanı şeklinde uygulama alanına çıktı. Fikir babası Mustafa Reşid Paşa olan bu fermanı yayınlamakla Padişah çağdaş bir yapıya kavuşma yolunda kendi vatandaşlarına ve yabancı devletlere karşı bir yükümlülük altına girmiş oluyordu. Bu ferman aynı zamanda yabancı devletlerle diyalogda asgari müşterek zemini oluşturdu. Tazminat Fermanı Reşid Paşa'nın Avrupa uygarlığından aldığı ilhamlar ve çıkardığı yorumlar ölçüsünde batıdan etkilendi<sup>77</sup>.

Eyalet sisteminde ve haracın toplanma şeklinde de bazı düzenlemeler yapan II. Mahmut,1838 yılında ulema ve memurlar için iki ceza kanunnamesi çıkarttı. Bu kanunlar Osmanlı kamu hukuku bakımından çok önemlidirler: İlk defa belli bir sınıf vatandaş, bir kanun metninde yazılı suçlardan başkasiyla itham edilemeyecek ve belirtilen cezalardan başka cezalara ve hadd cezaları dışında ölümlle cezalandırılmayacaklardı. Böylece siyaseten katl kurumu da tarihe karıştıyordu. Özellikle rüşveti önlemeye yönelik hükümlerin bulunduğu bu kanunnamelerde, yine de "haline göre ta'zir ile takdir kılına", denilerek, sık sık bazı suçların cezası kadının takdirine bırakıl-

74 ÜÇOK, Coşkun-MUMCU, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1991,s.261.

75 KODAMAN, Bayram, Mustafa Reşid Paşa ve Dönemi Semineri Bildirileri, Ankara 1987, s.74.

76 POOLE, Stanley Lane, Lord Stratford'un Türkiye Hatıraları,. Kısaltarak çev: Can YÜCEL, Ankara 1959,s.119.

77 KARAL, Enver Ziya, "Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda Batının Etkisi". Belleten, XXXVIII/112, Ekim 1964,s.389 vd.

mıştır. Bu kanunnameler, sadece iki grup için sınırlı olsa bile, ilk kez “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini Osmanlı hukukuna sokmuştur<sup>78</sup>.

“Devlet anlayışımızda ve devlet iradesinde modernleşmenin hakiki başlangıcı”<sup>79</sup> ve “hukuk devletine doğru bir adım”<sup>80</sup> olarak görülen Tanzimat Fermanı, ilân edildiği şartlar içerisinde ele alındığı zaman, genel olarak devletin idari, mali, adli gibi bozuk olan çeşitli yönlerinde ve kurumlarında yapılması zaruri görülen bazı yenilik hareketlerini ifade eder<sup>81</sup>.

Fermanda belirtilen haklar, Müslüman ve Müslüman olmayan vatandaşlara birer “müsaadat-ı şahane” olarak verildiklerinden, gerçek anlamıyla bir hürriyet düzeninin kalıcı unsurları değildir. Bütün bunlar anayasal nitelik taşıyan hükümler olmadıkları gibi, öngörülen kanunların düzenlenmesinde padişahın etkisinden uzak ve kısmen de olsa halkın temsilcilerinden oluşan bir yasama organı da kurulmamıştır.

II. Mahmut döneminde yargılama hukuku alanında yapılan bir değişiklik ise, 1837 yılında İstanbul Kadısının makamının Bab-ı Meşihat denilen Şeyhülislâm Kapısı'na taşınması ve ilk defa resmi bir mahkeme binasında yargılama yapılmaya başlanmış olmasıdır.

## II - OSMANLI HUKUKUNDA SUÇLAR

Diğer İslâm ve Türk devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devletinde de hukuk esas itibarıyla İslâm hukukundan oluşmaktadır. Esasında İslâmiyet'i kabul eden milletler bu kabulün gereği olarak İslâm hukukunu da benimsemişlerdir. Bu dini ve hukuki realite Osmanlılar için de geçerlidir. Fakat Osmanlılar İslâm hukukunu uygularken zamanın getirdiği yenilikleri yapmaktan kaçınmamışlardır.

Osmanlı adliye teşkilatı hukuki esasları İslâm'ın ilk dönemlerinde ortaya konan adli yapının Emevi, Abbasi, Selçuklu ve Memluklu devletleri vasıtasıyla işlenerek ve gelişerek gelen bir şeklini oluşturmaktadır. Bu itibarla Osmanlı adliye teşkilatı ile adı geçen devletlerin teşkilatlarında büyük benzerlikler vardır.

<sup>78</sup> BOZKURT, Gülnihal, age.s.46.; kanunilik ilkesi hakkında geniş bilgi için şu eserlere bakılmalıdır: Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, İstanbul 1987, s.16 vd.; Kayıhan İÇEL-Süheyl DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısımlar, İstanbul 1987, s.80 vd.

<sup>79</sup> İNALCIK, Halil, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu” Belleten, 112, 1964, s.603.

<sup>80</sup> ONAR, Siddik Sami, İdare Hukukunun Esasları, C.I, İstanbul 1966, s.151.

<sup>81</sup> HAZIR, Hayati, Tazminat Fermanı'nın Anayasa Hukuku Açısından Tahlili, Jale AKİPEK'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1991,s.207.

İslâm'da hüküm ve tatbikata esas olan kanun ve kaidelerin ilk iki kaynağı Kur'an-ı Kerim ve Resulullah'ın sünnet'i (söz, fiil ve tasvipleri)dir<sup>82</sup>. İslâm Hukukunda suça "cerime" denmekte ve "Allah'ın yasaklayıp, hakında ceza tayin ettiği bir fiil veya terk" şeklinde tarif edilmekte olup, bunu "Allah'ın hadd, kısas veya ta'zirle cezalandırdığı yasaklar" şeklinde ifade etmek mümkündür<sup>83</sup>. Böylece İslâm hukukunda suçları üçlü ayrıma tabi tutmak en uygun olanıdır.

**A. HADD SUÇLARI:** "Hadd" kelimesi lügatta: men etmek, hukuk dilinde ise, Allah hakkı olarak konulmuş, takdir edilmiş ceza anlamına gelmektedir<sup>84</sup>. Hadd kelimesi içerisine hadd, kısas ve diyet cezalarını mucip cürümler girebilmektedir. Çünkü o suçların her birisinin cezası hukuken takdir edilmiştir. Ancak meşhur ve yaygın olan kullanım ise "hadd" kelimesinin sadece hadd cürümleri ve cezalarına tahsisi olup, bizde buna uygun ayırım yaparak suçları Hadd, Cinayet ve Ta'zir şeklinde incelemeyi uygun görmekteyiz.

Bütün Müslüman Türk Devletleri dahil olmak üzere İslâm Devletlerinin tamamında, uygulamadaki bazı aksaklıklara rağmen itirazsız kabul edilen ve değiştirilmeyen suç ve ceza grubu hadd suçları ve cezaları olup, bu suçlar yedi tanedir<sup>85</sup>. Bu suçlar: Zina, Kazf (zina iftirası), Şirb (içki içmek), Sirkat (hırsızlık), Hirabe (yol kesmek ve yağma), Riddet (dinden dönme) ve Bağy (Devlete isyan) suçlarıdır.

"Hadd" suçları Kur'an-ı Kerim ile bildirilmiştir. Bunlar kamuyu ve toplumu ilgilendiren ve Hukukul'lah (Allah hakkına) taalluk eden suçlardır. Soruşturmaları resen devlet tarafından yapılır. Ancak Kazf ve Sirkat suçlarında ceza için şikayet şarttır. Hadd cezaları şüphe ile düşer (idram-ı hudude bi's-şu behat). Zamaşımı kısa olup genelde bir ay olarak kabul edilmiştir. Şirb (içki içmek) hadd'inde ise zamaşımı içki kokusunun devamı müddetindedir<sup>86</sup>.

**B. CİNAYET SUÇLARI:** Cinayet suçu Kur'an-ı Kerim'in Bakara suresinin 178. ayetinde ifadesini bulmuş kesin ve mutlak suçlardandır. Cinayet aslında "İnsanın canına, malına, ırzına veya bir başka varlığına yönelik ya-

<sup>82</sup> KARAMAN, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, Cilt 1 Nesil Yayınları, İstanbul 1991, s.105.

<sup>83</sup> CİN, Halil-AGGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi C.I, İstanbul 1990, s.302.

<sup>84</sup> UDEH, Abdulkadir, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Ankara 1991, s.13.

<sup>85</sup> CİN, Halil-AGGÜNDÜZ, Ahmet, age.s.317.

<sup>86</sup> KESKİNOĞLU, Osman, Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, Ankara 1988, s.258.

sak fiiller) demek ise de, İslâm hukuku terminolojisinde daha ziyade “cana yönelik yasak fiiller” için kullanılmaktadır<sup>87</sup>.

Cinayet suçları iki kısma ayrılmaktadır. Birincisi; İnsanın canına yönelik yasak fiiller, bunlara katl veya cinayet fi'n nefis (cana yönelik fiil ) denir. Adam öldürmenin her çeşidi buraya girer. İkincisi; İnsanların organlarına yönelik müessir fillere ise cerh veya cinayet fima dün'ennefs (uzva yönelik yaralama) adı verilir<sup>88</sup>.

Cinayet suçlarında İslâm Hukukunun öngördüğü ceza, olayın özelliklerine veya suça maruz kalmış mağdur veya maktulün mirasçılarının taleplerine göre kısas (aynen tatbik) veya diyet (para cezası) cezasıdır<sup>89</sup>.

**C. TA'ZİR SUÇLARI:** Ta'zir kelime itibariyle çevirmek, alkoymak ve ıslah etmek anlamlarına gelmekte olup, hukuk terminolojisinde ise, hadd ve kısas dışında kalan, ister toplum hakkı, ister şahıs hakkı olsun, İslâm hukukunda belli bir cezası olmayan yasak fiillerin toplamı olarak anlaşılmaktadır. Kadı, takdir hakkını kullanarak suçluya ihtar, takbih yahut azarlamada bulunabilirdi. Bu suçlarda ölüm cezası verilemezdi. Ancak Osmanlı Devleti uygulamasında, devlet için zararlı oldukları kanısına vardıkları kişiler için ölüm cezaları verilmiştir. Buna “Siyaseten Katl” denmektedir<sup>90</sup>.

Ta'zir suçlarını ve bu suçlara uygulanan cezaları iki gruba ayırmak mümkündür. Birincisi; Hadd ve Kısas cezası gerektirdiği halde, suçun yasal unsurlarının tam gerçekleşmediği sebebiyle verilen ta'zir cezaları (mesela hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin 10 dirhemi geçmesi gerekir, daha düşük değerde bir eşya çalınırsa o zaman hadd yerine kanuni unsur tamamlanmadığı için ta'zir cezası verilir) ile hakkında hadd veya kısas cezası Kur'an-ı Kerim veya sünnet tarafından takdir edilmeyen ama yasak olan fiiller ta'zir suçunu teşkile eder<sup>91</sup>. Mesela Kur'an-ı Kerim'in Bakara suresinin 282. ayetinde mealen “Şahitler (şahadeti edaya) çağrıldıkları vakit kaçınmasın” şeklinde ifade buyrulan şahitlikten kaçınma bir ta'zir suçudur. Keza yine Kur'an-ı Kerim ve sünnet ile yasaklanan ancak belli bir cezası

87 CİN, Halil-AKGÜNDÜZ, Ahmet, age.s.302.

88 CİN, Halil-AKAGÜNDÜZ, Ahmet, age.s.325.

89 KESKİNOĞLU, Osman, age.s.264.

90 ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Bası I, Beta Yayınları, İstanbul 1991, s.71.;AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C.I, s.207.; ÜÇÖK, Coşkun, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, AÜEHFD.C.IV/I-4, Ankara 1948, s.58.; KANKAL, Ahmet, Osmanlı Ceza Hukukuyla Alakalı İlginç Bir Belge, A.Ü.OTAM.Dergisi, Sayı:4, Ankara 1993, s.200.; Ayrıca Bk.Ahmet MUMCU, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ankara 1985.

91 CİN, Halil-AKGÜNDÜZ, Ahmet, age.s.333.

öngörülme-yen faiz yeme, ölçü ve tartıda hile yapma fiilleri ta'zir suçunu oluştururlar.

İkincisi; aslında yasak olmadığı halde kamu yararı ve düzeni açısından yasak kabul edilen fiiller de ta'zir suçunu teşkil ederler<sup>92</sup>. Bu gibi fiiller zamana ve topluma göre değişen ta'zir suç ve cezalarıdır.

Ta'zir suçlarına hukuk tarihimizde uygulanan cezalar olarak idam (siyaseten katil), Celd (sopa), Sürgün (nefy), Kınama, Teşhir, Kürek cezası sayılabilir<sup>93</sup>.

İslâm hukukunda cezaların tespiti yasama organı olan Ulul-emr'e bırakılmıştır. Ancak Ulul-emr bu sınırla yasama yetkisini kullanırken ve takdir hakkına sahip kadılar bu konudaki hüküm yetkilerini kullanırken tamamen serbest bırakıldıkları mânası anlaşılmalıdır. Suçlar ve cezaları İslâm Dini-nin koyduğu ölçü ve esaslara uygun olarak tespit ve tayin edilecektir. Bu konuda uyulacak esaslar ve önemli ta'zir cezaları ile bunların alt ve üst sınırları tali kaynaklarda gösterilmiştir<sup>94</sup>.

İslâm Ceza Hukukunda Kur'an, sünnet ve icma kesin kaynaklar arasında yer alır. Kıyas (örnekseme) ise hadd ve cinayet cezalarında zaten söz konusu değildir. Ta'zir cezalarında ise kıyasa değil, zamanın yasama organının (Ulul-emrin) tespit ve kararlarına itibar edilir<sup>95</sup>.

İslâm Ceza Hukukunda temel kaide ceza kaidelerinin geriye doğru yürürlü olmamasıdır. Bunu; hem Kur'an, hem de hadisler beyan etmişlerdir: "Kim İslâm'ın emirlerine güzelce uyarsa, İslâm'dan önceki devirde yaptıklarından sorumlu tutulmaz" hadisi bunlardan birisidir. Ancak kamu güvenliği ve düzenini ilgilendiren suçlar geriye yürürlü olabilir. Bu durum mecburi değildir, takdiridir. Diğer bir husus failin lehine olan ceza kuralları mutlaka geriye yürüyecektir.

Cezaların şahsiliği ilkesi İslâm Hukukunda kabul edilmiştir. Bu konuda bir çok ayet ve hadis vardır<sup>96</sup>. Ancak bu kuralın da istisnası mevcut olup, bunlardan biri "Kaseme" diğeri de "Akile"dir. Kaseme, bir faili meçhul cesedin bulunduğu yerdeki halktan gerekli prosedür uygulandıktan sonra fail bulunmaz ise o zaman cesedin bulunduğu bölgedeki halktan diyet alınır. Akile ise; kasten olmayan adam öldürmelerde diyeti katil ile beraber akilesi

92 CİN, Halil-*AKGÜNDÜZ*, Ahmet, age.s.334.

93 CİN, Halil-*AKGÜNDÜZ*, Ahmet, age.s.334.

94 CİN, Halil-*AKGÜNDÜZ*, Ahmet, age.s.332.

95 CİN, Halil-*AKGÜNDÜZ*, Ahmet, age.s.304.

96 Nisâ/122, Necm/38, En'âm/164.

(erkek akrabaları) öder. Her iki müessese için cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığı veya aykırı olduğu şeklinde görüşler mevcuttur. Her iki müessese de toplumsal sorumluluğun gereği olarak kabul edilirse cezaların şahsiliği ilkesine ters düşmez.

Osmanlı Devleti'nin uygulamasında hadd ve cinayet suçları ve bunlarla ilgili verilen cezalar Kur'an-ı Kerim ve sünnet kaynaklı olduğundan her ne kadar günümüzdeki gibi kanunlaştırma ve sıralama olmasa bile Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan yıkılışına kadar mahkemeler tarafından uygulanmıştır. Bu suç ve cezaların tatbikat ve uygulamaları göz önüne alındığında "kanunilik ilkesi"nin varlığının yürürlükte olduğu muhakkaktır.

Ta'zir suçları bakımından ise, Osmanlı Devleti'nde uygulanan kanunnamelerin suçları tespit ve tayin ettikleri, ancak verilecek cezalar bakımından ceza miktar ve şekillerinin birden çok ve değişik olması (hapis, sürgün, para cezası vb.) ve bunlardan birinin tercih ve takdirinin hakime bırakılması bugünkü anlamda olmasa da, kanunilik ilkesinin mevcudiyetini göstermektedir. Ancak, ta'zir suçlarında verilecek cezaların hadd ve cinayet cezalarından fazla olmaması kuralı zaman zaman çiğnenmiştir. Mesela "siyaseten katl" olayı buna verilecek en güzel örnektir. Her hâlükarda zamanın şartları göz önüne alındığında Osmanlı Devleti'nin uygulamadaki aksaklıklar bir yana bırakılırsa o günün Avrupa'sından bu konuda daha ileride olduğu tartışma götürmez bir gerçektir.



# POZİTİVİST HUKUK KAVRAMI ÜZERİNE ELEŞTİRİSEL BİR REFLEKSİYON

*Dr. Sururi Aktaş\**

## I- Genel Olarak

XIX. Yüzyıldaki bilimsel çalışmaların birçok alana yayılması ve bilimsel gelişmenin sonul olarak insan davranışını da etkileyeceği inancı, hukuk düşünürlerini birçok bakımdan etkilemiştir. Herbert Spencer, kendi hukuk teorisini biyolojik evrimden çıkarırken, Auguste Comte da kendi teorisini “üç hal yasası”na indirgiyordu<sup>1</sup>. A. Comte’un “bilimsel felsefe”si hukuk kavramının pozitif bir yöne kaymasında büyük rol oynamıştır. Comte’a göre bilimin konusu, gözlenebilen olgularla sınırlıdır. Metafizik soyutlamalar, bilimsel alanın dışında kalır<sup>2</sup>. Pozitivist mantık, *a priori* varsayımları ve soyut ideaları küçümseyerek bunların yerine kendi inancı olan gözlemi koymuştur. Dolayısıyla zamanın egemen felsefesi olan pozitivism, hukuku içine alan “pratik akla” kadar genişledi. Bunu takiben diğer bilimler gibi hukuk alanında da birçok pozitivist eğilim kendini gösterdi. Bu eğilimlerin ortak noktası, hepsinin de metafizik teorilere ve doğal hukuk kavramına karşı olmalarıydı<sup>3</sup>.

Comte’dan sonra pozitivism daha da sofistike bir yol izledi. XX. Yüzyılın başlarında gemen olan mantıksal pozitivism, Viyana Çevresini bu açıdan başat düşün merkezi haline getirdi. Mantıksal pozitivismin düşünsel altyapısını Viyana Çevresinden daha önce kuran Wittgenstein, *Tractatus* adlı yapı-

---

\* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, 2<sup>nd</sup> edition, Stevens-Sons, London 1949, s. 163; A. Comte’un pozitivist felsefesi için bkz. Bruhl, L. Levey, *Auguste Comte Felsefesi ve Sosyolojisi*, (çev. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu), İÜİF yayını, İstanbul 1970, *passim*.

<sup>2</sup> Hançerlioğlu, Orhan, *Felsefe Sözlüğü*, 7. Bası, İstanbul 1989, s. 289

<sup>3</sup> Friedmann, s. 142; Barry, Norman, *An Introduction to Modern Political Theory*, third edition, London 1995, s. 32

tında dilin yapısı ile olgusal dünya arasında paralellik kurdu<sup>4</sup>. Wittgenstein'e göre dil, olgusal dünyanın bir resmidir. Dildeki olgusal olamayan önermeler gerçeği yansıtamaz. Dolayısıyla metafizik kavramlara dayanan dilsel formülasyonlar dilin dışına atılması gerekir. Böylece Wittgenstein, reel dünya ile dil arasındaki örtüşmeyi bozan her türlü önermeyi yadsıyarak gerçek dışı ilan etti<sup>5</sup>. Wittgenstein ikinci dönem felsefi yazımı olan *Philosophische Untersuchungen* yapıtında bu düşüncelerini değiştirdiyse de<sup>6</sup>, metodolojisinin mantıksal pozitivizm için esin kaynağı oluşturmasını engelleyemedi. Wittgenstein'in düşüncelerini, "Yeni Pozitivizm" in kurucusu Ernst Mach yineledi. Mantıksal pozitivizm bu temellerden hareketle Whitehead ve Russell'in analitik pozitivizmini kullanarak, bilimi metafizik soyutlamalardan arındırarak ampirik bağlamında gözlenebilir bir içerik taşıyan önermeler zinciri haline getirmeye kalkıştı<sup>7</sup>. Bütün bu metodolojik yaklaşımlar, pozitivitesi olmayan her türlü önermeyi anlamsız ve dolayısıyla anti-siyantifik olarak niteleyerek bilimin sınırları dışında tuttu.

Hukuk alanında pozitivizmin en temel göstergesi, monizm "tekçilik" tir. Hukuksal monizm, hukukun pozitivitesini esas alır. Bu pozitive de değişik biçimlerde karşımıza çıkar. Pozitive olarak normun "lojik ve biçimsel" yanını kabul ettiğimizde karşımıza normativizm çıkar. İradenin sınırlandırılmamış biçimi pozitive olarak alınırsa iradecilikle (volantarizm) karşı karşıya kalırız. Pozitiveden sosyal olgular anlaşılırsa, sosyolojik pozitivizmden sözedebiliriz. Bu da gösteriyor ki, pozitivizm hukuk alanında kendini değişik versiyonlarda göstermektedir. Bu değişik pozitivist versiyonlar, farklı hukuk teorilerini gündeme getirmiştir. Ancak bu farklılık yukarıda da gösterildiği gibi, onları doğal hukuk teorilerine karşı koymaktan engellemiştir. Yine bu teorilerin en temel karakteristiği, dualist hukuk kavramını dışlayarak hukuk alanında bir "olması gerekene" *sollen (ought to)* izin vermemeleridir. Başka bir deyişle pozitivist hukuk teorileri "olan" la *sein (is)* ilgilenirler. Olması gerekeni dışlayan bu teoriler, çoğu kez devlet iradesini yücelten otoriter inançlar biçiminde varlıklarını sürdürürler.

Biz bu kısa çalışmada, hukuksal pozitivizmin alt versiyonları olan iradeci ve normativist pozitivizm ile sosyolojik pozitivizm üzerinde duracağız.

4 Sahakian, William S., *Felsefe Tarihi*, (çev. Aziz Yardımlı), İdea yayını, İstanbul 1997, s. 269-270

5 Sahakian, s. 270

6 Bkz. Demir, Ömer, *Bilim Felsefesi*, Ağaç Yayıncılık, İstanbul 1992, s. 44 vd

7 Demir, s. 15-16

## II- Hukuksal Pozitivizm

Hukuksal pozitivizmin hemen hemen bütün türevleri için ortak olan bir inanç, teknik hukuksal sorunlarla etik ve politik sorun alanlarının birbirinden ayrı tutulma gereğidir<sup>8</sup>. Bu ayrım etik ve politikanın reddi anlamına gelmez. Böyle bir ayrıştırmanın amacı olarak, hukuk kavramına bilimsel bir karakter kazandırmak, ideal kaygılarla teknik hukuksal sorunları birbirine karıştırmamak gösterilmektedir. Hukuksal pozitivizm açısından hukuk kavramına yönelik etik ve politik karakterli ideal değerlendirmeler hukuk bilimi dışındaki çabalar<sup>9</sup>. Biçimsel hukuk teorileri olarak da anılan bu yaklaşımlar<sup>10</sup>, Hans Kelsen, H.L.A. Hart ve John Austin tarafından ayrıntılı olarak işlenmiştir<sup>11</sup>. Konuyu açıklaması bakımından Hart'ın görüşleri aydınlatıcıdır. Hart'a göre, bir hukuk kuralı haksız nitelik taşıyan ögeler içerse bile, bu nitelik o normun hukuk olma karakterini engellemez. Bununla birlikte Hart, haksız nitelikteki hukuk normuna yöneltilen tepkileri normal karşılar, hatta bu tepkiler konusunda bireylerin bilinçlendirilmesini de onaylar<sup>12</sup>.

### 1- İradeci Pozitivizm

İradeci pozitivizm, hukuksal pozitivizmin en ilkel biçimi olup iradenin, ister bir yasama organının ister bir monarkın iradesi olsun, sınırlandırılmamış gücü üzerine dayanır. XIX. Yüzyılda kavram olarak başlamasına karşın, tarihsel süreç içinde geriye doğru gidersek bu hukuksal teorinin izlerini Sofistlere kadar sürebiliriz. Ünlü Sofist düşünür Protagoras, "herşeyin ölçüsü ampirik insandır" diyerek ilkel bir pozitivist süreci başlatmıştır<sup>13</sup>. Görüldüğü üzere, Protagoras'ın maksimindeki insan kavramı, evrensel ya da entellejibil değil, görgül (sensibil) karakterdedir. Evrensel insan aklından söz edilseydi, hukuk kavramı bakımından daha umut verici olurdu. İradenin kutsanmış bu

<sup>8</sup> Öktem, Niyazi, "Hukuksal Pozitivizm Akımı", *İÜHF Mecmuası (Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'a Armağan)*, C. XIII., sayı 1-4, İstanbul 1979, s. 277; Hommes, Hendrik Van Eikema, "Positive Law and Material-Legal Principles", *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, LXX, Germany 1984, s. 155

<sup>9</sup> Öktem, *Hukuksal Pozitivizm*, s. 277-278

<sup>10</sup> Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi yayını, İstanbul 1999, s. 15

<sup>11</sup> Golding, M.P., "Kelsen and The Concept of Legal System", *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, vol. XLVII, 1961 Berlin, s. 355 vd

<sup>12</sup> Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, London 1965, s. 205-206

<sup>13</sup> Bkz. Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt I, İÜHF yayını, İstanbul 1971, s. 152; Aktaş, Sururi, *Aristo Felsefesinde Adalet* (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1996, s. 7

gücüne dayanan Sofist felsefe, doğal hukukun adalet kavramı yerine güce dayalı hukuk kavramını simgelemektedir<sup>14</sup>. Yine iradeci pozitivizm için önemli olan Thomas Hobbes, *leviathan* (devletin) gücünü yücelterek, mutlak monarşiler için bir haklılaştırma gerekçesi ortaya koymuştur. Hobbes felsefesinde, toplumsal (medeni) yaşama geçildikten sonra, doğal hakların pozisyonu *leviathan*'ın sınırsız ve sorumsuz irdesine terkedilmiştir<sup>15</sup>. Böyle bir devir işlemi, şüphesiz doğal hak kavramının niteliğini değiştirmiştir. Devir işleminden sonra doğal hak kavramından söz etmek aslında doğru değildir. Dolayısıyla, Hobbes'un sosyal sözleşmesi (social contract) doğal haklara dayanan liberalizm yerine, iradenin sınırlandırılmamış gücüne dayalı mutlak monarjiyi gündeme getirmiştir.

Daha teknik olarak iradeci pozitivizm denildiğinde akla *İngiliz Emirci Hukuk Teorisi* (The English Command Theory of Law) gelir. Birçok eleştiri almasına karşın, bu hukuk teorisi İngiliz hukuk bilimine egemen olmuştur. Emirci teori, İngiliz "faydacılığı" ile ilişkilendirilir. Geleneksel olarak John Austin tarafından temsil edilen bu teorinin izlerini biraz daha değişik bir versiyonda Jeremy Bentham'da da görmek olanaklıdır<sup>16</sup>. Biz her iki yazarın görüşlerini izleyerek konuyu aydınlatmaya çalışacağız.

İngiliz Analitik Pozitivizminin öncüsü John Austin'e göre hukuk, "akli bir varlığın, üzerinde iktidar sahibi olduğu başka bir akli varlığın davranışlarını düzenlemek için belirttiği davranış modeli"dir<sup>17</sup>. Başka bir deyişle, Austin'in teorisinde hukuk, egemen gücün koyduğu buyruklardır. Austin'in hukuk tanımında iki temel öge söz konusudur. Bunlardan birincisi, "egemen güç" dediği yasakoyucu, diğeri ise "etkinlik"tir. Etkinlik, kuralın uygulanmasına yönelik zorlamayı ifade eder. Yaptırımla desteklenmemiş kural, hukuk sayılmaz. Dolayısıyla etkinlik, kurallara uymayı garanti eder. Austin'in hukuk kavramında yer alan "egemen yasakoyucu" ve "etkinlik" öğeleri, hukukun, "egemen yasakoyucunun emirleri" ve "ona uymakla yükümlü akıllı varlıklar" biçimindeki iki bileşene ayrılmasına neden olmaktadır. Austin'in hukuk tanımı daha alt bileşenlere ayrıldığında karşımıza, egemen güç,

<sup>14</sup> Aktaş, *Aristo Felsefesinde*, s. 8 ; bkz. Birand, Kamıran, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 3. Bası, AÜF yayını, Ankara 1987, s. 35; Yörük, A. Kemal, *Hukuk Felsefesi Derleri*, 1. Kısım, 2. Bası, İÜHF yayını, İstanbul 1958, s. 67

<sup>15</sup> Bkz. Göze, Ayferi, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler*, 5. Bası, Beta yayını, İstanbul 1989, s. 130-146

<sup>16</sup> Barry, s. 37

<sup>17</sup> Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, vol. I, London 1929, s. 86; Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 3. Bası, AÜHF yayını, Ankara 1992, s. 314-315

emir, yaptırım ve uyma yükümlülüğü çıkmaktadır<sup>18</sup>. Anlaşılacağı üzere, Austin'in hukuk teorisi fazlasıyla güç olgusunu çağrıştırmaktadır. Austin'in hukuk teorisi, örf adet hukuku ve uluslararası hukuk gibi hukuksal fenomenleri dışlamaktadır. O, bu tür hukuksal fenomenleri "anoloji yoluyla hukuk" olarak tanımlamaktadır. Austin'e göre, uluslararası hukuk etkin bir yaptırımı içeren egemenlik olgusuna dayanmadığı için sadece pozitif ahlaklılığı (moralite) gösterir. Dolayısıyla, Austin'in hukuk teorisi, Dünyadaki hukuksal fenomenlerin açıklanması açısından yetersizdir<sup>19</sup>.

Austin'de hukuk, bir emirler dizisidir. Bir emirdeki öneriler, bir şeyin yapılması veya yapılmamasını buyururlar. Bir hukuk normundaki bu tür buyrukların doğruluğu ya da yanlışlığı olgusal önerilerin aksine tartışılmaz. Bu tür buyruklar normatif olup eylemin izlemesi gereken yolu (ought to) gösterirler. Ancak buradaki olması gerekenlik, ahlaksal olması gereken (moral ought to) değildir; pozitif hukuka göre bir olması gerektir.

Egemenlik kavramı, Austin'in hukuk teorisinin anlaşılmasında yaşamsal öneme sahiptir. Hukukun yaratıcısı olarak egemen güç, belli bir sayıdaki insanın (nüfusun) kendisine geleneksel (alışılmış) itaat borcu olan kişi veya kişi grubunu ifade eder. Egemen güç, ise, hiçbir temel yasa tarafından sınırlandırılmamıştır. Alışılmış itaat, bir hukuk sisteminin varlığını olanaklı kılan sosyolojik ve olgusal gerekliliği ifade eder. Bu yaklaşımlarıyla Austin, olayların yargusal yorumuyla gelişen *common law* sistemini görmezlikten gelmiştir. Emirci Hukuk Teorisinde egemen olan güç, bir hukuk sisteminin kontrolü dışında tutulmuş, mahkemeler egemen gücün bir ajanı olarak düşünülmüştür. Mahkemeler görevlerini yerine getirirken yeni hukuk yaratmalarına karşın, var olmaları egemen olan güce bağlanmıştır<sup>20</sup>.

Austin'in hukuk teorisine yöneltilen ortak bir eleştiri, bu teorinin, hukuku sadece yükümlülük yükleyen (duty-imposing) normlara indirgemiş olması noktasındadır. Bir şeyin yapılması veya yapılmamasını buyuran ceza hukuku normları bakımından bu teori anlaşılabilir. Ancak Hart'a göre bir hukuk sistemi yalnızca yükümlülük yükleyen (duty-imposing) normlardan ibaret değildir. Bir modern devletin hukuk sistemi aynı zamanda güç ve yetki veren kurallardan (power-conferring rules) oluşur<sup>21</sup>. Yetki veren kurallar, evlenme, miras bırakma ve mülkiyet kazanma gibi bireylerin belirli şey-

---

18 Austin, s. 89; Friedmann, s. 144

19 Barry, s. 38

20 Barry, s. 39

21 Hart, s. 27-33

leri yapmalarını olanaklı kılan hukuksal aygıtlardır. Bu tür hukuksal olgularda bireylere empoze edilmiş yükümlülükler söz konusu değildir. Özel Hukukun yapısı, Emir Teorisiyle açıklanamayan bu tür yetki veren kurallardan oluşur. Yetki veren kurallar, yükümlülük yükleyen kurallar gibi bir hukuksal yükümlülük yaratacak yaptırımlar içermezler. Bununla beraber, Austin Özel Hukuktaki *butlan* durumunu ceza hukukundaki yaptırımlara benzeterek, yükümlülük yükleyen kuralların bir hukuksal sistemin tümünü temsil ettiği inancını sürdürür. Oysa, butlan durumu bir hukuksal yükümlülük yaratmaz. Butlan, zorunlu hukuksal prosedürlerin yerine getirilmemesinin sonucudur<sup>22</sup>. Austin'in hukuk teorisinin önemli bir başarısızlığı da, modern bir devlette bulunan yasama otoritesinin karmaşık yapısını açıklayamamış olmasıdır. Çünkü, yükümlülük yükleyen kuralları koyan yasama organı, bu yasama gücünü anayasadan almaktadır. Böyle bir yetkinin verilmesini düzenleyen anayasa kuralları, yükümlülük yükleyen kurallar olarak anlaşılabilirler<sup>23</sup>. Bu tür kurallar, yasama yetkisini kullanan gücün aktivitelerini gösterirler. Yükümlülük yükleyen organ olarak yasama gücü bu kuralların dışına çıkarsa, yaptığı yasama aktivitesi geçersiz olur<sup>24</sup>.

Emirci Hukuk Teorisi, sadece hukuk ile ahlaklılığı birbirinden ayırdığı gerekçesiyle pozitivist değildir; o, bir hukuksal sistemin varlığını gözlenebilen yaptırımlar açısından kavramaya çalıştığı içinde pozitivist bir karakter taşır. Emirci Teori, kuralların lisanında bulunan hukuksal sistemi açıklamaz. Çünkü otoriteye sahip olmaya ilişkin iddia ve istekleri geçerli kılan kurallar, emirlerin yaptırımlarla desteklenmesi gereğiyle ilgili olan olguda gözlenemez<sup>25</sup>.

Bentham, hukukun mantıksal yapısı hakkında Austin'in görüşlerinden oldukça farklı olan önemli düşünceler ileri sürmüştür. Bentham'ın yaklaşımı, Emirci Teorinin emir ve yaptırım modelini içermekle beraber, hukuku yalnızca *statute* (yazılı hukuk) açısından açıklamamıştır. Bentham açısından hukuk, egemen gücün önceden mevcut hukuku (emir ve yasakları) benimsemesi (adoption=kabul) ve kendisinin yeni hukuk yaratmayla ilgili tanımlamasıyla (conception) geçerli hale gelir<sup>26</sup>. Bentham, hukukun ahlaksal bir temelini bulunup bulunmadığı ile ilgili sorunlarla ilgilenmemiştir. Diğer

22 Hart, s. 33-35

23 Hart, s. 303

24 Barry, s. 40

25 Barry, s. 44-45

26 Bentham, Jeremy, *Of Laws General*, Athlone Press, London 1970, s. 18-19

yandan Bentham *adoption* teorisiyle, devletin sürekliliği olgusuna dayanarak önceki İngiliz krallarının çıkardığı emirleri geçerli hukuk sayma yoluna gitmiştir<sup>27</sup>. Ancak Bentham, egemen gücün bölünemezliği ve sınırlanamazlığını kabul etmemiştir. Ona göre egemen güç, iki veya daha fazla yasama organına bölünebilir. Yine Bentham, en üst yasama gücünün bile geleneklerle sınırlanabileceğini kabul eder. Austin, cezai yaptırım içermediği gerekçesiyle anayasa hukukunu kabul etmediği halde, Bentham bir anayasa hukukunun olabirirliliğini öngörmüştür. Diğer yandan Bentham, yardımcı yaptırım olarak dinsel ve ahlaksal ilkelerin egemen gücü sınırlayabileceğini de kabul eder<sup>28</sup>.

Austin ve Bentham'a ilişkin olarak yukarıdaki açıklamalardan anlaşılıyor ki, her iki hukuk düşünürün yaklaşımları İngiltere'nin o günkü iktidar yapısıyla yakından ilgilidir. Kraliyet olgusu her iki düşünür için bir hukuksal gerçeklik olarak varlığını sürdürmüştür. Başka bir deyişle, gerek Austin, gerekse Bentham kraliyet olgusunu dışlayan bir yaklaşımı benimsememişlerdir. Bu, hukuksal alanda bir monist düşünceyi doğurmuştur. Bizce ilkel bir hukuksal pozitivismi deyimleyen bu monist kavrayış, hukukun devlet olgusu dışındaki ontolojik yapısını gözardı etmiştir.

İradeci pozitivism açısından anılmaya değer diğer bir yaklaşım da, Carl Schmitt'in hukuk teorisi. Schmitt de Austin ve Bentham gibi, dönemin politik durumunun etkisi altındadır. Schmitt, hukuksal yaklaşımıyla Nazizmi haklılaştırma çabası içine girmiştir<sup>29</sup>. Schmitt'in hukuk teorisi, birbiriyle çelişen ikili yapı arzeder. O, önce daha elverişli sayılabilecek hukuksal normativizmi savunur. Schmitt açısından normativizm, genelliği ve saf rasyonaliteyi ifade eder. Bu bakımdan Schmitt için rasyonalizm, iradecilikten önce gelir. Schmitt, normativizmin soyut yasa kavramını esas aldığını söyler. Schmitt açısından soyut yasa kavramı ise, özgül ve sonuç durumları dikkate almayan bir teoridir<sup>30</sup>. Hukuk kavramı açısından bu, Schmitt'in olumlu yanını gösterir. Ancak o, burada kalmayarak, bizce ilkel bir teori olan iradeciliğin otoriterizmine saplanır. Schmitt bu noktaya, desisyonizm (decisionism)'le ulaşır. Desisyonizm, her türlü olağanüstü karar, emir ve yasağı hukuk olarak telakki eden bir yaklaşımdır. Schmitt'e göre hukukta

---

<sup>27</sup> Güriz, s. 300-301

<sup>28</sup> Bentham, s. 67-71

<sup>29</sup> Cristi, F.R., "Hayek and Schmitt on The Rule of Law", *Canadian Journal of Political Science*, vol. 17, no:13, s. 522

<sup>30</sup> Cristi, s. 524

normativizm asıl, desisyonizm ise istisnai bir durumdur. Ancak o, istisnai durumların evrensel olandan daha yaygın olduğunu söyleyerek, desisyonist hukuk kavrayışından, yani egemen gücünün her türlü kararını hukuk sayan hukuksal yaklaşımdan yana tavır almıştır<sup>31</sup>.

## 2- Normativist Pozitivizm

Normativizm, düşünsel temel olarak Hans Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi"ne (*Reine Rechtslehre=The Pure Theory of Law*) dayanır. Viyana Okulu'nun kurucusu olan Kelsen Yeni-Kantçı (Neo-Kantian) hukuk filozoflarından. Yeni-Kantçı hukuk filozofları, Kant'ın ahlak ve hukuk felsefesi yerine, onun bilgi teorisini temel almışlardır. Bundan dolayı Yeni-Kantçılar, Kant'ın *Pratik Aklın Eleştirisi*'indeki (*Critique of Practical Reason*) düşüncelerinden daha ziyade, *Saf Aklın Eleştirisi*'indeki (*Critique of Pure Reason*) temel çizgiyi izlerler. Saf Akıl, dış dünyanın algılanmasının, insan zihnindeki kategoriler yoluyla gerçekleşmesini sağlar. Pratik Akıl ise, izlenmesi gereken ahlaksal amaçlar üzerinde durur. Dolayısıyla Kelsen'in hukuk teorisi, Kant'ın ahlak felsefesine değil, onun formalist bilgi teorisine dayanır<sup>32</sup>.

Yeni-Kantçı gelenek ampirist olmamasına karşın, pozitivisttir. Yeni-Kantçılar'ın temel amacı, hukukun değişmeyen yanını ortaya koyarak ona bilimsel ve formal bir karakter kazandırmaktı. Rudolf Stammler bu yolda bazı bilimsel girişimlerde bulunduysa da, adalet kavramını hukuk alanı dışına taşıyarak pozitivist bir hukuk teorisi geliştiremediği için girişimi sonuçsuz kaldı. Kelsen daha radikal bir adım atarak, adalet idealini tamamen hukuk dışına atmaya başardı. Gerek Stammler, gerekse Del Vecchio Kant'taki biçim ve içerik birlikteliğini bir hukuk teorisinde adalet idesini gözönünde tutarak başarmaya çalıştılar. Kelsen ve onu izleyen hukuk düşünürleri ise bu yaklaşımı idealist ve bilimsel olmamakla suçlayıp reddettiler<sup>33</sup>.

Yukarıdaki epistemolojik açıklamalar ışığında Kelsen'in hukuk teorisinin temel özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

\* Bir bilim olarak bir hukuk teorisinin amacı, karmaşıklık ve çokluğu birliğe indirgemektir.- Kesreti vahdete kalbetmektir.

\* Hukuk teorisi irade değil, bir bilimdir. Onun bilgisi, hukukun ne olduğudur; ne olması gerektiği değil.

<sup>31</sup> Cristi, s. 525

<sup>32</sup> Friedmann, s. 91

<sup>33</sup> Friedmann, s. 106



\* Hukuk doğal değil, normatif bir bilimdir.

\* Bir normlar teorisi olarak hukuk teorisi, hukuk normlarının sonuçsallığı ile ilgilenmez<sup>34</sup>.

Yukarıdan da anlaşılacağı üzere Kelsen, epistemolojik olarak biçimi içeriğe tercih ederek formalist bir hukuk teorisi kurma çabası içine girmiştir. Kelsen'in bütün amacı, hukuk bilimini, gerçek bilim seviyesine çıkarmak ve bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliği yakalamaktır<sup>35</sup>. Böyle bir amaca ulaşmak için o, hukukun içeriğini oluşturan ahlak, din, politika ve tarih gibi *metajuridik* (hukuk-ötesi) elamanları hukuk kavramı dışına atmıştır<sup>36</sup>. Böyle olunca, hukukun bilimsel incelemeye konu olabilecek tek yönü kalıyor, o da hukuksal normların biçimsel ve mantıksal (lojik) yanısıdır. Bu karakteriyle Kelsen'in hukuk teorisi, bir normlar bilimidir<sup>37</sup>. Dolayısıyla, Kelsen'in normativist teorisinde, pozitif hukukun dışında ve üstünde ona meşruiyet kaynağı oluşturacak bir doğal hukuk düşüncesinden söz etmek olanaksızdır<sup>38</sup>. Öktem'e göre Kelsen, hukuku, hukuk teknisyenliğine indirgemiş durumdadır<sup>39</sup>. Genel hukuk teorisi açısından Kelsen'in teorisi elverişli bulunabilse de, Öktem'in Kelsen hakkındaki yargısı doğrudur.

Saf Hukuk Teorisinin formalist olduğuna yönelik değerlendirmeler ve eleştirilere Kelsen şöyle yanıt veriyor: "Formalist olmak: dürüst ve samimi olmak, kendini ve başkalarını aldatmamak demektir. Saf Hukuk Teorisi bu yüzden formalistlik eleştirisini memnuniyetle karşılar. Saf Hukuk Teorisine formalist olma suçlamasıyla hücum eden bilim değil, politikadır. Bu argümanlarla Saf Hukuk Teorisi reddedilemez. Bu teori, hukuk biliminin, politikanın esaretine girmesini engelleyecektir. İnsanlık tarihi, hukuk bilimi gibi diğer bilimlerin politikanın esaretine karşı nasıl mücadele verdiğini ve bunda başarılı olduğunu göstermektedir. Bunun için Saf Hukuk Teorisi formalizm suçlamasıyla ayıplanamaz"<sup>40</sup>. Bu düşünceleriyle Kelsen, herşeye karşı

<sup>34</sup> Friedmann, s. 106

<sup>35</sup> Aral, Vecdi, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İÜHF yayını, İstanbul 1978, s. 1-2; İzveren, Adil, *Hukuk Felsefesi, DEÜHF yayını*, Ankara 1988, s. 58-59

<sup>36</sup> Aral, *Kelsen'in Saf*, s. 40 vd.

<sup>37</sup> Kelsen, Hans, "Mahz Hukuk Nazaryesi Nedir?", (çev. O. Münir Çağıl), *İÜHF Mecmuası*, C: XXII, sayı 1-4 (A. Samim Gönensay'a Armağan), s. 404-405

<sup>38</sup> Kelsen, s. 49

<sup>39</sup> Öktem, Niyazi, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, 2. B., Der Yay., İstanbul 1995, s. 335

<sup>40</sup> Kelsen, s. 416-417

formalist olmaktan çekinmemektedir. Hukuka pozitif bir kimlik kazandırmaya çalışan Kelsen için formalist olmak doğal, hatta kaçınılmazdır.

Normativizmin hukuk düzeni kademeli (hiyerarşik) bir yapıdadır. Hukuk kuralları yukarıdan aşağıya doğru gittikçe somutlaşan bir normlar sistemidir. Bu sistemde bir norm geçerliliğini kendinden bir üstteki bir normdan alır. Bu kademeli yapının en üstünde “temel norm” (grund norm) bulunur. Temel norm bir pozitif hukuk kuralı değildir. Temel norm kendine tabi normların hukuk ötesi, mantıksal yürürlük nedenini teşkil ettiği için bir varsayımdan ibarettir<sup>41</sup>. Anayasa dahil bütün hukuk normları geçerliliklerini temel norma borçludurlar. Ancak temel norm, diğer normların geçerlilik kaynağını oluşturabilmesi için “minimum etkinlik”e sahip olması gerekir. Bir hukuk sistminde temel norm değiştiği zaman, yeni bir temel normun önceki normun yerini aldığı kabul edilir. Eski temel normun açıkça kaldırılması gerekmez. Eski norm kendiliğinden de etkinliğini kaybedebilir<sup>42</sup>. Temel normun minimum etkinliğe sahip olabilmesi için, çoğunluk tarafından benimsenmesi veya toplumun bu yönde kanısının bulunması gerekir<sup>43</sup>.

Kelsen’in teorisindeki normatiflik ya da olması gerekenlik, ahlaksal değil, hukuksaldır. Yani bir norm kendisinin üstündeki normdan ayrı olarak bir etik kurala göre meşruiyet testine tabi olmayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra Kelsen’in teorisi için şu soruların yanıtlanması anlamlı olacaktır: a) Kelsen’in geliştirdiği hukuk teorisi kendi varsayımıyla ne kadar tutarlıdır? b) Hukuk teorisi Kelsen’in bu teoriye biçtiği görevle ne kadar uyum içindedir?

Genel olarak sosyal bilimlerin, özel olarak da hukuk biliminin kendine özgül olan karakteri bilim adamları, sosyologlar ve hukukçular tarafından kabul edilmektedir. Kozalite ilişkisine dayanan doğa bilimleri ile iradeye dayanan sosyal bilimlerin arasındaki spesifik fark birçok çevre tarafından eleştirilmektedir. Bir yandan realist hukuk bilimi, bir fonksiyon olarak tanımlanan hukuk bilimi için temel eleman niteliğindeki bilimsel gözlemin önemi üzerinde dururken, diğer yandan da modern bilimciler, fiziksel olguların gözleminin kesinliğine olan inaçtan uzaklaşıp, seçilen ve değerlendirilen olgulara dayanan hipotezlere bağlı bilimin kesinliğinden daha çok, olasılılığı üzerinde dururlar. Dahası, doğal bilimlerin sosyal karakteri de aynı biçimde

41 Aral, Vecdi, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İÜHF Mecmuası*, C. XXXIV, sayı 1-4, (ayrı bası), İstanbul 1969, s. 25

42 Bkz. Güriz, s. 32 vd

43 Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 338; Güriz, s. 32

ele alınmaktadır. Kelsen'in doğal bilimlere hakkındaki yaklaşımı (kozal yaklaşım) mutlak olarak doğru olmasa bile, hukuk bilimi açısından spesifik tanımlamaları haklılaştırılabilir. Ancak, hukuksal gerçeklikte hiçbir varlığı bulunmayan "temel norm" fiksiyonu eleştiriye açıktır. Birinci eleştiri olarak, tek başına bir normun hukukun yegane kaynağını oluşturamayacağı, *statute* (yazılı hukuk) hukuk, emsal kararlar ve örf adet gibi eşzamanlı olarak varlıklarını sürdüren çeşitli normların bir hukuk sistemi için kaynak oluşturabileceği noktasında yoğunlaşmaktadır<sup>44</sup>. İkinci eleştiri ise, aslında temel normun sosyal ve politik olgulara açık olduğu, dolayısıyla hukukun saflığının sağlanamayacağı noktasında yoğunlaşır. Çünkü temel normun etkinliğinin test edilmesi, sosyolojik ve politik inceleme ve soruşturmaya gereksinim duyar. Böyle bir soruşturma ise, sosyal olgu ve politikanın yeniden hukuk normunun içine alınması sonucunu doğurur ki, bu da Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi için saflığın kaybedilmesi anlamına gelir. Doğal olarak böyle bir sonuç, Kelsen'in formalist ve anti-ideolojik olma karakterine gölge düşürmektedir. Böyle bir haklı eleştiri, Kelsen'in kendi varsayımsal teorisinin içindeki çelişkileri göstermektedir.

Kelsen açısından yaptırım, hukuka yabancı psikolojik bir eleman olmasına karşın, yine de hukuku sonul olarak uygulanabilir kılan bir faktördür. Dolayısıyla Kelsen, otoritenin sonul hukuksal kaynak olarak varlığını sürdürmesi bakımından Austinci pozitivistlere yaklaşmaktadır. Bu durum da pür formal olma iddiasını sürdüren bir teorinin iç çelişkisidir.

Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin en temel karakteri, başlangıç hipotezi ile bu hipotezden çıkan hukuksal ilişkilerin toplamı arasındaki ilişkinin açıklanmasında kendisini gösterir. Kelsen'de somutlaşmanın dinamik bir süreci olarak hukuk kavramı, oldukça yaratıcı bir olguyu ifade eder. Çünkü Kelsen'de hukukun uygulanması, aynı zamanda hukukun yaratılması anlamına gelir. Örneğin, bir yasanın veya yönetmeliğin uygulanması sonucu verilen idari kararlar ya da mahkemelerin verdikleri kararlar Kelsen'in hukuk kavramı açısından normlar pramidinin en altındaki hukuksal normları teşkil ederler. Bu durum, hukukun uygulanması ile yaratılması olgusunun birliğini (monist karakterini) açıklar<sup>45</sup>. Böyle bir birlik Kelsen'in teorisi için bir çelişkiyi ifade etmektedir. Çünkü böyle bir örtüşme onun teorisinin saflığına ya da formal niteliğine zarar vermektedir. Mahkeme kararları ile idari kararlar gibi içeriğe dönük somut hukuksal olguları hukuk normu sayan Kelsen için

<sup>44</sup> Friedmann, s. 114

<sup>45</sup> Bkz. Aral, *Kelsen'in Saf*, s. 127

böyle bir sonuç, hukukun formal yapısından bir sapışı deyimler. Böyle bir sapışa karşın, yukarıda açıkladığımız dinamik hukuksal süreç, realist hukuk kavramı açısından önemlidir. Kelsen'in uygulama ve yaratma ile ilgili vardığı monist yaklaşıma, Amerikan realits okulu başka bir yoldan ulaşmaktadır<sup>46</sup>. Emsal hukuksal kararların biçimlendirdiği *common law* sistemi, uygulama ile hukuk yaratmanın iyi bir örneğini oluşturur<sup>47</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi Kelsen'in teorisi kendi içinde bazı çelişkileri barındırmaktadır. Ancak Kelsen'in hukuk teorisine yapılabilecek en önemli eleştiri, bu hukuk teorisinin doğal hukuku dışladığı ve dolayısıyla "ahlaksal olması gereken"i içermeyen monist bir karakter taşıdığı noktasında olacaktır. Biz bu yöndeki eleştirileri genel olarak hem iradeci pozitivizme ve hem de normativizme birlikte yönelteceğiz. Ancak hemen şunu belirtelim ki, hukuksal normativizm, iradeci pozitivizme göre daha olumlu ve çağdaş bir hukuk kavramını öngörmektedir. Çünkü, normativizmde her türlü irade değil, ancak normlar sistemine uygun irade hukuk kuralı kimliğini taşımaktadır. Normlar kompleksinin genel yapısı, yasakoyucunun iradesinin sınırını oluşturur. Parlamentoların hukuksal norm niteliğindeki iradelerinin denetlenmesi açısından normativist teorinin önemi büyüktür. Ayrıca, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi, "genel hukuk teorisi" açısından önemle anılmaya değer. Çünkü hukuk biliminin bir boyutu da, genel bir norm teorisini içerir. Bu açıdan bir normlar bilimi olarak hukuksal normativizm, her zaman önemini koruyacaktır. Eleştirilerimiz saklı kalmak koşuluyla şunu söyleyebiliriz: Kelsen, hukuk bilimine yaptığı katkı bakımından XX. Yüzyılın en önemli hukuk filozofu olarak gelecek nesil hukukçulara her zaman yol gösterici olacaktır.

### III- Hukuksal Pozitivizme Tepkiler

Bu başlık altında yapacağımız eleştiriler genel nitelikte olup, hem iradeci pozitivizm ve hem de normativizm için geçerli olacaktır. Hukuksal pozitivizmi birçok yönden eleştirmek olanaklıdır. Diğer yandan bu hukuk teorisine yönelteceğimiz eleştiriler, aynı zamanda özgül bir devlet biçimi için de (hukuk, adalet ve hak kavramının kendi iradesinden kaynaklandığını iddia eden devlet) söz konusu olacaktır. Çünkü hukuksal pozitivizm, doğal hukuka dayanan doğal haklar ve özgürlüklerin ontolojik varlığını kendi iradesinin

<sup>46</sup> Bkz., Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İÜHF yayını, İstanbul 1982, *passim.*; Gürkan, Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, AÜHF yayını, Ankara 1967, *passim.*

<sup>47</sup> Bkz. Holmes, O.W., *Comon Law*, Boston 1881, *passim*

ürünü sayan ve bu kavramlar üzerinde iradesinin sınırsız olduğunu düşünen otoriter bir devletin ideolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuksal pozitivistliğe yönelik ilk köklü eleştiri, felsefi niteliktedir. Felsefi kökenli eleştiriler, hukukun bir ampirik ve bir de metafizik yönü olduğu; hukuksal pozitivistlik ise, hukukun metafizik yanını dışladığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Hukukun metafizik yanı, hukukun ampirik yanını aşan ve yürürlükteki hukukun vicdanlarda onay bulmasını sağlayan bir karakter arzeder. Doğal hukuk kavramını amaçlayan bu görüş, hukukun metafizik boyutu olarak adalet idesini gösterir<sup>48</sup>. Rudolf Stammler, felsefi kökenli eleştirileri yöneltten önemli hukuk düşünürlerinden biridir. Yeni-Kantçı ekolün temsilcilerinden de olan Stammler, yürürlükteki hukukun ötesinde iki hukuksal formülasyondan söz eder. Bunlardan birincisi, her türlü deneysel olgulardan bağımsız rasyonel ve mantıksal ilkeler, ikincisi ise hukuk idesidir. Bunlar pozitif hukuku meşru kılan kriterlerdir. Hukukun rasyonel ve mantıksal ilkeleri her türlü ampirik, deneysel veriden bağımsız olduğu için *a priori* niteliğindedirler; yani her türlü hukuksal gerçeklikten önce bulunan transandantal soyutlamalardır<sup>49</sup>. Stammler açısından hukuk idesi, doğru hukukun değerlendirme ölçüsüdür. Bu değerlendirme ölçüsü, hukuksal iradenin izlediği ampirik amaçlardan bağımsız olarak var olan adalet idealidir<sup>50</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Stammler, hukuka pozitif bir kimlik kazandırma çabasına girişmesine karşın, teorisinde hukukun değişmeyen aşkın ve formal yanı ağır bastığı için, bu girişimi pozitivist bir hukuk kavramıyla sonuçlanmamış; bilakis, hukuksal pozitivistlik için bir değer ölçüsünü içeren bir hukuk teorisiyle sonlanmışır.

Pozitivist hukuk anlayışına bir önemli eleştiri de “haksızlık tezi” ile Gustav Radbruch’dan gelmektedir. Radbruch’a göre, pozitif hukuk adaletle açık biçimde çelişiyorsa, insan haklarını hiçe sayıyorsa, o pozitif hukukun geçerliliği yoktur<sup>51</sup>. Diğer yandan Radbruch pozitif hukukun doğal hukuk

48 Bkz. Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 20-21; Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 154-155

49 Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 4. Bası, İÜHF yayını, İstanbul 1971, s. 494-495

50 Çağıl, s. 495-496

51 Radbruch, Gustav, “Beş Dakika Hukuk Felsefesi”, (Çev. Hayrettin Ökçesiz), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, der. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, AFA yayını, İstanbul 1998, s. 8; Dreier, Ralf, “Hukuk Kavramı”, (çev. Altan Heper), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, der. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, AFA yayını, İstanbul 1998, s. 12

tarafından denetlenmesi gerektiğini söyler<sup>52</sup>. Federal Alman Anayasa Mahkemesi birçok kararında Radbruch'un bu görüşüne yollama yapmıştır. Bu kararlardan en önemlisi, Yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybettirilmesine ilişkin İmparatorluk Vatandaşlık Yasasıyla ilgili 11. (RGBl 1, 772) Tüzük hakkında verdiği 14. 02. 1968 tarihli karardır. Bu kararda, adaletin temel ilkeleriyle açıkça çelişen kuralların hükümsüz sayılması gerektiğine hükmedilmiştir. Mahkeme, yargıçların da bu tür kuralları uygulamamaları gerektiğine ilişkin karar da vermiştir<sup>53</sup>. Yüksek mahkemenin verdiği bu cüretkar karar, hukuk kavramı, adalet ideali ve insan hakalarının korunması bakımından totaliterizme karşı büyük bir tepkiyi ifade eder. Ayrıca, kazuistik (kesin kurallı-meselecî) Alman hukukunda böyle bir kararın verilmesi, içtihatla hukuk yaratma gereksinimin önemini ortaya koymuştur. Bu karar, hukuk yaratmada politikanın gücünü adalet lehine sınırlamıştır.

François Geny ve Ronald Dworkin de, hukuksal pozitivizme eleştiri yöneltten iki önemli hukuk filozofudur. Her iki düşünür de pozitif hukuku eleştirmekle beraber, pozitif hukukla doğal hukuk arasında ara bir formül önermektedirler. Geny'e göre pozitif hukuk geçerli bir hukuftur. Ancak ona göre pozitif hukuk, bir takım maddi hukuksal ilkelere dayanması gerekir. Pozitif hukuk eğer bu ilkelere dayanmıyorsa, geçerliliğini kaybeder. Geny açısından bu ilkeler, biçimsel hukuk normunun keyfi olmayan içeriğidir. Bu ilkeler Geny tarafından doğal hukuk ve adalet kavramı ile ilişkilendirilmiştir<sup>54</sup>. Dworkin, ise hukuksal pozitivizmi, sadece kurallara dayandığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Dworkin açısından bir hukuk sistemi hem kurallara ve hem de "prensipler"e dayanır. Prensipler, adalet gibi etik değerleri deyimler<sup>55</sup>. Dworkin'in sözünü ettiği prensipler, anayasalar gibi daha üst metinlerde soyut olarak yer aldığı gibi verili bir hukuk sisteminde örtülü olarak da bulunur<sup>56</sup>. Pozitif hukukun yetersiz kaldığı "zor davalar"da (hard-cases) yargıçlar söz konusu bu prensiplere başvurur<sup>57</sup>. Dworkin, *Common Law* sistemi içerisinde yargıçların yazılı kurallar'dan (statute) nasıl ayrılıp prensip-

---

52 Radbruch, s. 7-8

53 Dreier, s. 12

54 Hommes, s. 157

55 Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*; 16. Press, USA, 1997, s. 22

56 Hommes, s. 157; Dreier, s. 16

57 Dworkin, s. 22

lere göre karar verdiğini çeşitli *case*'lerden örnek vererek açıklamaya çalışır<sup>58</sup>.

Hukuksal pozitivistliğe yöneltilen önemli bir diğer eleştiri hukuk sosyolojisinden gelmektedir. Hukuk sosyolojisi, hukukun aynı zamanda sosyal gerçekliğin bir yansıması olduğunu ve hukukun ancak sosyal gerçeklikle görünüm kazandığını vurgulayarak, hukuksal pozitivistliğin hukuksal gerçeklikleri görmezlikten geldiğinin üzerinde durur. Diğer yandan, hukuksal pozitivistizm devlet iradesini esas aldığından, devletin oluşumundan önce ve devlet iradesi dışında kendiliğinden (spontane) oluşan hukuka kayıtsız kalmıştır<sup>59</sup>. Sosyolojik veriler, sosyal normların bireysel bilinçlerden bağımsız olarak kendiliğinden oluştuğunu gösterir. Bireyler hem sosyal normların ve hem de sosyal düzenin tümünü bilinçli olarak açıklayamazlar<sup>60</sup>. Bu durum, devlet olgusunun ortaya çıkmasından önce bulunan normların varlığına işaret eder.

Hukuksal pozitivistizm, klasik liberalizmin epistemolojik kabulleriyle de uyumsuzluk içindedir. Bu bağlamda en önemli eleştirileri F.A. Hayek dile getirmektedir. Hayek bu eleştirileri David Hume'un anti-rasyonalist felsefesine dayanarak yapmaktadır. Hayek açısından insan aklının herşeye gücü yeten bir aygıt olarak algılanması bir yanılgıdır. Bu açıdan o, toplumsal kurum ve kuralların yaratılmasını tamamen insan aklının gücüne, dolayısıyla iradenin gücüne indirgeyenleri "kurucu rasyonalist" (constructive rationalist) olarak eleştirir<sup>61</sup>. Hayek, sınırsız bilginin tek bir akıl tarafından kavranıp yeniden üretilemeyeceğini söyler. Bilgi çok sayıdaki birey arasında bölünmüş (parçalanmış) durumdadır. Toplumsal kurum ve kurallara ilişkin parçalanmış sınırsız sayıdaki bilginin tek bir merkez tarafından toplanarak, bir sosyal düzen baştan aşağıya tasarlanamaz<sup>62</sup>. Hayek, kartezyen rasyonalizmin karşısına Karl Popper'in "eleştirel rasyonalizmi" ile çıkar. Böyle bir karşı koyuş, Hayek'i "sosyal evrim" düşüncesine sürüklemiştir. Sosyal evrim açısından davranış kuralları, bir everimsel seleksiyon sonucu spontane, kendili-

58 Bkz. Dworkin, s. 23

59 Özcan, M. Tevfik, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, Özne Yay., İstanbul 1998, s. 28-29

60 Özcan, s. 75

61 Bkz. Hayek, Friedrich A. von, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C.I, (Kurallar ve Düzen), (çev. Atilla Yayla), 1. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara 1994, 15-24; Hayek, Friedrich A. von, *The Constitution of Liberty*, Routledge-Kegan Paul, London 1990, s. 22 vd;

62 Connin, Lawrence J. "Hayek, Liberalism and Social Knowledge", *Canadian Journal of Political Science*, vo. XXIII, no:2, Canada 1990, s. 302-303

ğinden oluşmuştur<sup>63</sup>. Hayek bu şekilde oluşan kuralları, “adil davranış kuralları” (the rules of just conduct) olarak nitelendirir. Adil davranış kuralları, büyük ölçüde bireyler arası ilişkileri düzenler. Dar anlamda hukuk diye nitelendirebileceğimiz bu kuralların yapımında yasama organlarının yetkileri sınırlandırılmıştır. Hayek, parlamentoların ortaya çıkışını, bu kuralların çıkarılma gereksinimine bağlamaz. Hayek’e göre parlamentoların ortaya çıkışı, idari nitelikteki “organizasyon kuralları”na (rules of organization) olan gereksinimden kaynaklanmıştır<sup>64</sup>. Hayek’in bu iddiasını, İngiliz siyasal tarihi doğrulamaktadır. Orada parlamento, çoğunlukla vergi yasalarının çıkarılması ya da kral tarafından konulan vergilere onay verme gereksiniminden ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>65</sup>. Hayek’in adil davranış kuralları, müdahale edilemeyen özerk bir alan oluştururlar. Böyle bir özerk alan, piyasa mekanizmasının sürdürülmesi, sözleşme serbestisi ve özel mülkiyetin korunmasına hizmet eder.

#### IV- Sosyolojik Pozitivizm

Sosyolojik pozitivizm, hukuksal pozitivizm gibi hukukun gözlenebilen yanı ile ilgilenir. Ancak hukuksal pozitivizmde hukukun gözlenebilen yanı norm olduğu halde, sosyolojik pozitivizmde bu sosyolojik olgulardır<sup>66</sup>. Ancak hukuk sosyolojisi ile sosyolojik pozitivizmi ya da sosyolojist hukuk anlayışını birbirinden ayırmak gerekir. Hukuk sosyolojisi hukukun toplumsal gerçekliğini araştırır. Ancak hukuk sosyolojisi bu işlevini yerine getirirken, hukuku sadece toplumsal olgulara indirgemez. Oysa sosyolojik pozitivizme bağlı sosyolojist hukuk, hukukun salt toplumsal gerçekliğin bir yansıması olduğu savını sürdürür<sup>67</sup>. Dolayısıyla sosyolojik pozitivizm, etik değerlendirmeyi hukuk alanı dışında tutar. Sosyolojik pozitivizm açısından hukuk, “sosyal alanda eylemsel olarak var olan ve yine toplumsal yaptırımlarla uygulanması sağlanan kurallardır. Sözkonusu bu kuralların içeriğinin

63 Hayek, Friedrich, A. von, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, The University of Chicago Press, 1967, s. 66 vd.

64 Hayek, *Kurallar ve Düzen*, s. 187 vd.

65 Bkz Aktaş, Sururi, F.A. *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000, s. 103-104

66 Öktem, *Hukuksal Pozitivizm*, s. 272

67 Özbilgen, Tanık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Derleri*, İÜHF yayını, İstanbul 1976, s. 112



etik ile uyum içinde olup olmadığı sosyolojik pozitivism açısından önemli değildir<sup>68</sup>.

Sosyolojik pozitivism içinde sayabileceğimiz F. Le Play, ankete dayalı soruşturma yöntemiyle sosyal olguların araştırılmasına taraf olmuş ve ortaya çıkan halk eğilimlerinin mekanik bir biçimde hukuksal alana taşınmasını savunmuştur<sup>69</sup>. Yine Auguste Comte, “üç hal yasası”nda insanlığın son düşünüş evresi olan pozitivist yaklaşımıyla etik alanı devre dışı bırakmıştır. Comte, insanlığın teolojik ve metafizik çağdan sonra pozitivist çağa ulaştığını ve artık onun yönteminin pozitivist mantık olması gerektiğini savunmuştur<sup>70</sup>. Dolayısıyla Comte’ta etik ve doğal hukuk metafizik karakter taşıdıkları gerekçesiyle hukuk alanı dışına itilmiştir<sup>71</sup>. Comte, sosyal düzenle doğal düzenin aynı yasalara tabi olduğunu, ancak sosyal düzenin eylemsellik kazanabilmesi için insan karışmasına gereksinim duyduğunu söyler. Sosyal düzen açısından insan iradesinin rolü, onu yeniden kurgulamak değil, ona eylemsellik kazandırmaktır. Böylece Comte’ta sosyal düzen insan iradesinden bağımsız olarak varlığını sürdürmektedir<sup>72</sup>. Bu yaklaşımıyla Comte, hukukta iradeciliğin sınırlı olduğunu göstermektedir. İnsan iradesine düşen, sosyal realitedeki hukuksal fenomenleri formüle etmektir. Hukukta iradenin yerine daha çok sosyal realitelere yer verilmesini savunan Comte, Fransız Devriminin doğal haklar teorisine dayalı ayrıntılı yasa yapma girişimlerini eleştirmiştir<sup>73</sup>.

E. Durkheim de hukuku toplumsal gerçeklik içinde görmek istemiştir. Durkheim’de hukukun dayandığı sosyal olgu, dayanışmadır. Mekanik ve organik olmak üzere iki tür dayanışmadan söz edebiliriz. Toplum üyelerinin birbirine olan benzeyişinden kaynaklanan mekanik dayanışma kolektif bilincin bir ürünüdür. İlkel toplumların temel karakteristiğini belirleyen mekanik dayanışmada benzerliği ve kolektif bilinci bozan eylemler sert bir biçimde yaptırımlandırılır. Mekanik dayanışmanın ihlali, ceza hukukunu doğurur. Mekanik dayanışmadan kaynaklanan hukukun temel özelliği, bastırıcı “repressive” olmasıdır. Organik dayanışma, daha çok işbölümünün geliştiği toplumlarda egemendir. Bu dayanışmanın ihlali, iadevi (restutive) hukuku

68 Aral, *Hukuk Felsefesinin*, s. 143

69 Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 25-28

70 Bruhl, s. 27 vd.

71 Bkz. Friedmann, s. 163 vd

72 Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 28

73 Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, AÜHF yayını, Ankara 1963, s. 100

(özel hukuku) doğurur<sup>74</sup>. Yine Sosyolojik pozitvizmin önemli bir ismi Duguit de hukuku dayanışma olgusuna bağlar. Ancak Duguit, Durkheim'im kolektif bilincini metafizik olduğu gerekçesiyle redderek dayanışmayı ampirik bağlamında ele alır. Duguit'te dayanışma, insanlar arasındaki gözlenebilen karşılıklı bağlılıktır. Duguit'e göre, sosyal bağlılıkların bilimsel olarak ortaya konulması, eski zamanlardaki adalet kavramına ilişkin metafizik ve spekülatif tartışmaları bir tarafa itmiştir. Duguit açısından bu durum, gözlenebilen olguların ideolojilerin yerini aldığını gösterecek güçtedir<sup>75</sup>.

Yasa, kural ve adalet gibi hukuksal tanımlamalar bir topluluk içinde ya da bir toplumsal ortamda anlamlı olan kavramlardır. Bir devlet organizasyonunun henüz ortada olmadığı ilkel koşullarda bile, her tekil topluluk veya kabile kendine özgü kurallara sahiptir. Toplumsal kontrol, böyle toplumlarda hukukun etkinliğini sağlar<sup>76</sup>. Bu, devlet iradesinden bağımsız olarak gelişen hukuksal yapıların olduğunu gösterir. Hukukun toplumsal gerçekliğine işaret etmesi bakımından hukuk sosyolojisi, hukuk bilimi (jurisprudence) açısından olumlu verileri taşımaktadır. Ancak, sosyolojik pozitvizmin yaptığı gibi, kültürel olarak yaşanan toplumsal olguları ve gerçekliği mekanik olarak bir hukuksal değer olarak yansıtmak doğru değildir. Örneğin, kadın erkek eşitsizliğinin olduğu verili bir toplumsal ortamda, cinsiyet eşitsizliğini haklılaştıran hukuksal formülasyonları yasa olarak belirlemek doğal olarak olumlu bir sonuç vermeyecektir. Hukuksal gerçekliği yansıtan toplumsal olguların, etik ilkeler ve evrensel hukuk nosyonu açısından yeniden üretilmesi gerekir. Böyle bir zorunluluk, iktidarı toplumsal gerçeklikten uzaklaştırırsa bile, hümanizma ve insan onuru bakımından yararlı olacaktır. Bu tartışma, demokrasi ile etik değerlerin sınırlarının belirlenmesi bağlamında hukuk ve etik bilimcileri için sürdürülebilir bir niteliktedir.

---

<sup>74</sup> Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 125-126; Topçuoğlu, s. 105; Schwartz, Richard D., Miller, James, C., "Legal Evolution and Societal Complexity", *The Social Organization of Law*, ed. by Ronald Black and Mauren Mileski, New York Seminar Press, 1973, s. 380; Friedmann, s. 164

<sup>75</sup> Friedmann, s. 164

<sup>76</sup> Bkz. Özcan, s. 45-80

# SUÇTA TEKERRÜR

*İlhan ÜZÜLMEZ\**

## GİRİŞ

Bilindiği üzere, ceza, suçlunun kanunun yasakladığı bir hususa karşı itaatsizliği dolayısıyla çektirilen bir yaptırım olma niteliği taşımaktadır. Söz konusu yaptırım, suçun ağırlığı ve suçlunun kusurluluğu ile orantılı olmaktadır. Suçun ağırlığı, korunan hukuki yararın önemine ve toplumda meydana getirdiği infiale göre, diğer bir ifadeyle toplumun suça karşı gösterdiği tepkiye göre belirlenmektedir. Cezalandırmayla ise, toplumun ve mağdurun tatmin edilmesinin yanı sıra, suçlunun ıslahı, suçların azaltılması ve ceza kanunlarına riayetin mümkün olduğunca sağlanması ön planda tutulmaktadır. Bunun yanı sıra, ceza tayini sırasında dikkate alınması gereken yaş küçüklüğü, akli durum, hafifletici sebepler ve tekerrür (TCK. m. 29/V) gibi başkaca kriterler de bulunmaktadır.

İşte bu çalışmada, cezanın belirlenmesinde cezayı artırıcı bir hal olarak göz önünde tutulan ve daha önce bir suçtan mahkum olmuş bir kişinin, belli süreler içinde yeni bir suç işlemesini ifade eden tekerrür kurumu incelenecektir. Tekerrür, gerek ilk defa suç işleyen bir kişinin ikincisini işlemesini engellemek, gerekse tehlikeli suçlulara karşı toplumu korumak amacı taşıması bakımından önemli olup TCK.'nun I inci kitabının 8 inci babında 81-88 inci maddeler arasında "Cürümde Tekerrür" başlığı ile yer almıştır.

## I- Tekerrürün Tanımı ve Hukuki Niteliği

### A- Tanımı

Tekerrür, kelime olarak Arapça kökenli olup, Türkçe'ye "tekrarlama, yinleme" olarak çevrilmiştir<sup>1</sup>. Hukukî terim olarak tekerrür, bir kişinin işle-

---

\* C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Araştırma Görevlisi,

<sup>1</sup> Zeki Hafizoğulları, *Cezanın Tayin Edilmesi, İn: (Ceza Hukuku El Kitabı)*, İstanbul 1989, I. B., s. 478; Nuh Tekin, "Tekerrür", AD., 1986/1 s. 45

diği suçtan mahkûm olduktan sonra yeni bir veya daha fazla suç işlemesi<sup>2</sup> veya önceki suçundan dolayı gerçekleşen cezalandırmadan sonra, yeni bir suç işlemesi durumu olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Farklı bir tanımlamayla tekerrür, daha önce işlenen aynı veya aynı türden suçun cezasının af , kısmi veya tam infaz yoluyla düşmesinden sonra, aynı veya aynı türden suçun işlenmesidir<sup>4</sup>.

Hukukumuzda genel olarak, TCK.'nun getirmiş olduğu düzenleme göz önüne alınarak tekerrürün tanımı yapılmıştır. Buna göre; tekerrür, bir kimsenin daha evvel işlediği suçtan dolayı kesin surette mahkûm olduktan sonra, cezasını çektiği yahut cezasının düştüğü tarihten itibaren kanunen belirli olan süre içinde yeniden suç işlemesidir<sup>5</sup>. Ancak, doktrinde tekerrür için farklı tanım yapan yazarlar da vardır. Örneğin, 'tekerrür, bir kimsenin bir suçtan dolayı kesin surette mahkûm olduktan sonra yeni bir suç işlemesidir' şeklindeki tanım bunlardan biridir<sup>6</sup>.

Netice itibariyle tekerrür, bir kimsenin bir suçtan dolayı kesin surette mahkûm olup, bu mahkûmiyetten veya bu mahkûmiyet sonucu gerçekleşen cezalandırmadan- kısmî veya tam infazdan- yahut da bu cezanın düşmesinden sonra, kanunda öngörülen süreler içinde yeniden bir suç işlemesi olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>.

### B- Hukukî Niteliği

Tekerrür fiile yönelik bir hal olmadığı gibi, ikinci suçun ağırlaştırıcı sebebi de değildir. Sadece, ikinci suçun cezasının ağırlaştırılması neticesini doğuran, failin şahsına bağlı<sup>8</sup>; diğer bir deyişle, ceza tayini sırasında dikkate

2 **Türk Hukuk Lügati**, TDK. 3. B. 1991, s. 331; Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. III, 11. B., İstanbul 1994, s. 125; Faruk Erem-Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku, -Genel Hükümler-**, C. II, 14. B., Ankara 1997, s. 618.

3 Oscar Wyss, **Der Rückfall in den Kantonalen Strafgesetzbüchern und in den Vorentwürfen zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch**, Dissertation, Bern 1927, s. 25

4 Franz V. Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 7. Auflage, Berlin 1896, s. 227; Wyss, s. 25

5 Bahir Verdi, "Tekerrürü Cürüm I", İÜHF.M., S. VI, Sayı 39, İstanbul, s. 65; Bahri Öztürk, **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 3. B. Ankara 1994, s. 285; Tahir Taner, **Ceza Hukuku, -Umumi Kısım-**, 3. B., İstanbul 1953, s. 484

6 Dönmezer-Erman, C. III, s.125; Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, C. III, 2. B. 1992, s. 644; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 618

7 İlhan Üzülmöz, **Türk Hukukunda Tekerrür**, İstanbul 1997, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 5

8 Taner, s. 485

alınacak cezayı ağırlaştırıcı özel bir unsurdur. Tekerrür kusurluluğu artıran bir sebeptir; zira failin yeniden suç işlemesi, önceki mahkûmiyetten ve çekmiş olduğu cezadan uslanmadığını, suç işlemekteki inat ve ısrarını, ahlâkî düşkünlüğünün fazlalığını göstermektedir. Bu nedenle, tekerrürden dolayı verilen ceza gerçek kusur cezasıdır<sup>9</sup>. Ancak buradaki kusurluluk, tekerrüre vücut veren fiilin işlendiği sırada failde bulunması gereken ve suçun unsurlarından birini teşkil eden kusurluluk değildir. Failin sürdürdüğü yaşam tarzı itibarıyla var olan kusurluluktur. Zira o, daha önce bir suçtan mahkûm olduğu halde, suç işleme ısrarını sürdürmüş, önceki mahkûmiyetin uyarıcı ihtarından ve cezalandırmanın husule getirdiği acı ve ıstıraptan ders almadığını, dolayısıyla ıslah olmaz bir kişiliğe sahip olduğunu göstermiştir.

Tekerrürün şartlarının gerçekleştiği her durumda ceza zorunlu olarak artırılmaktadır (TCK. m. 81/I-II). Bu nedenle tekerrür, kanunî ve genel bir artırma nedenidir (TCK. m. 29/V); şahsî veya fiilî şiddet sebeplerinden ayırt edilmelidir. Tekerrür, fiilî şiddet sebeplerinden, fiil ile değil suçlu ile ilgili olması bakımından ve şahsî şiddet sebeplerinden de genel oluşu bakımından ayrılmaktadır. Ayrıca tekerrür, suçun değil cezanın bir çeşit şiddet sebebi-dir<sup>10</sup> ve yeni suçun hukukî niteliğini değiştirmez, sadece cezanın ağırlaşması sonucunu doğurur<sup>11</sup>.

Bunun yanı sıra, çağdaş ceza hukuklarında fiilden başka fail de cezalandırmanın konusunu oluşturmakta ve böylece failin kişiliği dikkate alınarak, yaptırımın bireyselleştirilmesini sağlayabilmek amacı ile seçimlik cezalar öngörülmektedir<sup>12</sup>. İşte, suç politikasının gereği olan bu seçimlik cezalardan birisi de tekerrürdür denilebilir.

## II- Tekerrürün Şartları

### A- Genel Olarak

Tekerrürün genel uygulanabilme şartları TCK.'nun 81-88 inci maddelerinde gösterilmiştir. Bu çerçevede tekerrürün kurucu unsurları ise, yani tekerrürün kabul edilebilmesi için gerekli şartlar, kanunun 81 inci maddesinde yer almaktadır. Ancak, tekerrürün uygulanabilme şartlarının kabul edilen

---

<sup>9</sup> Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht*, 4. Auflage, Karlsruhe 1971 s. 856; Taner, s. 485

<sup>10</sup> Faruk Erem, "Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki", AÜHF.M., 1945/2-3, C. II, s.193-194

<sup>11</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi -Genel Hükümler-*, C. I, Ankara 1993, s. 740

<sup>12</sup> Kayıhan İçel-Suheyil Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, İstanbul 1989, s. 4

tekerrür sistemine veya çeşidine göre değiştiğini de belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle, tekerrür uygulamasında, gerçek-mefruz tekerrür, genel-özel tekerrür, süreli-süresiz tekerrür ve milli-milletlerarası tekerrür gibi sistemler belirleyici olmaktadır<sup>13</sup>. Kanunumuzda, genel-özel tekerrür ayrımı açısından karma bir sistem benimsenmiş ve bu iki sistemin belli şartlar altında birlikte uygulanabileceği kabul edilmiştir (bkz: TCK. m. 81/I-II). Süreli-süresiz tekerrür bakımından süreli tekerrür; milli-milletlerarası tekerrür bakımından karma bir sistem, gerçek-mefruz tekerrür açısından ise mefruz tekerrür sistemi uygun görülmüştür. Hemen belirtelim ki, bu sistemlerin bir arada uygulanabilmesi mümkündür. Nitekim, TCK.'nun kabul ettiği yöntem de budur.

Gerçekten, TCK.'nun 81 inci maddesinde, genel ve özel tekerrürden başka, süreli ve mefruz tekerrür sistemlerine ilişkin düzenlemeler de yer almıştır. Başkaca, 87 nci maddenin I inci fıkrasının 4 üncü bendinde öngörülen istisnalar dışında, milli tekerrür sistemini kabul edilmiştir. Bu nedenle, tekerrürün şartları incelenirken tekerrür sistemlerinden birinin esas alınması ve diğerlerinin bununla birlikte incelenmesi daha yerinde olacaktır. Kaldı ki, tekerrürü sistemler şeklinde gruplandırırken kullanılan kriterlerden bazıları, hukukumuzda olduğu gibi, tekerrürün şartları olarak da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, tekerrürün uygulanabilmesi için önceki mahkûmiyet ile yeni suç arasında bulunması gerekli olan süreler, tekerrürün bir şartı olduğu gibi aynı zamanda “süreli tekerrür” sisteminin kabul edildiğini göstermektedir. Bu nedenle, konu genel tekerrür, özel tekerrür ve ağırlaştırılmış özel tekerrür ayrımına göre incelenecek ve zorunlu olarak diğer tekerrür çeşitlerine de değinilecektir.

### **B- Genel Tekerrürün Şartları**

Genel tekerrürün şartları TCK. m. 81/I'de, “ Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir *mahkûmiyete uğradıktan* sonra cezasını çektiği veya düştüğü tarihten itibaren *on sene* ve diğer cezalarda *beş sene* içinde *başka bir suç daha işlerse....*” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, genel tekerrürün şartlarından ilki, failin daha önce mahkûm olmasıdır (önceki mahkûmiyet şartı). Diğerleri ise, bu ilk mahkûmiyetten itibaren belli bir süre geçmeden (süre şartı) ikinci suçun işlenmesidir (ikinci bir suçun işlenmesi şartı).

---

<sup>13</sup> Sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Erem- Danışman- Artuk, , s. 645 vd.

### 1- Failin Daha Önce Mahkûm Olması

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için failin daha önce mahkûm olması gerekli ve yeterlidir<sup>14</sup>. Şu halde birinci şart, daha önce bir mahkûmiyetin varlığıdır ve bu şarttan anlaşılması gereken, ilk mahkûmiyetin kesinleşmiş olmasından sonra yeni bir suçun işlenmesidir<sup>15</sup>. TCK. kaynak kanunda olduğu gibi, failin daha önce mahkûm olmasını tekerrürün uygulanabilmesi için yeterli saymış, bu mahkûmiyetin gereği olan cezanın çekilmesini şart koşmamıştır<sup>16</sup>. Ancak, bu husus doktrinde ve uygulamada ittifakla kabul edilmiş değildir. Doktrinde bir kısım yazar<sup>17</sup> ve uygulamada Yargıtay<sup>18</sup>, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin daha önce mahkûm olmasını yeterli görmemekte, bu mahkûmiyetin gereği olan cezanın çekilmiş olmasını aramaktadır<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> A. Önder, s. 649

<sup>15</sup> Majno, **Ceza Kanunu Şerhi- Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, C. I, Ankara 1977, s. 441; Verdi, s.73

<sup>16</sup> Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. III, 11. B., İstanbul 1994, s.150; Verdi, s. 71, 73

<sup>17</sup> Taner, s. 493-495; Tekin, s. 50; Reşat D. Tesal, **Ceza Hukukunun ve Ceza Muhakemesi Hukukunun Esasları ve İktisadi, Ticari, Mali Suçlar**, İstanbul 1966, s. 59; Bahri Öztürk, **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 3. B., Ankara 1994, s.287; Şefik Simav, "TCK'da Tekerrür", AD. 1945/12 s. 1309-1321; Şefik Simav, "Müeccel Cezalarda ( İctima ve Tekerrür) Hakkında T.M. Ceza ve Tevhidi İctihat Heyeti Umumiyelerinden Çıkan İki Karar Üzerine Bazı Düşünceler", AD. 1943/12, s. 1048-1051; Hadi Tan, "Yine Tekerrür Meselesi", AD. 1945/8, s. 775-777, Hadi Tan, "Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Cezanın Çekilmiş Olması Şarttır", AD. 1945/4, s. 336-345; Reşad Bayramoğlu, "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır, Değil midir?", AD. 1944/12 s. 1002-1008; Ziya Diril, "Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Tekerrüre Esas Tutulan Cezanın Çektirilmiş Olması Şart mıdır?", AD. 1945/3 s. 229-231; Hasan Karaok, **Teşebbüs, İştirak, İctima ve Tekerrür Hükümlerinin Tatbikati**, Elazığ 1952, s. 141 ve devamı; Nevzat Aygün, "TCK'da Tekerrür (81-88) ve Tecil (89-95)", AD. 1987/6, s. 39-55; Haker, s. 1587; Çetin Ardalı, "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değil mi?" AD. 1944/12, s. 1009-1013; Çetin Ardalı, **Müeccel Cezalarda İctima ve Tekerrür**, AD. 1944/6, s. 505-508; Çetin Ardalı, **Müeccel Cezalarda Tekerrür ve İctima Hakkında Bir Tavzif ve Bir Dilek**" AD. 1945/6, s. 577-582

<sup>18</sup> 4. C.D. 16.4.1954 5429/4379; Nejat Öztürk, **Türk Ceza Kanunu 'erhi ve Tatbikati**, C.I Ankara 1966, s. 282); 6. CD. 10.11.1983 7451/8410; M. Muhtar Çağlayan, **En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İctihath Türk Ceza Kanunu**, Ankara Baskı yılı yok, 3. B., s.944

<sup>19</sup> Esasen, TCK.'nun getirmiş olduğu düzenleme, 1940 ve 1950' li yıllarda Türk doktrininde yoğun tartışmalara neden olmuştur. Tartışmanın temelini ise, 'tekerrür için infaz şart mıdır değil midir ?' meselesi oluşturmuştur. Yani kanunumuzun kabul ettiği sistemin ger-

TCK.'nun tekerrürü düzenleyen 81 inci maddesinin I inci fıkrası; "Bir kimse beş seneden ziyade bir mahkûmiyete uğradıktan sonra *cezasını çektiği veya ceza düştüğü* tarihten itibaren on sene, diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlerse" şeklindedir. Bu fıkra, kaynak kanunun I inci fıkrasına tamamen sadık kalınarak dilimize çevrilmiştir<sup>20</sup>. Şu halde, Türkiye'deki uygulamanın ve doktrin bir kısmının tekerrürü kaynak kanundan farklı anlamalarının sebebi, TCK.'nun kaynaktan ayrılmış olması değildir. Bu nedenle, ayrılığı metinde meydana getirilen bir fark olarak değil; aynı metne verilen değişik anlam olarak açıklamak gereklidir. Esasen, bu farklılığının 81 inci maddede yer alan, "*cezasını çektiği veya ceza düştüğü*" ifadesinden kaynaklandığı<sup>21</sup> ve bu ifadenin lafzıyla yetinilip mantıki yorumuna gidilmediği zaman, her iki görüşe de imkan tanır nitelikte olduğu görülmektedir<sup>22</sup>. Bu nedenle, tekerrürün uygulanabilirliği için mahkûmiyetin yeterli olup olmadığı hususunda varılacak sonucun, kanunda yer alan "*cezasını çektiği veya cezasının düştüğü*" ifadesine verilecek anlama bağlı olduğunu söylemek mümkündür<sup>23</sup>. Kanaatimizce, tekerrürün uygulanabilirliği için önceki mahkûmiyet yeterli görülmelidir. Zira, mahkûmiyeti yeterli gören bu anlayış tarzı, hem kaynak kanuna hem de tekerrür müessesesinin ihdas amacına daha uygundur.

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, önceki mahkûmiyetin bir takım özellikler taşıması gerekmektedir. Eğer önceki mahkûmiyet, kanunun aradığı niteliklere sahip değilse, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Öncelikle, bir mahkûmiyetin tekerrüre teşkil edebilmesi için kesinleşmiş olması gerekir. Bu nedenle, birinci mahkûmiyetin temyiz süresi içinde işlenen sonraki suçun cezasını tekerrürden dolayı artırımağa imkan yoktur<sup>24</sup>. Önceki suç hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşmeden yeniden suç işlenecek olursa, içtima kuralları uygulanacaktır<sup>25</sup>. Diğer taraftan, sonraki suç hükmüne bağlayacak hâkim, önceki mahkûmiyet kararının

---

çek tekerrür sistemi mi, yoksa mefruz tekerrür sistemi mi olduğu hususu uzun uzun tartışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Üzülmez, s. 92-110)

- 20 Dönmezer-Erman, C. III, s.151-152; Nurullah Kunter, "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir", AD. 1945/1, s. 7-8; Faruk Erem, "Tekerrürde Cezanın Çekilmesi Şart Değildir II", AD. 1945/5, s. 455
- 21 Dönmezer-Erman, C. III, s.151-152
- 22 Önder A., C. III, s. 649; Yavuz Fındıklı, "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş veya Düşmüş Olması Şart mıdır?", AD. 1945/3, s. 223
- 23 Dönmezer-Erman, C. III, s.152
- 24 Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 201
- 25 Dönmezer-Erman, C. III, s.159; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 657



yerindeliğini denetleyemez. Eski hüküm kesinleşmiş ise, hatalı olsa dahi yargıç dikkate almak zorundadır. Hata, muhakemenin iadesi yoluyla düzeltilmedikçe, hüküm kesin hüküm kuvvetinden faydalanır<sup>26</sup>.

Ayrıca, önceki mahkûmiyet bir ceza mahkûmiyeti değildir; mütemmim ve fer'î cezalar tekerrüre esas teşkil etmez. Eğer fail, gerek yaşının küçüklüğü gerekse akıl hastalığı nedeniyle bir cezaya mahkûm olmamış ve hakkında bir terbiye ve ıslah kurumuna konmak ( m. 53 ve 54. f. I<sup>27</sup>) veya hastaneye gönderilmek (m. 46) gibi bir tedbir uygulanmış ise mükerrir sayılmaz<sup>28</sup>. Zira, bu tür tedbirler özel nitelikte olan tedbirlerdir; yargıç tarafından karara bağlanmış olsalar bile mahkûmiyet hükmü sayılmazlar<sup>29</sup>.

Cezaî nitelikte olmayan mahkûmiyetler de bu tabirin içine girmez. Bu nedenle, özel hukuk çerçevesinde kalan mahkûmiyetler tekerrürde dikkate alınmazlar. Örneğin tazminat türünden para cezaları<sup>30</sup> Ceza Kanununun 11 inci maddesinde sayılan cezalardan olmadıkları ve ceza niteliği taşımadıkları için tekerrüre esas olamazlar. Yine, disiplin cezalarına mahkûmiyet de bu anlamda mahkûmiyet değildir. Disiplin cezalarından bazılarına karar verme görevi adlî makamlarda olsa dahi, bu kural kesindir<sup>31</sup>. Bu nedenle, CMUK.'nun 379 uncu maddesi uyarınca, mahkemeye karşı uygun olmayan fiil ve sözde bulunanlar hakkında hükmedilecek bir haftaya kadar hafif hapis

<sup>26</sup> Erem, TCK. Şerhi, C. I, s. 695

<sup>27</sup> TCK. 54. madde Çocuk Muhakemeleri Kanunu m. 12 ile düzenlendiğinden örtülü olarak yürürlükten kalkmıştır.

<sup>28</sup> Taner, s. 494; Dönmezer-Erman, C. III, s.158; Karaok, s.152; "Maznunun eski mahkûmiyetinde 54 ve 57. maddelerin tatbik edilmiş olduğu gözetilmeden bu mahkûmiyet sebebiyle cezanın 81. Madde ile artırılması yolsuzdur". (4.CD. 7.12.1955 1/265-260; Özütürk, s. 281); " Hapis cezası ile birlikte hükmolunan emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulma, TCK.nun 11. maddesine göre ceza değil, emniyet önlemlerinden ibaret bulunmasına göre, TCK.nun 81. maddesinin uygulanmaması, sanığa karşı temyiz olmadığından, bozma nedeni yapılmamıştır". 5. CD. 6.9.1982 3298/2877 (Çağlayan, s. 947); Aynı yönde bkz: 5. CD. 18.9.1987 7335/4608 (Erdurak, s. 188); YCGK. 6.5.1974 T., E: 137, K:137 (Kemalettin Alikashifoğlu-Engin Doğu, **Türk Ceza Kanunu ve Polis, Jandarma Mevzuatı**, İkinci Baskı, Ankara 1984, s. 83)

<sup>29</sup> Erem-Danişman-Artuk, C. II, s. 657

<sup>30</sup> "Tayin olunan cezanın tazmini para cezası niteliğinde olması nedeniyle TCK.nun 81. maddesi uyarınca tekerrür dolayısıyla artırım yapmanın mümkün olmadığı düşünülmemesi, kanuna aykırıdır". (7. CD. 1.12.1992- 5653/7030; Erhan Günay, **Cezada Tekerrür Uygulaması( Pratik)**, Ankara 1996, s.73)

<sup>31</sup> Erem-Danişman-Artuk, C. II, s. 656-657; Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 201; Dönmezer-Erman, C. III, s.158; Karaok, s.152

veya hafif para cezasına mahkûmiyet de 81 inci madde anlamında mahkûmiyet değildir<sup>32</sup>.

Önceki mahkûmiyetin sonucu olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı bir ceza, 647 sayılı CİHK.'nun 4 üncü maddesinin 2-5 inci bentlerinde yer alan tedbirlerden birine çevrilmişse, bu mahkûmiyet de yeni suçun cezalandırılmasında tekerrür uygulamasına neden olmaz. Gerçekten, sözü edilen maddenin 4 üncü fıkrasına göre, "uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükmüne göre çevrilen para cezası veya tedbirdir". Bu şekilde, cezası tedbire çevrilmiş olan mahkûm, artık hürriyeti bağlayıcı cezaya hüküm giymiş sayılamayacak, dolayısıyla tekerrürün birinci ve en önemli şartı gerçekleşmiş olmayacaktır<sup>33</sup>.

Önceki kesinleşmiş mahkûmiyet ortadan kalkmış ise, bunun tekerrürde dikkate alınıp alınmayacağını belirleyebilmek için ortadan kaldıran sebebi göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Kural olarak, mahkûmiyetin kanunî neticelerini ortadan kaldırmayan bir sebep, kesinleşmiş mahkûmiyetin tekerrüre esas olmasını engellemez. Buna karşın sadece mahkûmiyet değil, bunun bütün neticeleri de ortadan kalkıyorsa, işte o zaman böyle bir mahkûmiyet tekerrürde dikkate alınmaz<sup>34</sup>. Örneğin genel af, TCK.'nun 97 nci maddesi hükmü gereği kamu davasını ve hükmolunan bütün cezaları tüm neticeleri ile ortadan kaldırır. Şu halde, tekerrüre esas alınan önceki mahkûmiyet genel af kapsamına girmişse, sabıka ortadan kalkmış sayılacağından yeni suç için verilen cezada tekerrür uygulaması yapılamaz. Genel af yasasının yayınlanmasından önce infaz edilmiş mahkûmiyetler de af kapsamına girer ve tekerrüre esas teşkil etmez<sup>35</sup>. Buna karşın, TCK.'nun 98 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan özel afta mahkûmiyet olduğu gibi kalır. Diğer deyişle özel aftan sadece ceza etkilenir (ya azalır ya değişir ya da tamamen

32 Dönmezer-Erman, C. III, s.158

33 Dönmezer-Erman, C. III, s.158

34 Dönmezer-Erman, C. III, s.159; Önder A., C. III, s. 655

35 Günay, s. 69; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 658; Dönmezer-Erman, C. III, s.160; Öztürk, s. 289;

35 Dönmezer-Erman, C. III, s.159

35 Günay, s. 69; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 658; Dönmezer-Erman, C. III, s.160; Öztürk, s. 289; Taner, s. 495; Sırrı Uzunhasanoğlu, **Tekerrür ve İlgili Af, Adli Sicil, Sabıka, Eşkal ve Hüviyeti Tespit Müesseseleri**, Ankara 1961, s.19-20; Majno, s.442; "Umumi af, taalluk ettiği fiil ve cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldıracığı cihetle Af kanununun neşrinden evvel infaz edilmiş olmakla beraber bu kanunun şümulüne giren ceza mahkûmiyetlerinin tekerrüre esas tutulamayacağına karar verilmiştir." (İBK. 7.2.1936 116/3; Erdurak, s.185); Aynı yönde bkz: 6. CD. 6.8.1975 3693/3663 (Selami Akdağ, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara 1976, s.151)

kalkar)<sup>36</sup> ve kanunda aksi yazılı olmadıkça da, fer'î ve tamamlayıcı cezalar etkilenmez<sup>37</sup>. Öyleyse, özel afta mahkûmiyet baki kalır ve tekrar suç işlendiğinde tekerrür uygulamasına neden olur. Hatta, bir mahkûmiyetin cezası özel af ile tamamen kaldırılrsa dahi, bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkmadığından tekerrür uygulamasına neden olacaktır<sup>38</sup>. Ancak özel af uygulamasında TCK. 88. madde dikkate alınmalıdır<sup>39</sup>.

Takibi şikayete bağlı suçlarda şikayetçinin şikayetinden vazgeçmesi kamu davasını düşürür<sup>40</sup>. Ancak, şikayetten vazgeçme kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür<sup>41</sup>. Bu nedenle, kanunda aksi yazılı olmadıkça<sup>42</sup> hüküm kesinleştikten sonra yapılan vazgeçme etkisizdir ve kesinleşmeden sonra işlenecek yeni suçta tekerrür hükümleri uygulanır.

Ön ödeme TCK.'nun 119 uncu maddesine göre, kamu davasını düşüren, hazırlıkta takipsizlik kararı verilmesini sağlayan<sup>43</sup> sebeplerdendir ve ancak

<sup>36</sup> Erem-Danişman-Artuk, C. II, s. 658

<sup>37</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.160

<sup>38</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.160; " Özel af, umumi afta olduğu gibi ceza mahkûmiyetini bütün neticeleriyle ortadan kaldırmayıp, mahkûmiyeti olduğu gibi bırakır. Ve ancak sözü edilen maddelerde olduğu gibi cezayı azaltır veya değiştirir veya kaldırır. Bu itibarla özel aflarda mahkûmiyet baki kaldığından 81. maddede yazılı süreler içinde tekrar suç işlendiğinde bu mahkûmiyetler tekerrüre esas tutulur ve tekerrür hükümlerinin uygulanmasında özel af kanununun uygulanmasından sonra geri kalan ceza değil uygulanmasından önce hükmedilmiş bulunan ceza miktarının nazara alınması gerekir". (1.CD. 13.12.1962 2596/3053; Özlütürk, s.276)

<sup>39</sup> Aygün, s. 41

<sup>40</sup> Erem-Danişman-Artuk, C. II, s. 660

<sup>41</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.160

<sup>42</sup> Örneğin; zina suçunda şikayetten vazgeçme hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunur (TCK. 444). Maddenin başlığı davadan vazgeçmedir. Başlıktan da anlaşıldığı gibi, burada şikayetten vazgeçme sadece cezayı etkileyen, yalnız cezanın çekilmemesini gerektiren bir sebep olmayıp, yine de davayı tesir eden, davanın düşmesini gerektiren sebep olduğu için, zina suçlarında hüküm kesinleştikten sonra gerçekleşen vazgeçmenin mahkûmiyeti ortadan kaldıracağını ve artık böyle bir mahkûmiyetin tekerrüre esas oluşturmayacağını kabul etmek gereklidir. (Geniş bilgi için bkz. Dönmezer-Erman, C. III, s.160-161; Erem-Danişman-Artuk, C. II, s.659) "İlk zina suçundan mahkûmiyet kararı verildikten sonra müştekinin karısı hakkındaki davasından vazgeçmiş olmasına ve bu vazgeçmenin şerikine de sirayet edeceği kanun hükümleri icabından bulunmasına ve bu sebeple ortada bir mahkûmiyet bulunmadığını kabul zaruri olup, şerik hakkındaki ilk hükmün buna rağmen infaz edilmiş olması aleyhe olarak bu kere tekerrür hükümlerinin tatbikini icabettirmeyeceğine göre, bu cihet nazara alınmadan cezanın 81. madde ile artırılması yolsuzdur". ( 4. CD. 13.11.1954 8936/1225; Özlütürk, s. 282)

<sup>43</sup> Günay, s.79

duruşmadan önce yapılabilir<sup>44</sup>. Davanın ön ödeme ile düşmesi halinde, esasen ortada tekerrüre esas teşkil edebilecek bir mahkûmiyetten de söz edilemeyecektir<sup>45</sup>.

Tekerrürün, TCK.'nun 94 ve 95 inci maddelerinde düzenlenen cezaların tecili kurumuyla da yakın ilişkisi vardır. Kanunun 95 inci maddesine göre, belirli deneme dönemleri ikinci mahkûmiyet meydana gelmeksizin geçirildiği takdirde, cezası ertelenmiş olan önceki mahkûmiyet esasen gerçekleşmemiş sayılır. Aksi halde, yani sözü edilen deneme süreleri içinde yeni bir mahkûmiyet gerçekleşir ise, ertelenmiş olan ceza infaz edildiği gibi, ayrıca 94 üncü maddede yazılı olduğu üzere yeni mahkûmiyetin cezası tekerrür sebebiyle artırılır<sup>46</sup>. Bu sonuca göre, ertelenmiş mahkûmiyet gerçekleşmemiş sayılacağı güne kadar tekerrüre temel teşkil eder<sup>47</sup>.

Ceza zamanaşımı (TCK. m. 112) cezayı düşürür; ancak, cezayı da içeren mahkûmiyet baki kalır. Bu nedenle, ceza, zamanaşımı ile düşmüş olsa bile, mahkûmiyet tekerrür için geçerliliğini korur<sup>48</sup>. Zaten, TCK.'nun 81 inci maddesinde sözü geçen düşme sebeplerinden birisi ceza zamanaşımı, diğeri özel aftır. Tekerrür bakımından bu iki kurum dışında düşme sebebi yoktur<sup>49</sup>. Diğer taraftan, tekerrüre esas tutulan önceki mahkûmiyet, yasa gereği kesin ise veya temyiz edilebilirlik niteliği yoksa, artık yeni suç için cezaya hükme-

44 Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 660

45 Dönmezer-Erman, C. III, s.161; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 660; Önder A., C. III, s. 655; "Sanığın TCK.nun 526. maddesi uyarınca hükümlendirilmesi istemiyle açılan kamu davasında eylemin 1705 SK. na uygun olması nedeniyle TCK.nun 119. maddesi gereğince ön ödemenin tebliğ edildiği ve ödeme nedeniyle kamu davasının ortadan kaldırıldığı ve kabahat nev'inden olan TCK.nun 526. maddesine ilişkin diğer mahkûmiyetinin de tekerrüre esas alınamayacağı nazara alınmadan 1705 Sayılı Kanunun 6/2. maddesi gereğince cezanın artırılması kanuna aykırıdır". ( 7. CD. 6.2.1992- 11669/662; Günay, s. 79)

46 Dönmezer-Erman, C. III, s.161; Kanunun bu açık hükmüne rağmen, uygulamada, önceki cezanın infaz edilmediği gerekçesiyle deneme süresi içinde işlenen yeni suçta tekerrür uygulaması yapılmamaktadır. Bu da gösteriyor ki, kanunumuzun kabul ettiği sistem mahkûmiyeti yeterli gören "mefruz tekerrür" sistemidir. "TCK. nun doksan dördüncü maddesindeki kaydın ilişkili olduğu tekerrür koşulları seksen birinci maddedeki cezanın çektirilmesi veya düşmesi hallerinin gerçekleşmesi ile açıklanabilir. Cezanın çektirilmesi hali ertelenmiş cezada gerçekleşmeyeceğinden tekerrür hükümlerinin uygulanmasında ertelenmiş cezalar dayanak olamaz". İBK. 20.05.1942, E. 1939/31, K. 1983/8913 (Kayıhan İçel-Feridun Yenisey, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 4. B., İstanbul 1994, s. 442

47 Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 660

48 Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 660

49 Taner, s. 495

dilirken tekerrürden dolayı artırım yapılamaz<sup>50</sup>. Kesin hükme ilişkin düzenleme CMUK.'nun 305 inci maddesinde yer almaktadır ve bu hüküm, "...

1- İki milyon liraya kadar (iki milyon dahil) para cezalarına dair olan hükümler,

2- Bu kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler, temyiz olunamaz.

Bu surette verilen hükümler tekerrüre esas olmaz. Ancak haklarında 343. madde hükümleri dairesinde Yargıtay'a başvurulabilir" şeklindedir. Kesin hüküm olma niteliği taşıyan bu tür hükümler tekerrüre esas alınamaz.

Önceki mahkûmiyete neden olan suç, sonradan yayınlanan bir kanun ile ortadan kaldırılmış olabilir. Kesin hükümden sonra çıkan bir kanun, suç sayılan bir fiili suç olmaktan çıkarmış ise, TCK.'nun 2 nci madde hükmü gereği mahkûmiyet hükmü kendiliğinden kalkar<sup>51</sup>. Suçlu bundan sonra yeni bir suç işlemiş olsa dahi, önceki mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden mükerrir sayılamaz<sup>52</sup>.

Bu arada şunu da belirtelim ki; failin tekerrüre esas alınacak mahkûmiyetinin olup olmadığı adli sicilden öğrenilebilir. Ayrıca, 3682 sayılı Adli Sicil Kanununun 8 inci maddesine göre belli şartlarla mahkûmiyet hükümlerini adli sicilden silinmektedir<sup>53</sup>. Bu nedenle, Adli Sicil Kanunu 8 inci maddenin kapsamına girip silinme kabiliyeti kazanmış olan bir mahkûmiyet halen sabıka kaydında gözükmese de tekerrürde dikkate alınmaz<sup>54</sup>. Sonuç ola-

50 Dönmezer-Erman, s.170; Günay, s.71; Öztürk, s.289; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 666; "Sanığın sabıkasına esas olan Ağır Ceza Mahkemesinin 27.12.1984 günlü ilamında para cezasına mahkûm edilmiş olmasına ve CMUK. nun 305. maddesi gereği bu ağır para cezasının temyizi kabil olmadığı ve tekerrüre de esas teşkil edemeyeceği nazara alınmadan hakkında TCK. nun 81. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir". (5.CD. 5.10.1987 8055/5085; Erdurak, s.189); Aynı yönde bkz: 10.CD. 23.12.1992- 12740/13457 (Günay, s. 73)

51 Karaok, s. 153; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 659; Günay, s.74; Verdi,Tekerrür I, s.74

52 Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 659; Günay, s. 74; "Tekerrüre esas tutulan ve sanığın mahkûmiyetine dair 2279 sayılı Ödünç Para Verme Kanununun tümü 30.9.1983 gün ve 90 sayılı KHK. nin 16. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunmasına ve TCK.nun 2/2. maddesinin açıklığı karşısında sanık yararına olarak TCK. nun 81/1. maddesinin uygulama yeri bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde cezasından artırım yapılması, kanuna aykırıdır". (5. CD. 22.5.1986- 7126/2585; Günay, s.74)

53 Hangi sabıka kayıtlarının hangi süre geçtikten sonra silineceği hakkında Önder A., C. III, s. 830-835; Dönmezer-Erman, C. III, s.163-166; Öztürk, s. 291 bakılabilir.

54 Günay, s. 74; "Sanığın Konya 1. Asliye Ceza Mahkemesince verilen mahkûmiyetinin 31.4.1994 de infaz edildiği bu tarihten itibaren 1 yıl geçtikten sonra 16.4.1995 de sarhoşluk suçunu işlediği, bu nedenle silinme koşulları olduğundan tekerrür hükümlerinin

rak diyebiliriz ki, tekerrürde dikkate alınacak alınan önceki mahkûmiyetin kesinleşmiş, ortadan kalmamış-hukuken varlığını sürdüren- bir cezai mahkûmiyet olması gerekmektedir.

## 2- Yeni Bir Suç İşlenmesi

Tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren ve tekerrür sebebiyle artırılabilecek olan ceza, yeni suça verilecek ceza olduğundan<sup>55</sup>; tekerrürün ikinci şartı, belli süre içinde yeniden bir suç işlenmiş olmasıdır<sup>56</sup>. TCK. 81 inci maddede, “*bir mahkûmiyete uğradıktan sonra.... başka bir suç daha işlemek*” şeklinde ifade edilen bu şarttan, sonraki suçun (*tekerrürden dolayı cezası artırılabilecek olan suç*) önceki suçtan (*tekerrüre esas tutulacak mahkûmiyetin konusunu teşkil eden suç*) sonra işlenmiş olması gerektiği anlaşılır<sup>57</sup>.

Kanunumuz tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki suç ile sonraki suç arasında benzerlik aramayı, genel tekerrür sistemini benimsemiştir. Aynı cinsten olma ilişkisinin varlığını ise ayrı bir düzenleme ile özel tekerrür olarak kabul etmiştir<sup>58</sup>. Diğer bir ifadeyle, Kanunumuzun sisteminde tekerrür genel bir kurum olduğundan yeni suçun nevi ve niteliği esas itibarıyla önemli değildir; ancak her iki suç aynı neviden olduğu takdirde, artık genel tekerrür değil, özel tekerrüre ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>59</sup>.

TCK.’da tekerrür bütün suçlar için kabul edilmiş olmakla birlikte<sup>60</sup>; daha önce mahkûm olunan suçla sonraki suçun arasında belli niteliklerin varlığı aranmış ve hangi hallerde tekerrür hükümlerinin işlemeyeceği gösterilmiştir<sup>61</sup>. Gerçekten, önceki mahkûmiyete konu olan suçla, yeni işlenen suç arasında 87 inci maddede gösterilen istisnai nitelikteki ilişki var ise tekerrür hükümleri uygulanamaz<sup>62</sup>. TCK. 87’inci maddede dört bent halinde öngörülen bu esaslar, tekerrür hakkındaki diğer hükümler gibi genel hükümlerdir. Bu nedenle, aksine hüküm bulunmayan hallerde özel kanunların konu-

---

uygulanması yasaya aykırıdır”. (2. CD. 27.6.1996- 6536/7357; Günay, s.75); Aynı yönde bkz: 2. CD. 11.9.1991- 8297/9106 (Günay, s.75).

55 Dönmezer-Erman, C. III, s.166; Önder A., C. III, s. 657

56 Önder A., s.657

57 Erem, Kanun Hükümlerinin, s.207;

58 Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 666; Önder A., C. III, s. 657

59 Dönmezer-Erman, C. III, s.166

60 Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 666

61 Önder A., s.658

62 Dönmezer-Erman, C. III, s.167

suna dahil olan tekerrür durumlarında da uygulanır<sup>63</sup>. Şimdi sırasıyla bu halleri inceleyelim:

**-Kabahat-cürüm:** TCK. m. 87/1 hükmüne göre, “Kabahat fiilinden dolayı sadır olan hükümler bir cürüm vukuunda ve cürme müteallik hükümler kabahat vukuunda;... tekerrüre esas olamaz”. Bu ilk istisnada, kabahatlerle cürümler arasında tekerrür hükümlerinin işlemeyeceği öngörülmüştür<sup>64</sup>. Böylelikle kanunumuzda, cürümlerin ve kabahatlerin kendi aralarında<sup>65</sup> tekerrüre esas olabileceği kabul edilmiş; fakat, birinci suç kabahat ikincisi cürümse veya birinci suç cürüm, ikincisi kabahatse, yeni suçun cezasının tekerrürden dolayı artırılması kabul edilmemiştir<sup>66</sup>.

**-Kasıtlı-taksirli cürümler:** TCK. m. 87/2 hükmüne göre, “Tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve meslek ve sanatın icrası hususunda tecrübesizlik ve emirlerle nizamla riayetsizlik neticesi olarak işlenen cürümler diğer cürümler karşısında ve diğer cürümler bunlar karşısında;.. tekerrüre esas olmaz”. TCK. 87 inci maddede yer alan bu hükme göre, birinci mahkûmiyet taksirli bir cürümden dolayı verilmiş ve ikinci suç da kasıtlı bir suç ise veya bunun aksi söz konusuysa tekerrür hükümleri işlemeyecektir<sup>67</sup>. Ancak, taksirli suçlar kendi aralarında tekerrüre esas olabilirler<sup>68</sup>.

**-Sırf askeri cürümler:** TCK. m. 87/3 bent hükmüne göre, “sırf askeri cürümler hakkında sadır olan hükümler... tekerrüre esas olmazlar”. Kanunumuzun 87 inci maddesindeki üçüncü istisna, sırf askeri cürümlerden dolayı verilen mahkûmiyet hükümleri ile sonradan işlenecek genel suçlar arasında tekerrür hükümlerinin işlenmesine engel olmaktadır<sup>69</sup>.

**-Yabancı mahkeme hükümleri:** TCK. m. 87/4 üncü bentte yer alan son istisna, “Bu kanunun 6 ıncı babının birinci fıslındaki 316, 317, 318, 319, 320, 324 ve 331 inci maddeleriyle ikinci fıslındaki 332 ve 333 üncü ve 7 nci babın 3 üncü fıslındaki 403 ve 404 üncü maddelerde yazılı olan hususlardan dolayı verilen hükümler müstesna olmak üzere, yabancı memleket

63 Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 219

64 Dönmezer-Erman, C. III, s.167

65 YCGK. 14.11.1966 E. 3/309 K. 406; Şefik Güner, *Türk Ceza Kanunu ve İlgili Yargıtay İçtihatları*, Ankara 1976, s. 68

66 Dönmezer-Erman, C. III, s.167; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 667; 4.CD. 22.5.1956, 1978/7278; Vural Sevaş- Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, Birinci Baskı, Ankara 1994, s.1184

67 Dönmezer-Erman, C. III, s.167; 4.CD. 15.2.1955, 14673/2860; Özütürk, s. 289

68 Dönmezer-Erman, C. III, s.167; 2. CD. 9.2.1993, 291/1487; Günay, s. 77

69 Dönmezer-Erman, C. III, s.168

mahkemelerinden verilen hükümler; tekrüre esas olmaz.” şeklindedir<sup>70</sup>. Aslında TCK.’nun ilk şeklinde tamamen milli tekerrür sistemi benimsenmişti<sup>71</sup>. Bu sistem genel olarak halen geçerliliğini sürdürmekle birlikte; ilk olarak 2275<sup>72</sup>, daha sonra 6123<sup>73</sup> sayılı Kanunlarla eklenen istisna hükümler dolayısıyla, bazı hallerde yabancı mahkeme kararlarının tekrüre esas olmasına imkan verilmiştir<sup>74</sup>.

Böylelikle, TCK.’nun temelde milli tekerrür sistemini benimsediği; ancak, 4 üncü bentte belirtilen istisnai hallerde yabancı mahkeme kararlarını da tanıyarak, karma ya da yabancı mahkemelerden sadır olan hükümlere sınırlandırılmış etki tanıyan bir sistemi kabul ettiği görülmektedir<sup>75</sup>.

### 3- Süre Şartı

Tekerrürün meydana gelebilmesi için gerekli olan diğer bir şart da, önceki mahkûmiyetin ortadan kalkması ile yeni suç arasında belirli sürenin geçmemiş olmasıdır<sup>76</sup>. TCK.’nun 81 inci maddesinde tekerrür bakımından on ve beş yıllık süreler öngörülmüştür. Eğer önceki suçun cezası beş yıldan fazla bir hürriyeti bağlayıcı cezaysa, tekerrür süresi cezanın çekilmesi veya düşmesi tarihinden itibaren on yıl; buna karşın, önceki suçun cezası beş yıl

<sup>70</sup> 5. CD. 9.5.1984, 1194/1984; Erdurak, s. 193

<sup>71</sup> Önder A., C. III, s. 664

<sup>72</sup> 20 Nisan 1929’da Cenevre’de imzalanıp, Türkiye’nin de katıldığı "Sahte Paraların İmalinin Men'ine Dair Sözleşme"nin 6 ncı maddesiyle yabancı memleket mahkemelerinden verilen hükümlerin tekrüre esas olması kabul edilmiş ve bu hüküm 2275 sayılı Kanunla TCK 87 inci maddesine 4 üncü bent olarak eklenmiştir. Buna göre, yabancı memleket mahkemelerinden paralarda, itibarı amme kağıtlarında veya kıymetli damgalarda (m. 316-320, 324 ve 331), Devlete ait mühürler ile damgalarda sahtecilik (m. 332, 333) suçlarından dolayı verilen hükümler tekrüre esas olmaktadır. (A. Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 5. B., İstanbul (basım yılı yok)Gözübüyük, C. I, s. 1009)

<sup>73</sup> Bunun yanı sıra, uyuşturucu maddeler hakkında La Haye, Cenevre Anlaşma, sözleşme ve protokollerini değiştiren protokol 16.2.1948 tarih ve 5181 sayılı Kanunla, New York ve Paris Protokolleri 4.3.1950 tarih ve 1575 sayılı Kanunla onanmıştır. Bu belgelerdeki hükümler de 87inci maddeye 6123 sayılı Kanunla eklenmiştir. Buna göre, uyuşturucu madde imal, ithal veya ihracı, satılması, taşınması, satın alınması veya bulundurulması, kullanılması, kullanılmasının kolaylaştırılması suçlarından dolayı (m. 403-404) yabancı memleketlerden verilen hükümler de tekrüre esas olacaktır. ((Gözübüyük, C. I, s. 1009)

<sup>74</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.169,170

<sup>75</sup> Önder A., C. III, s. 664; Dönmezer-Erman, C. III, s.169

<sup>76</sup> Majno, C. I, s. 443; Tekin, s. 52



veya daha az hürriyeti bağlayıcı bir cezaysa beş yıldır<sup>77</sup> İkinci suçun bu süreler içinde işlenmiş olması yeterlidir. Ayrıca, bu suçtan kurulacak mahkûmiyet hükmünün tekerrür süresi içinde verilmiş olması gerekli değildir<sup>78</sup>.

Bu yıllık süreler geçtikten sonra işlenen ikinci suçta tekerrür sebebiyle ceza artırılamaz. Ancak hakim, failin daha önce bir suç işlemiş olduğu gerçeğini göz önünde tutarak, temel cezayı asgari haddin üzerinde belirleyebilir (TCK. m. 29/8)<sup>79</sup>.

Kanunda sürelerin ne zaman işlemeye başlayacağı sınırlı olarak gösterilmiştir. Buna göre, süreler, önceki mahkûmiyetin cezasının çekildiği veya düştüğü tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>80</sup>. Bu iki başlangıçtan biri söz konusu olmadıkça tekerrür süresi işlemeye başlamayacağından, sürenin geçtiğinden söz etmeye de imkan kalmadığı gibi, fail ilanihaye mükerrir olabilecek durumda kalır<sup>81</sup>. Aynı zamanda kanunun bu hükmü sayesinde, cezanın infazından kaçan bir kimse hakkında tekerrür hükümlerini uygulama imkanı daima var olacaktır<sup>82</sup>. Süre şartının tek istisnası müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan bir kişinin yeni suç işlemesi halinde hakkında tekerrür hükümlerinin nasıl uygulanacağını gösteren TCK.'nun 82 nci maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, ilk mahkûmiyeti müebbet ağır hapis olan bir kişinin cezasını tamamen çekmesi mümkün olmadığından, ikinci suçunu birinci mahkûmiyetin infazı sırasında işlemiş olması tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterlidir; bunun dışında, suçun belli bir süre içinde işlenmiş olması gerekli değildir<sup>83</sup>.

### C- Özel Tekerrürün Şartları

TCK. genel tekerrürden başka, tekerrürün özel şekillerine de yer vermiş ve bunları genel tekerrürün dışında ayrıca düzenlemiştir<sup>84</sup>. İşte bunlardan biri de, ikinci kez aynı suçun işlenmesini veya önceki suç ile sonraki suçun aynı cinsten olmasını ifade eden özel tekerrürdür ve TCK.'nun 81 inci mad-

<sup>77</sup> Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 206; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 668; Dönmezer-Erman, C. III, s.171

<sup>78</sup> Günay, s. 35; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 668; Önder A., C. III, s. 667

<sup>79</sup> Önder A., C. III, s. 666; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 668; YCGK. 21.1.1963 216/4; Özütlük, s. 276

<sup>80</sup> Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 669; Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 206; Tekin, s. 52; 2. CD. 23.2.1949 1552/1677; Günay, s. 36; 4. CD. 14.12.1984, 8294/8683; Erdurak, s. 187

<sup>81</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.171; Erem, TCK. Şerhi, C. I, s. 733

<sup>82</sup> Erem, TCK. Şerhi, C. I, s.733

<sup>83</sup> Tekin, s. 52

<sup>84</sup> Önder A., C. III, s. 669

desinin II inci fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra göre, “Yeni suç evvelki mahkûmiyete sebep olan suç cinsinden ise hükmedilecek ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır”.

Bu noktada, özel tekerrürün kabul edilebilmesi için, genel tekerrürde aranan şartlara ek olarak, evvelki mahkûmiyetin konusunu oluşturan suçla sonraki suçun aynı cinsten olması gerektiğini öncelikle belirtmek gerekiyor<sup>85</sup>. Şu halde, özel tekerrür hükümlerinin uygulanabilirliği için, tekerrürün genel şartlarından başka, önceki ve sonraki suçların aynı cinsten olması gerekli ve yeterlidir<sup>86</sup>. Aynı cins suçla neyin kastedildiği ise, TCK’nun 86 inci maddesinde ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Buna göre, “Aynı madde kanuniyeye tetabuk eden veya kanunun bir faslında münderiç bulunan cürümlerden başka..... bir cinsten addolunur”<sup>87</sup>.

Görülüyor ki TCK., kanunun aynı maddesine giren ve yine kanunun aynı faslında bulunan suçları aynı cinsten sayarak genel bir prensip koymuş; sonra, birden dokuza kadar bentlerde yer alan ve kanunun çeşitli fasıllarında düzenlenmiş olan bir takım suçları da aynı cinsten saymıştır<sup>88</sup>. Şu halde:

a- Kanunun aynı hükmünü ihlal eden veya kanunun aynı faslında yazılı bulunan cürümler aynı cinstendir<sup>89</sup>.

b- TCK.’nun 86 inci maddesinin bentlerinde gösterilen zümrelerden birinde beyan olunan suçlar birbirleri ile aynı cinsten kabul edilmektedir<sup>90</sup>.

Burada sayılan suçların aynı cinsten sayılabilmeleri için, aynı bentte yer almaları şarttır<sup>91</sup>. Örneğin, 6. bentte yer alan suçlar aynı cinsten sayılabildiği halde, 6. bentle 7. bentte gösterilen suçlar aynı cinsten değildir (TCK. m. 86 b. 9).

85 Dönmezer-Erman, C. III, s.177; Erem, TCK. Şerhi, C. I, s. 734

86 Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 209

87 Kanun’un kullandığı bu tabirler yerinde değildir. Kanunun amacı “aynı hükmü ihlal eden suçlar”dır. TCK. kabahatlerde de tekerrürü kabul ettiğine göre, 86. maddedeki bu “cürüm” tabiri yerinde kullanılmış değildir. Özel tekerrürün daha ağır bir şekli olan ağırlaşmış özel tekerrüre ait hükümde (TCK. 85) suç tabiri kullanılmış iken 86. maddede “cürüm” tabiri kullanılmış olması kanun tekniğine uygun düşmemektedir. (Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 670)

88 Dönmezer-Erman, C. III, s.177; Taner, s. 497; Önder A., C. III, s. 671; Majno, C. I, s. 462

89 Majno, C. I, s. 462; Önder A., C. III, s. 671; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 670; 4. CD. 5.2.1960 11893/1243; (Özütürk, s. 286); 2. CD. 30.9.1981 6203/6479; (Çağlayan, s. 949)

90 Majno, C. I, s. 462; Önder A., C. III, s. 671; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 671

91 Dönmezer-Erman, C. III, s.178

### D- Ağırlaşmış Özel Tekerrürün Şartları

TCK.'nun 85 inci maddesine göre, "İşlediği suçlardan dolayı her defasında üç aydan fazla olmak üzere iki defa veya daha fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm olan kimse 81. maddede yazılı müddetler içinde, yine şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezanın verilmesini icap ettiren aynı cinsden bir suç işler ve göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa mezkur ceza müddeti yarı ve sair hallerde ağır hapis ve hapiste otuz seneyi geçmemek üzere üçte biri nisbetinde artırılır".

Bu hüküm, üçüncü suçtan yani ikinci tekerrürden itibaren uygulanabilir ve maddenin esas uygulanabilirlik şartları tekerrürün genel şartlarıdır. Başlı başına üç suçun işlenmiş olması yeterli değildir. İkinci ve üçüncü suç dolayısıyla mükerrer sayılan bir kimse, diğer şartlar da mevcut ise 85 inci madde hükmüne tabi tutulacaktır<sup>92</sup>. Görüldüğü gibi, bu maddenin uygulanması için tekerrürün şartlarından başka, 85 inci maddede belirtilen özel şartların da bulunması gerekmektedir<sup>93</sup>. Söz konusu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

-Failin daha önce en az iki kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunması gerekir.

-Bu mahkûmiyetlerden her biri şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza olmalıdır.

-Bu mahkûmiyetlerin içerdiği şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların her biri üç aydan fazla olmalıdır.

-Yeni suç, süresi ne olursa olsun hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektirmelidir.

-Yeni suç, önceki mahkûmiyete sebep olan suç cinsinden olmalıdır<sup>94</sup>.

-Yeni suç, TCK.'nun 81 inci maddesinde belirtilen beş veya on yıllık süreler içinde işlenmelidir<sup>95</sup>.

### III-Tekerrürün Sonuçları

Tekerrürün başlıca sonucu, yeni suçta verilen cezanın artırılmasıdır. Cezaların ne şekilde artırılacağı, TCK.'nun 81, 82, 84 ve 85 inci maddelerinde gösterilmiştir. Hemen belirtelim ki, tekerrürün ceza artırımını dışında, diğer maddelerde öngörülen başkaca sonuçları da vardır.

92 Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 213

93 2. CD. 6.2.1959 10066/2123, (Özütürk, s. 284)

94 4. CD. 22.12.1956 12904/12796; (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 1176)

95 2. CD. 1.9.1949 9057/8253

## A- Genel Tekerrürün Sonuçları

### 1- Genel Olarak

Genel tekerrürün başlıca sonucu yeni suçta verilecek cezanın artırılmasıdır. TCK. m. 81/1 inci fıkrası bu sonucu "... yeni suçta verilecek ceza *altıda bire kadar artırılır*" şeklinde, artırımın üst sınırını da belirleyerek göstermiştir. Kanunumuzun düzenlemesinde hakim cezayı artırmak zorundadır. Artırımın üst sınırı kanunda "*altıda bire kadar*" şeklinde belirtilmiş, fakat alt sınırın tayini hakimın takdirine bırakılmıştır. Bu kanunun, hakimlerin takdir haklarını somut olayın özelliklerine göre uygun bir şekilde kullanacaklarına güvendiğini<sup>96</sup> ve bu nedenle alt sınır belirlemediğini göstermektedir. Böylelikle, TCK. mükerrre ilk suçludan fazla ceza verilmesini istemiş; ancak cezanın artırılmasını da yargıcın mutlak takdirine bırakmayarak geniş hadler belirlemiş ve bu sınırlar arasında artırım oranının belirlenmesinde yargıcı serbest bırakmıştır<sup>97</sup>.

Yargıç yeni suçun cezasına, bu cezanın altıda birine kadarını tekerrürden dolayı ekleyebilir de; eklenecek oran önceki suç için hükmedilen cezaların en ağırından fazla olamaz (TCK m. 81/III)<sup>98</sup>. Böylelikle kanunumuz, tekerrür sebebiyle yapılacak artırıma, gerek genel tekerrür ve gerekse özel tekerrürde ikinci bir sınır koymuştur<sup>99</sup>.

Önceki mahkûmiyetin veya mahkûmiyetlerin gerektirdiği ceza ile, yeni suçun cezası, nev'i itibariyle farklı olduğu takdirde; bunlar 19 uncu maddede yazılı olan eşitlik kuralları göz önünde tutularak aynı nev'e çevrilir ve bu şekilde yapılacak artırımın üst sınırı bulunur (TCK. m. 81/IV)<sup>100</sup>. Ancak

<sup>96</sup> Majno, C. I, s. 446; Erem, TCK. Şerhi, C. I, s. 740

<sup>97</sup> Erem, TCK. Şerhi, C. I, s. 740; Erem, Kanun Hükümlerinin, s. 208; Dönmezer-Erman, C. III, s.172

<sup>98</sup> Erem, TCK. Şerhi, C. I, s. 741

<sup>99</sup> Orhan Önder, "TCK. nun 81. inci Maddesinin 3. üncü Fıkrası", AD. 1960/8, s. 504; Dönmezer-Erman, C. III, s.172; Taner, s. 499; Erem, TCK. Şerhi, C. I, s. 741; YCGK: 28.12.1981 K. 1981/6, E. 1981/459; (Alikashiçoğlu-Doğu, s. 82); YCGK 25.1.1985 2110/44; (Günay, s. 52)

<sup>100</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.173; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 676; Önceki cezanın sadece para cezası olduğu sonraki cezanın hürriyeti bağlayıcı ceza olduğu durumlarda TCK. nun 81/III. ve IV. fıkraları arasında bir ahenksizliğin olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, "TCK. 81/III. fıkrasındaki ikinci suç için belirlenecek cezaya tekerrürden eklenmesi gereken (miktar) hiç bir biçimde önceki suç için hükmedilen cezaların en (ağırından) fazla olamaz denildiği halde, önceki cezanın para cezası sonraki cezanın hapis cezası olduğu durumlarda tekerrür dolayısıyla 81. maddenin III. ve IV. fıkraları dikkate alınarak, para cezası yerine hapis cezası tayini gerekiyor. Üçüncü fıkradaki (miktar) tabir

TCK.'nun 81 inci maddesinin IV üncü fıkrasında yazılı olan artırım miktarının tayininde, 19 ve 40 inci maddelerinin dikkate alınacağına ilişkin hüküm zımnen yürürlükten kaldırılmıştır. Uygulamada 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin VI inci fıkrasına göre; bir günü on bin lira karşılık tutulmak suretiyle hesaplama yapılmaktadır. Çünkü, TCK.'nun 19 uncu maddesi yerini çok az değişiklikle 647 sayılı Kanunun 5 inci maddesine bırakmıştır. Diğer bir ifade ile, nev'i itibariyle farklı olan cezaların aynı nev'e çevrilmesinde TCK.'nun 19 uncu maddesi değil, 647 sayılı Kanunun 5 inci maddesi uygulanacaktır. Esasen, TCK.'nun 40 inci maddesi, daha çok cezaların mahsubu kural ve esaslarını düzenlemektedir ve tekerrür ile bir ilgisi yoktur<sup>101</sup>.

Ancak önceki ceza herhangi bir sebeple başka bir cezaya çevrilmiş ise, tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından önceki cezaya değil, çevrilmiş olan cezaya bakılır (TCK. m. 88)<sup>102</sup>.

Tekerrür dolayısıyla yapılacak artırma bakımından dikkat edilmesi gereken ikinci nokta, tekerrür sebebiyle artırılmış olan para cezasının ödenmemesi halinde hapse çevrilmesine ilişkin bulunmaktadır<sup>103</sup>. TCK.'nun 84 üncü maddesine göre, "Tekerrür halinde hükmedilecek ağır para cezasının 19 uncu maddeye göre hapse çevrilmesi halinde hapis cezası beş seneyi geçemez". TCK.'nun 19 uncu maddesinin yerini 647 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin VI inci fıkrası aldığı için, çevirmede bu fıkranın dikkate alınması gerekmektedir<sup>104</sup>.

---

ile onu takip eden bir kaç kelime sonra kanun metnine girmiş bulunan (ağır) tabirlerinin ifade ettiği kesin anlam ile 81. maddenin son fıkrası karşılaştırılacak olursa ahenksizlik bütün çıplaklığıyla ortaya çıkmaktadır. Nasıl oluyor da III. fıkradaki (tekerrür dolayısıyla ilave edilecek miktar evvelki suçlar için hükmedilmiş cezaların en ağırından ziyade tayin edilemez...) tarzındaki kanunun kesin ve emredici bir kaydına rağmen böyle durumlarda 81. maddenin son fıkrası matufu bulunan 19. maddedeki oran nazara alınarak tahvilen dahi olsa (ağır) olan hapis cezası tayin ve hüküm edilebiliyor. Cismani cezalarda 81/3 fıkrası ile mükerrirlere kanunun bahşeylediği bir lütuf ve hakkın para cezalarında da aynı şekilde suçluya verilmesi ve teslimi gerekir. (Geniş bilgi için bkz: Nasır Saydan, "Ceza Kanununun 81. maddesinin Üçüncü ve Son Fıkraları Üzerine Bir İnceleme" AD. 1945/9, s. 912-915)

<sup>101</sup> Günay, s. 13-14; Dönmezer-Erman, C. III, s.173; YCGK. 15.4.1974, E. 1974/91-217; (Dönmezer-Erman, C. III, s.174)

<sup>102</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.174

<sup>103</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.176

<sup>104</sup> Günay, s. 14; Dönmezer-Erman, C. III, s.176

## 2- Diğer Sonuçları

Kanun, cezanın artırılmasından başka mükerrirler hakkında ikincil nitelikte diğer bazı sonuçlar da belirlemiş ve mükerrirlerin lehlerine olan bazı kurumlardan faydalanmalarına imkan verilmemiştir.

a- Memnu hakların iadesinde bekleme süreleri mükerrirler için daha fazladır (TCK. m. 123)

b- Kefaletle salıverilme kurumunun mükerrirler hakkında uygulanması mümkün değildir (CMUK. m. 117/II)<sup>105</sup>.

c- Mükerrirlik, adli tevbih kurumundan faydalanılmasını engeller.

d- Mükerrirlik, cezaların ertelenmesi kurumunun uygulanmasına engel olabilmektedir.

## B- Özel Tekerrürün Sonuçları

Özel tekerrürün en önemli sonucu, yeni suça verilecek cezanın altıda birden üçte bire kadar artırılmasıdır (TCK. m. 81/II)<sup>106</sup>. Ancak artırma bakımından, genel tekerrür için söz konusu olan sınırlama burada da geçerlidir (TCK. m. 81/III). Böylece yapılacak artırma, önceki mahkûmiyetler dolayısıyla hükmedilmiş olan cezaların en ağırından fazla olamaz<sup>107</sup>. Özel tekerrürün bunların dışındaki sonuçlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

a- Failin yeni suçu önceki suç cinsinden ise ceza zamanaşımı kesilecektir (TCK. m. 114/II).

b- Mal aleyhine işlenen cürümlerde, bu cürümler aynı cinsten olduğu takdirde, malın değerinin hafifliği sebebiyle cezada indirim yapılamayacaktır (TCK. m.522/3).

## C- Ağırlaşmış Özel Tekerrürün Sonuçları

Ağırlaşmış özel tekerrürün de başlıca sonucu, yeni suça ait cezanın artırılmasından ibarettir. Ağırlaşmış özel tekerrürün TCK. m 85'te öngörülen şartlarını taşıyan suçlunun yeni suçtan dolayı göreceği ceza, bu cezanın süresine göre değişmektedir: Hakim faile, tekerrür hariç olmak üzere TCK. 29

<sup>105</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.176; Haker, s. 1599

<sup>106</sup> 6. CD. 1.10.1987 6925/8114; (Günay, s. 52)

<sup>107</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.178; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 676-677; Önder A., C. III, s. 672

uncu maddesi gereğince diğer sebepleri dikkate alarak, ya otuz aydan daha az bir cezaya karar vermiştir, ya da bu ceza otuz ayı aşmaktadır<sup>108</sup>.

a- *Birinci ihtimal, yeni suç için hükmedilecek cezanın otuz aydan aşağı olmasıdır.* Bu halde, yeni suçun cezası yarıya kadar artırılır. Artırım bakımından, önceki mahkûmiyetlerin gerektirdiği cezaların miktarı genel bir sınır teşkil etmez. Tekerrür nedeniyle yapılacak artırmanın önceki cezaların en ağırını aşamayacağına ilişkin TCK. m. 81 hükmü, TCK. 85. maddeyi kapsamamaktadır<sup>109</sup>. Sınırlamanın 85 inci maddede kabul edilmemesi, aynı cinsten suçları çok defalar işleyen kimsenin, suç işlemekte olağanüstü bir ısrar göstermiş olmasından ve aynı zamanda daha önce çektiği cezaların kendisi üzerinde hiç bir etkisinin kalmadığını göstermesindedir<sup>110</sup>. Ancak yarıya kadar artırma, sadece yeni suçun cezasının otuz ayı geçmemesi haline münhasır olduğuna göre, bu artırmanın olağan sınırı, otuz ayın yarısı olan on beş aydır. Şu halde bu ihtimalde hakim en çok kırk beş aya hükmedebilecek durumdadır<sup>111</sup>.

b- *İkinci ihtimal, yeni suçun cezasının otuz ayı aşmasıdır.* Cezanın otuz ayı aşması durumunda hakim, bu yeni suçtan dolayı hükmedebileceği cezayı üçte bire kadar artırabilir (TCK. m. 85). Fakat bu ceza tekerrürden dolayı eklenen miktar da dahil olmak üzere, ağır hapis ve hapiste otuz seneyi geçemez.

#### **D- Müebbet Ağır Hapiste Tekerrürün Sonuçları**

TCK. 'nun 82 inci maddesine göre, müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan bir kimsenin işlediği diğer suç da müebbet ağır hapis cezasını gerektirmekte ise, mahkûmun hücre süresi altı aydan az ve üç yıldan çok olmayacak şekilde uzatılır (TCK. 82/III).

Müebbet ağır hapse mahkûm olan kişinin işlediği yeni suçun cezası, muvakkat ağır hapis ise, hücre süresi, ikinci suça ait cezanın sekizde birine eşit olan (TCK. m. 82/I); fakat her halde üç yılı aşmayacak bir süre ile uzatılır (TCK. m. 82/III). İkinci suçun cezası hapis ise, hücre süresi, yeni suçun onda birine eş olan (TCK. m.82/III); fakat her halde iki yılı aşmayacak şekilde uzatılır (TCK. m. 82/II)<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.180; Erem-Danışman-Artuk, C. II, s. 677; Önder A., C. III, s. 674

<sup>109</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.180; Majno, C. I, s. 454

<sup>110</sup> Majno, C. I, s. 454-455

<sup>111</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.180

<sup>112</sup> Dönmezer-Erman, C. III, s.175

#### IV- Ceza Tayininde Tekerrürün Hükümünün Yeri

Suçluluğu sabit olan bir kişi hakkında TCK.'nun 29 uncu maddesine göre ceza tertip edilir. Buna göre, hakim bir suç hakkında cezanın alt ve üst sınırları arasından, mevcut olan ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenleri dikkate almaksızın, yine 29 uncu maddenin 8 inci bendini dikkate alarak temel cezayı belirler (TCK. m. 29/2). Temel cezanın belirlenmesinden sonra ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler varsa, önce ağırlaştırıcı nedenler, daha sonra hafifletici nedenler temel cezaya uygulanır (TCK.m. 29/4). Bir kaç ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep bir arada bulunursa, artırma ve eksiltme temel ceza üzerinden değil; bir önce gerçekleştirilmiş artırma ve eksiltme sonucu elde edilmiş olan ceza üzerinden yapılacaktır (TCK. m. 29/3)<sup>113</sup>.

Artırma ve eksiltmeden sonra *failin yaşı, akli hali, takdiri hafifletici sebepler ve tekerrür hükümleri bu sıra içinde en son göz önünde bulundurulacaktır* (TCK. m. 29/5). Şu halde, önce temel ceza belirlenecek, temel cezaya önce ağırlaştırıcı sebepler daha sonra hafifletici sebepler uygulanacak ve daha sonra ise m. 29/5'te sıralı olan bu sebepler, yine maddede öngörülen sıra dikkate alınarak uygulanacaktır. Görüldüğü gibi, TCK. nun 81-85 inci maddelerinde yer alan artırma uygulaması ceza tayininde en son nazara alınmaktadır<sup>114</sup>.

#### SONUÇ

Tekerrür, hukukumuzda ceza tayininde cezaların bireyselleştirilmesini sağlayan kurumların başında gelmektedir. Ancak uygulamada yaşanan aksaklıklar nedeniyle, tekerrür, suçlulukla mücadelenin etkin bir aracı olma işlevini gereği gibi yerine getirememektedir. Gerçekten, Yargıtay'ın tekerrürün uygulanabilmesi için önceki cezanın çekilmiş olması şarttır yönündeki içtihadı sonrası<sup>115</sup> -ki bu içtihat halen geçerliliğini sürdürmektedir<sup>116</sup> - mah-

<sup>113</sup> Önder A., C. III, s. 636-637

<sup>114</sup> Günay, s. 49; TCK. nun 81. maddesinin 29. madde uygulamasındaki sırasını gösteren cetvel için bkz: Günay, s. 47-48); 6. CD. 26.6.1991 6624/7751; (Günay, s. 49)

<sup>115</sup> "TCK.'nun doksan dördüncü maddesindeki kaydın ilişkili olduğu tekerrür koşulları seksen birinci maddedeki cezanın çektirilmesi veya düşmesi hallerinin gerçekleşmesi ile açıklanabilir. Cezanın çektirilmesi hali ertelenmiş cezada gerçekleşmeyeceğinden tekerrür hükümlerinin uygulanmasında ertelenmiş cezalar dayanak olamaz." İBK 20.5.1942 E. 1939/31, K. 1942/14. (İçel-Yenisey, s. 442)

<sup>116</sup> "İnfaz edilmiş cezaların tekerrüre esas olabileceği müstekar içtihat cümlesinden bulunmasına göre, infaz edilmemiş olan müeccel cezanın evvela infazına karar verilmesi ve müteakiben tekerrüre esas tutulması yolsuzdur." 4. C.D. 16.4.1954 5429/4379; (Özütürk, s. 282); "Sanığın, tekerrüre esas alınan önceki cezasının tamamen infaz edilip edilmediği araştırılmadan, infaza verildiğini belirten yazı ile yetinilerek, TCK'nun 81.



kûm olmuş ancak cezasını çekmemiş kişiler hakkında tekerrür hükümleri uygulanmamış ve cezanın infazından kaçabilme başarısı gösteren suçlular lehine bir durum yaratılmıştır. Oysa, bir kişinin suça yatkınlığı, tehlikeliliği için daha önce bir suçtan mahkûm olmuş olmasına rağmen yeni bir suç işlemesi yeterli bir göstergedir. Ayrıca, bir de bu mahkûmiyetin gereği olan cezanın infaz edilmiş olmasına gerek yoktur. Bu nedenle, kanımızca, TCK. 81 inci maddedeki "...cezasını çektiği veya ceza düştüğü ..." ibaresinden kaynaklanan bu yanlış anlayışın giderilmesi gerekmektedir. TCK. 81 inci maddede, 1997 TCK. Tasarısının 46 ncı maddesinde olduğu gibi, daha açık bir şekilde düzenlenebilir. Söz konusu 46 ncı madde "Bir kişi, cürümden dolayı beş yıldan fazla süreyle bir mahkumiyete uğradıktan sonra, bu mahkumiyet hükmü kesinleştiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren..." şeklindedir<sup>117</sup>.

Diğer taraftan, eğer suçlulukla mücadele edilmek isteniyorsa, mükerrir suçlular için kanunun öngördüğü ceza (altıda bire kadar) artırımı yetersizdir. Özellikle, genel tekerrürden daha ağır bir suçluluğun göstergesi olan özel tekerrürde, artırımı oranı altıda birden üçte bire kadar şeklinde öngörülmüş ve böylelikle genel-özel tekerrür ayırımı adeta anlamsız kılınmıştır. Bu nedenle, genel ve özel tekerrür arasındaki farkın gözetilerek, özel tekerrürde cezayı ağırlaştırma oranının artırılması gereklidir. Yine, TCK. m. 85'te öngörülen ağırlaştırılmış özel tekerrür halinin kaldırılarak, bunun yerine itiyadi suçlulukla ilgili özgün bir düzenlemenin düşünülmesi daha yerinde olacaktır<sup>118</sup>.

---

maddesi ile cezasının artırılması, bozmayı gerektirmiştir. 6. CD. 10.11.1983 7451/8410; (Çağlayan, s.944); "Ertelenmiş hapis cezasının tekerrüre esas alınamayacağı gözetilmeden TCK. nun 81/1. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir. 4. CD. 18.4.1990 1885/2432; (Erdurak, s.190); "Sanığın eski mahkûmiyeti suçun işlendiği tarihten sonra infaz edildiği ve tekerrüre esas alınamayacağı gözetilmelidir". 8. CD. 9.11.1989 7949/9174; (Günay, s.34); "İnfaz edilip edilmediği araştırılmadan, tekerrüre esas alınan önceki cezanın infaza verildiğini belirten yazı ile yetinilerek tekerrür uygulaması yapılamaz". 6. CD. 10.11.1983 7451/8410; (Günay, s.33)

<sup>117</sup> Sulhi Dönmezer-Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, İstanbul 1998, s. 88

<sup>118</sup> Bu konuda 1997 TCK. Tasarısının 43 üncü maddesi örnek alınabilir. Söz konusu madde, "Aynı nev'iden olmak kaydıyla, bir içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla taksirli olmayan suç işleyen kişi itiyadi suçludur" şeklindedir. (Dönmezer-Yenisey, s. 87)



# TÜRK CEZA KANUNUNDA ve 1997 TASARISINDA “MEMURA MENFİ MUKAVEMET SUÇU” ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Cengiz Otacı\* -Mesut Orta\*\**

## GİRİŞ

Çalışmamız çerçevesinde incelemeye çalışacağımız TCK'nın 260.<sup>1</sup> ve 1997 tasarısının 420. maddesinde tanımlanan suç<sup>2</sup>, mevcut uygulamada “memura menfi mukavemet”, tasarıda ise “olumsuz direnme” olarak isimlendirilmiştir.

Anılan düzenleme ceza kanunumuzun 2. kitabının 3. babının 8. faslı içindedir. Faslın başlığı “hükümete karşı şiddet veya mukavemet ve kanunlara muhalefet” baliğini taşımaktadır ki, bu başlık oldukça ilginçtir. Zira arz etmeye çalışacağımız gibi madde, memurlara karşı yapılan eylemleri, memur aracılığı ile uygulamadaki anlayışa göre devlete, madde başlığına göre hükümete karşı yapılmış sayarak, günümüz siyaset bilimi, idare hukuku ve devlet anlayışıyla artık bağdaşmayan bir tarzda cezai hüküm içermektedir. 1997 tasarısında madde, TCK'daki düzenlemenin değiştirilmemiş halidir. Değişiklik sadece ceza miktarında olmuştur.

Aşağıda arz edeceğimiz gibi madde, uygulamada, metnine göre oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu alan içinde devleti, yada madde başlığına göre hükümeti temsil eden kişilerin kanun yada nizamca yapması gereken işlere/işlemlere karşı gelenler cezalandırılacaktır.

---

\* Kınık Asliye Ceza Hakimi

\*\* Adalet Bak. Tetkik Hakimi

1 “Kanun ve nizam hükümlerinden birisinin icrasına muhalefet için nüfuz ve müessir kuvvet sarf edenler bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” TCK md 260.

2 “Kanun ve nizam hükümlerinden birinin yerine getirilmesine karşı koymak için nüfuz veya etkili kuvvet sarf eden kimseye bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.” 1997 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı md 420.

Evveliyatla söylemek gerekir ki madde, devleti bütünüyle hükümetten ibaret gören, hükümet emrindeki memuru, dolayısıyla devleti ve hükümeti aşırı derecede koruyan, devletin emrindeki memurun yüceltilmesi, dolayısıyla devletin yüceltilmesi şeklinde bir anlayışı yansıtmaktadır.

Biz maddenin özelde devrim kanunlarını genelde meclis iradesiyle yürürlüğe konulan kanunları korumaya yönelik bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

### I- MADDENİN SİYASAL TARİH ve HUKUK TARİHİ AÇISINDAN TAHLİLİ

Ortaçağda Roma İmparatorluğunun yıkılmasıyla başlayan siyasal boşluk, Kilise ile yerel devletler arasında iktidar mücadeleleri meydana getirmiştir. Bu mücadele ilk planda Kilisenin siyaset biliminde "iki kılıç" kuramı olarak adlandırılan, ruhani ve dünyevi iktidarın her ikisinin de kiliseye verildiği şeklindeki teziyle kilise lehine sonuçlanmıştır. Kilise Roma Hukukunu tanımlamakla birlikte lex divina ve lex natura şeklinde isimlendirilen ilahi hukuk ve tabî hukuk ilkelerini de benimsiyordu. Aslında Kilisenin de benimsediği, Roma'da, Kilisenin hariminde bulunan Bologna mektebi sayesinde Roma hukuku tüm Avrupa'ya yayılmıştı. Bu mektepte öğrenim gören öğrenciler sayesinde Roma hukuku, Avrupa'ya yayılırken, içeriğinde sadece hukuki bilgiler değil, aynı zamanda, dünya hakimiyeti, imparatorların tek başına siyasal erki kontrol etme ve yönlendirme yetkisi gibi siyasal mesajlar da taşıyordu<sup>3</sup>. "Merkantalizm" denilen, altın, gümüş gibi kıymetli maddelere sahip olunması esasına dayanan, sömürgecilik faaliyetleri ile beslenen iktisadi görüşlerle desteklenmesi<sup>4</sup>, monarşilerin ateşli silahlar sayesinde güçlenmesi ve Roma hukukundan, imparator hukukçularının çıkardıkları siyasal mesajlar, monarşilerin güçlenmesine neden oldu.

Bütün bunların yanında Grotius'un laik hukuka evrilecek olan tabî hukuk anlayışı, Newton, Descartes, Bacon ile bilimsel anlamda sistemleştirilen, herhangi bir dış yardım, dış yönlendirme olmadan insan aklının bu dünyayı anlama ve kurgulama yeteneğine sahip olduğunu vurgulaması, hakimiyetlerini siyasal, felsefi ve bilimsel açıdan perçinleme ihtiyacı olan monarşiler tarafından hukuki alanda da kullanıldı. Zaten siyasal alan, hukuki hüküm koyma ve bunları gerekirse zora dayalı olarak uygulama yeteneğine sahip olma yetkisi ile tamamlanmaktaydı.

<sup>3</sup> Ağaoğulları Mehmet Ali-Köker Levent Tanrı Devletinden Kral Devlete Ankara 1997s. 15

<sup>4</sup> Merkantalizm için Bkz Kazgan Gülten İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi. İstanbul 1984s. 40 vd

Monarşilerin, iki kılıç kuramının aksine siyasal alandaki yetkilerinin tamlığını, Luther'in Protestan hareketini başlattığı 95 maddelik bildirisinde "kilisenin ayrı bir hukuku olamaz. Hukuku devlet yapar" görüşü, Padova'lı Marsilius, Thomas Münzer, Zwingli, Calvin gibi dini alanın önemli kanaat önderleri tarafından da başka dillerde ifade ediliyordu<sup>5</sup>.

Machiavelli, Bodin, Hobbes, gibi güçlü siyasal kuramcılarının, monarşinin en iyi yönetim tarzı olduğu şeklindeki, yaşanan çağın güncel kuramları sayesinde siyasal iktidarlar, varlıklarını en etkin yol olan hukuk sistematiği ile, hukuk kuralları içinde de bilhassa ceza hukuku ile hissettirdiler. Ceza hukuku uygulaması ile siyasal iktidarların güçlendirme, yerleştirme ve ispatlama yöntemleri sadece monarşilere has değildir. Aynı yöntem Kilisece "Ad Extripanda"nın kabulü ile Engizisyon mahkemelerinde de kullanılmıştır.

Güçlü iktidar, güçlü yerel yönetim anlayışları, monarşilerin ulusal devlete dönüştüğü 18. ve 19. yy'da da kendini hissettirmiş, devlet felsefesi alanında güçlü kuramcılar doğurmuştur. Bacon, Diderot, Voltaire ve Rousseau'nun Fransa'da Napolyon, Machiavelli'nin İtalya'da Mussolini, Fichte, Schelling, Hegel ve Nietzsche'nin Almanya'da Hitler, Marx'n Rusya'da Lenin gibi diktatörlere zemin hazırlaması rastlantı değildir.

Bahsedilen felsefe ve siyaset bilimi kuramcılarında devlet felsefesi açısından kendinden sonra gelen düşünürleri en çok etkileyen kişi Hegel olmuştur. Hegel sayesinde devletler, iki kılıç kuramının etkisinden tam manasıyla kurtulmuş, ruhani alanı sınırlayarak ve kontrol altında tutarak Kiliseye devretmiş, siyasal alanda ise hukuku toplumsal mühendislik aracı olarak kullanıp, doktrinleri doğrultusunda toplumu yönlendirmiştir. Hegel'e göre devlet, tek kişinin aracılığıyla konuşur, düşünür ve iş görür. Devlet, Hegel'e göre toplumsal bilincin doruk noktasıdır. Kainatta bulunan ve tarihi de yönlendiren gizli aklın somut olarak varlık kazanmasıdır. Bu nedenle devlet, kendiliğinden akla uygun bir varlıktır, formdur, kalıptır. Hegel'e göre genel irade ve toplumsal bilinç, herkes tarafından tam olarak algılanamaz. Ancak devlet içinde bulunan ve devlet için çalışan kişiler, yaptıkları işe göre bu bilinci duyabilir ve yerine getirebilir. Bu nedenle devlet memurları, "genel" in istek ve iradelerini yansıttığı, toplumsal bilinç ve istence ışık tuttuğu için tanrısal ruha en yakın olanlardır<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Ağaogulları-Köker s. 58, 119, 132,

<sup>6</sup> Hegel'in devlet konusundaki görüşleri için Bkz Gökberk Macit, Felsefe Tarihi İstanbul 1990 s. 442 vd, Güriz Adnan Hukuk Felsefesi, Ankara 1987s. 237 vd

Hukukun modern manada yazılı hale getirilmesi, başta Hegel felsefesi olmak üzere diğer kuramcılarının görüşleri doğrultusunda, diktatörlerin hegemonyası altında devlete bir nevi kutsallık atfedilen bir ortamın etkisiyle hazırlanmıştır. Osmanlı Devleti döneminde Tanzimat sonrası kabul edilen 1858 tarihli üçüncü büyük ceza kanunu, tüm araştırmacıların ortak kabulü ile 1810 tarihli Napolyon diktatörlüğünün etkisiyle hazırlanmış Fransız ceza kanununun neredeyse aynen tercümesidir. Bahsedilen 1858 tarihli eski ceza kanunumuz, yine pek çok araştırmacı ve hukukçunun ifade ettiği gibi Cumhuriyet sonrası kabul edilen ceza kanunumuzun da temeli olmuştur. Kabulünden beri değişmemiş olan ve ceza kanunumuzda halen yürürlükte bulunan, 1858 tarihli eski ceza kanunumuza dayanan pek çok madde vardır.

18. ve 19. yy'ın devlete kutsallık atfeden anlayışı, kanunlaştırmanın yüceltilmesi ve kara Avrupasına hakim olan, uç örneği Prusya Devleti kanunlarında görülen her şeyin yazılı kanunlarla ifade edilmesi geleneği, yine bu zaman dilimine denk gelen diktatörlükler, yeni devletlerin kurulması, yeni iktidar erklerinin oluşması ve devrimler, devlet kadar devlet adına çalışanların da kutsanması sonucunu doğurmuştur.

Özellikle Cumhuriyetle bizim ülkemizde de görülen her yönüyle yeni bir sosyal yapıya geçiş arzusu, devletin bütünüyle yenilenmesi, yapılan mantalite değişikliğine halkın alıştırılması, hukuk sitemini, hukuk sistemi içinde ise ceza kanununu, yapılan değişikliklerin koruyucu ve kollayıcı normları haline getirmiştir. Mahmut Esat Bozkurt bu gerçeği, yeni bir ceza kanununa duyulan ihtiyacı dile getirdiği Başvekalet kanun layihasını sunuş yazısında " Arkadaşlar, Ceza kanunumuz çok serttir. Çünkü inkılap çok kıskançtır... Bundan korkacak olanlar ve korkması lazım gelenler, Türk Milletinin menfaatlerine, Türk Milletinin hukukuna ve inkılabına karşı tekin olmayanlar olacaktır... İnkılabın ve devletin manası, tekin olmayanları, zorbaları, mütecavizleri korkutmaktır, ezmektir." sözleriyle dile getirmektedir. Aynı yazıda Bozkurt, 1858 tarihli eski ceza kanunumuzu eleştirirken "İnkılabın ve Cumhuriyetin vazettiği esaslar, prensipler ve vücuda getirdiği eserler, başka bir tabirle inkılabın davası, Türk Milletinin hak davası, halihazırda ki ceza kanunumuzla (eski ceza kanunu), kafi derecede müeyyidelerle takviye edilmiş değildir<sup>7</sup>." demektedir.

Her ne kadar 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı ceza kanunumuz, Mussolini İtalya'sının ceza kanunu değilse ve 1936 yılında, 1930 tarihli Codice Rocco olarak bilinen yeni İtalyan ceza kanununa da uyarlanmış olsa bile, me'haz kanunların Mussolini döneminden kalma devletin buyurucu gücüne dair izler

<sup>7</sup> Bozkurt Gülnihal. Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara 1996 s . 211

taşımaktadır. Hegel'den bu yana devletler, hem kendilerini hem de ilk elden kendilerini temsil eden memurlarını korumak için mevzuat sevk etmişlerdir. Bizdeki Osmanlı Devletinden kalma Memurin Muhakematı Kanunu Muvakkatı buna en güzel örnektir<sup>8</sup>.

Bu gün için geldiğimiz noktada, siyaset felsefesi, geçen yüzyılların kuramlarından farklı olarak devletin, sosyal kontratla kurulmadığını, devlet kavramının "yüce" kabul edilecek bir yanı olmadığını, devletin faaliyetleri ile vatandaşının en temel hak ve özgürlüklerini korumak için var olduğunu kabul etmektedir. Bu meyanda, temel ihtiyaç maddelerinin üretimi ve hizmet sunumu özel sektöre devredilmiş, üretim anayasal haklarda köklü değişiklikler olmuş, devlet, hizmet üreten bir organizasyona dönüşmüştür. Geçen yüzyıllardan kalan, belirleyici, tanımlayıcı ve yönlendirici devlet anlayışı, modern ve postmodern eğilimle yerini, müdahale etmeyen, pek çok alanda inisiyatifli sivil toplum örgütlerine bırakan, yetkilerini kısıtlayan, toplumsal değişim ve gelişimleri denetleme altına almayan bir devlet anlayışına bırakmıştır.

Gelişen ve değişen dünyada devletin fonksiyonlarında gözle görülür azalma ve küçülme olurken, geçmiş yüzyılların anlayışını sergileyen bir tarzda devletin halen kendini ve memurlarını kutsaması, dokunulmaz ilan etmesi, ayrıcalıklı bir kısım haklar bahşetmesi kabul edilir bir durum değildir.

## **II- MADDENİN HUKUKİ TAHLİLİ**

### **1. Genel Olarak**

Maddenin hukuki olarak tahliline geçmeden önce metinde yer alan üç kelimenin manasını anlamakta fayda vardır.

a) nizam : 1. düzen, usül, tertip, yol, kaide 2. Zamanın icaplarına göre konulan esaslar

b) nüfuz : 1. İçer geçme, işleme 2. sözü geçme, sözü dinlenme

c) müessir : 1. Tesir yapan, iz bırakan, 2. İşleyen, hükmünü yürüten 3. Çok hissedilen, işleyen 4. Dokunan, dokunaklı

TCK 260. maddenin yer aldığı babta düzenlenen 254. ve 258. maddeler açıkça cebir ve şiddetten söz etmiştir. Buna karşın 260. madde "cebir-şiddet" deyimine yer vermeyerek "nüfuz ve müessir kuvvet" tabirini kullanmıştır.

---

<sup>8</sup> Osmanlı Devleti'nde memurların korunmasının temelindeki sosyal ilişki biçimi, Osmanlı Devleti'nin Batılılaşma hareketlerinin tepeden aşağı uygulanmasında aranmalıdır. Tatar Ercan, Dokunulmazlar, Hukukun Üstündeki Sınıf, İstanbul 1999, s. 29

Uygulamada 260. maddenin yorumunda bahsedilen müessir kuvvet için 258. madde ile bu maddenin ayırımını da yapmak amacıyla “direnmede sarf olunan nüfuz ve kuvvetin memura yönelik olması değil işleme yönelik olması gerektiği<sup>9</sup>” belirtilmiştir. Uygulamanın ve doktrinin kabulüne göre menfi mukavemet, şiddet yada tehdit olmaksızın memurun görevine giren bir muamelenin yapılmasına karşı koymak<sup>10</sup> yada engellemektir<sup>11</sup> kanunun metninden ve ruhundan anlaşılan TCK 254. ve 258. de olduğu gibi cebir ve şiddet derecesine varmayan ancak, memurun görevini yerine getirmesini engelleyici hareketler cezalandırılmak istenmiştir. Amaç, kamu görevlilerinin görevlerini sükunet ve herhangi bir engelle karşılaşmadan yerine getirilmesini temindir. Yoksa görevli memurun her dediğinin yada istediğinin katıksız yerine getirilmesini temin değildir.

1997 tasarısı “olumsuz direnme” suçuna, İkinci Kitapta “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar” kısmında, “Kamu Hizmeti ve Görevlilerine Karşı Suçlar” bölümünde yer vermiştir. Kanunun yer aldığı kısım ve bölüm, başlıklarıyla birlikte TCK’ya göre daha isabetli olmuştur. Ancak maddenin metni, TCK 260 maddesi ile tamamen aynıdır. Tasarının gerekçesi düzenlemeyi, mevcut uygulamalara atıf ile, fiili kabul ve uygulama üzerine oturtmaktadır.

TCK 260 madde, cezalandırmayı amaçladığı suçun unsurlarını açık olarak göstermemiştir. Maddede yer alan “kanun ve nizam hükümlerinden birisinin icrasına muhalefet” deyimini oldukça genel ve kapalı bir deyimdir. Bundan başka “nüfuz ve müessir kuvvet” tabiri de açık değildir. İsviçre Ceza Kanununda bu suç “memurun görevine giren bir muamelenin yapılmasına engel olmak” şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin bizdeki kapallılığı, Yargıtay’ın içtihatları ile açıklığa kavuşturulmuştur<sup>12</sup>.

Yargıtay CGK 21.10.1985 gün ve 2-81/533 sayılı kararında maddede düzenlenen suçun çerçevesini çizmiş, nüfuz ve müessir kuvvetin memur tarafından yerine getirilmesine çalışılan işleme karşı olması gerektiğini, menfi mukavemetin kişiye karşı olmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Yargıtay özel daireleri, pek çok kararlarında bu çerçeveye uyararak, memurun görev alanına giren işlemlere karşı gelme durumunda suçun oluştuğu kanaatine varmıştır. Sanığın görevli jandarmanın “dur” ihtarına uymayarak kaçmasını, polis tarafından karakola götürülmek istenen kişinin “gelmiyorum,

<sup>9</sup> CGK 21.10.1985 2-81/533, Ön Tasarının 420. madde gerekçesi

<sup>10</sup> Gözübüyük A. P. Türk Ceza Kanunu Açıklaması 3/305

<sup>11</sup> Durmuş Tezcan - Mustafa R. Erdem Ceza Özel Hukuku s. 208 İzmir 2000

<sup>12</sup> Gözübüyük 3/304



götüremezsiniz” diyerek merdivenlere oturmasını, sanıkların haczi engellemek için otomobili galeriden kaçırmalarını, karakola gitmemek için sanığın kendini yerlere atmasını, koruma bekçisi tarafından götürülmek istenen hayvanı tutup bırakmamasını menfi mukavemet saymıştır<sup>13</sup>.

Yargıtay, oldukça muğlak biçimde kaleme alınan maddenin somut olaylar karşısında nasıl anlaşılması gerektiği konusunda açıklanan içtihatları ile uygulamaya ışık tutmuştur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki uygulama ile maddenin metni arasında kanaatimizce mutabakat bulunmamaktadır. Bunu aşağıda arz etmeye çalışacağız.

Maddenin uygulamadaki anlaşılma biçimi ve metninden yola çıkarak şu sonuçlara varmak mümkündür.

a) Madde metninde “kanun”un yanında “nizam” kelimesi de kullanıldığına göre, “nizam” kelimesi “kanun”dan farklıdır. Nizam burada yönetmelik, tüzük manasına da gelebilir. Bu durumda mağdur olarak kabul edilen memurun yetki alanı alabildiğine genişlemiş, memurun işlemine muhatap olan kişinin bu işleme karşı itiraz alanı daralmış olur. Bundan başka mağdur olarak kabul edilen memurun hareketinde keyfilik olması durumunda sanığa tayin edilen ceza TCK 272. madde ile de indirilemeyecek, sadece tahrik hükümleri işletilebilecektir<sup>14</sup>.

Hakimin yada savcının katipten dosya içindeki evrakları kalem yönetmeliğine uygun olarak tanzim etmesini istemesi, katibin ise bu isteği reddederek yapmayacağını beyan etmesi bu cümledendir<sup>15</sup>.

Aralarında ast-üst ilişkisi bulunan memurlar arasında yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi bir karşı gelme durumunda ast memurun eyleminin disiplin cezasını gerektirir bir eylem mi olduğu yoksa menfi mukavemet suçu mu olduğu konusunda net bir ayırım yapmak çok zordur.

b) Anılan madde, uygulamada daha ziyada güç kullanmaya yetkili olan yada gerektiğinde bu yetkiyi kullanabilecek olan kişilerden yardım alabilecek durumda olanların işlemlerine direnme şeklinde meydana gelmektedir. Polis, jandarma, icra müdürü gibi.

---

<sup>13</sup> Karar örnekleri için ve diğer kararlar için Bkz Kaymaz Seydi -Gökcan Hasan Tahsin Uygulamada Sulh Ceza Davaları Ankara 1998s. 70 vd, Görgün Mehmet Uygulamada Sulh Ceza Davaları Ankara 1998s. 143 vd

<sup>14</sup> 4 CD 21.09.1954 10500/8568, 17.10.1953 8159/10050

<sup>15</sup> TCK 260 maddede yazılı suçun faili, Erman-Özek'e göre memur kişiler de olabilir. Örneğin çalıştığı kurumda usulüne uygun olarak yapılması istenen aramayı engellemek amacıyla nüfuz ve müessir kuvvet sarf eden memur maddede yazılı suçun faili olabilir. Erman-Özek Zikreden Kaymaz-Gökcan s. 67

2559 sayılı “Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu”nun 17. maddesine göre polis “kanun ve usul dairesinde verdiği emre itaatsizlik ve ittihaz eylediği tedbirlere riayetsizlik edenler, vazife yaparken polise mukavemette bulunan veya vazifesinden alıkoymak maksadı ile polise zorla karşı koyan ve yakalanmadıkları takdirde hareketlerine devam etmeleri melhuz bulunan şahısları” karakola götürüp, hakkında evrak tanzim ederek bu evrakla birlikte adliyeye sevk etmek yetkisine sahiptir. Aynı kanunun ek-6 maddesine göre polis, “yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde bu fiilleri etkisiz hale getirmek için zor kullanabilir. Zor kullanma ..... bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanma yetkilerini ifade eder.”

2803 sayılı “Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu”nun 10. maddesine göre genel olarak polis görev sahası dışında olan alanlarda görev yapan jandarma, aynı kanunun 11 maddesine göre silah kullanma yetkisine sahiptir.

2803 sayılı kanuna istinaden çıkarılan Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkiler Yönetmeliğinin 26. maddesi “Jandarma, kanun ve nizamla göre;bir yasağın ihlalini ve bir suçun devamını önlemek için emir verebilir. Ayrıca kanun ve nizamın öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, kamu düzeni nedeniyle alınmış kanuni bir önleme uygun davranılması için, kişileri ve kamuyu uyarabilir. Görevini yaptığı sırada Jandarmaya direnen veya zorla karşı koyanlar, yakalanmadıkları takdirde hareketlerine devam edecekleri kuşkusuz görülüp,uyarıya aldırış etmeyecekleri umulanlar;

Jandarma tarafından yakalanır. Karakola götürülerek hakkında düzenlenecek belgelerle birlikte; bekletilmeksizin,adamlı olarak yirmi dört saat içinde adliyeye verilirler” şeklinde bir düzenleme yetkisi vermiştir.

Bundan başka aynı yönetmeliğin 38. Maddesine göre “Jandarma kanun ve nizamla uygun olarak kişileri yakalama veya toplulukları dağıtma sırasında karşılaştığı direnmeleri,kırmak,saldırıya yeltenen veya saldırıda bulunanları etkisiz duruma getirmek için zor kullanabilir.

Zor kullanmanın niteliği ve derecesi karşılaşılan direnme veya saldırıya göre değişmek üzere; yeterli biçimde ve nitelikte bedeni kuvvet,maddi güç ve şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanmayı kapsar.

Yakalanan kişinin kaçmasını önlemede, gözaltında bulundurulurken ciddi bir tehlike oluşturması ve özellikle birlikte bulundurulduğu kimseler ve personelin güvenliği için zorunlu görüldüğünde veya intihara kalkıştığı ve bu yolda hazırlıkta bulunduğu, bu davranışlarına engel olmak için; yakalanan kimsenin sağlığına zarar vermeyecek şekilde gerekli önlemler alınır.

Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda; zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gerecin seçimi öncelikle, kuvvetin başındaki komutana ait tir. Bu konuda mülki amirin yetkileri saklıdır.

İİK 80. ve 81. maddeleri, haczi yapan memurların zabıttan yardım alabileceklerini, zabıttanın gerektiğinde icra müdürünün yazılı başvurusu üzerine emirlerini ifa ile mükellef oldukları açıkça belirtilmiştir.

Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen kararları bizatihi güç kullanmaya yetkili olan yada bu yetkiye sahip olanlardan yardım alabilecek durumda olan kişilerin kanuni yetkilerini görmezden gelmektedir. Gerçektende karakola gitmemek için polise direnen bir kişiyi zaten polis zor kullanma yetkisine dayanarak karakola götürebilme imkanına sahiptir. Polisi böyle bir yetkisi yokmuş ve şahsın bu direnmesi karşısında çaresizmiş gibi kabulle, menfi mukavemet suçu adı altında anlaşıldığı şekliyle bir suça vücut vermek mevcut mevzuat içinde anlaşılması zor bir durumdur.

## **2. Maddeye Bakışımız**

Gerek madde metni gerekse maddenin düzenlendiği bap ve fasıl içinde yer alan diğer maddeler birlikte ve dikkatle okunursa TCK 260. maddenin konuluş amacının, uygulamanın kabulüyle memura menfi mukavemet olarak adlandırılan durumu düzenlemediği kanaatindeyiz.

Maddenin kabul gerekçesi bulunmamaktadır. Bu durumda kanunun konuluş amacı, maddenin yer aldığı bab, fasıl, madde metni ve devam eden maddelerin uygulama alanından anlaşılacaktır.

Kanaatimizce maddenin düzenlemek istediği suç, uygulamadaki anlayışın aksine memurun görevine ilişkin işlemlere karşı gelmek olmayıp, uygulanmasını engellemek amacıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi iradesiyle yürürlüğe konulan kanunların yada herhangi bir kanunun uygulanmasına, yürürlüğüne muhalefet amacıyla kelimenin tam manasıyla nüfuz yada kuvvet sarf ederek karşı gelmektir.

Bu tanımlamamıza 8 yıllık kesintisiz eğitime karşı gelenlerin eylemini örnek olarak verebiliriz. Gerçektende bu düzenlemeyi protesto edenler geçmiş yıllarda, meclis tarafından yürürlüğe konulmuş bir kanunun uygulanmamasını temin için topluluk halinde eylemler düzenlemekteydi. Meclis tarafından yürürlüğe konulan bu kanuna karşı eleştiri sınırlarını aşarak açıkça karşı gelerek, başka bir suç olmadığı taktirde TCK 260. maddede yazılan eylemi oluşturacaktır.

Kanaatimizce 260. madde, 8. fasılın başlığında, bu fasıl içinde düzenlendiği söylenen "kanunlara muhalefetin" genel kuralını koymakta, devam

eden 261, 262, 263 ve 264. maddeler ise genel kuraldan ayrılarak kanuna muhalefet sayılan özel durumları düzenlemektedir.

Maddede yazılı suçun maddi unsuru, “nüfuz yada müessir kuvvet sarf ederek kanun yada nizam hükümlerinin icrasına muhalefet etmektir.”

258. maddede yer alan cebir-şiddet deyimleri yaklaşık aynı manada olup vurgulamayı kuvvetlendirmek için beraber kullanılmıştır<sup>16</sup>. Memura yada ona yardım edenlere karşı, görevlerini yaptıkları sırada cebir-şiddet yada tehditle mukavemet edenler 258 maddeye göre cezalandırılacaktır. 254. maddeden 258. maddeye kadar dikkat edilirse memurun yaptığı işe güç kullanılarak karşı gelenler cezalandırılmaktadır. 260 madde ise cebir, şiddet, tehdit, silah, teşekkül oluşturmak vs gibi kavramlara hiç değinmeden kanun ve nizam hükümlerinden birisinin icrasına muhalefet maksadıyla “nüfuz ve müessir kuvvet” sarfından bahsetmektedir. Maddede yazılı suçun oluşması için sanık hem “nüfuz” hem de “müessir kuvvet” sarf etmiş olacaktır. Çünkü her iki kavram “ve” bağlacı ile bağlanmıştır<sup>17</sup>.

Madde, diğer maddelerden farklı olarak “cebir ve şiddet” tabirlerini bileerek kullanmamıştır. Çünkü cebir ve şiddet kişilere yada eşyaya karşı kullanılan fiziki zordur. “Müessir kuvvet” ise “nüfuz”la birlikte düşünülürse sonuca etki edebilecek her türlü hareket yada eylem anlamını taşır. Nüfuz, maddenin bizim anladığımız bakış açısıyla kanunun yürürlüğüne yada uygulanmasına muhalefet için etki alanı oluşturulması, kamuoyu desteği aranması, oluşan destekle kanunların yada kanunun yürürlüğüne eleştiri sınırlarını aşacak şekilde muhalefet edilmesidir.

Aslında burada düzenlenen sadece kanunlara muhalefet de değildir. Zira madde metninden yola çıkarsak “nizam” deyimini, kanundan başka genelge, yönetmelik ve tüzüğü de kapsadığından, bunların uygulanmaması için nüfuz yada müessir kuvvetle muhalefet etmek de suç olacaktır.

Kanunun, yürürlüğe girdikten beri hiç değişmediği, TCK’nun kabul edildiği siyasal ortamın devrim ortamı olduğu, devrimlerin de yeni düzenlemeler, yeni hukuki kurumlaşmalar getirdiği göz önüne alındığında maddenin anlaşılması daha kolay olacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz TCK 260 maddenin sonraki maddelerle genel kural-özel kural ilişkisi içinde olduğu, TCK 260 maddenin, devrim ortamı

<sup>16</sup> Gözübüyük 4/141

<sup>17</sup> Maddede yer alan “ve” bağlacı, TCK 269 maddede olduğu gibi “veya” manasında da kabul edilebilir. CGK 25.03.1997 gün 4-27/60 esas sayılı kararında TCK 269 maddede yer alan “ve” bağlacının “veya” şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Bu durumda dahi TCK 260 madde açısından sonuç değişmeyecektir.

içinde çıkartılan kanunlara ve nizamlara muhalefet manasına geldiği, 260. maddenin peşinden gelen maddelerle daha da iyi anlaşılmaktadır.

TCK 261. madde, özelde harf devrimi ve Tevhid-i Tedrisat kanununa karşı yapılacak olan eski tarzda ve Arap alfabesi ile tedrisatı engellemek maksadına matuftur. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri'nin 14.03.1939 gün 38-16 sayılı genelgesi buna en güzel örnektir. Anılan genelge ile "... Eski harflerle matbu kitaplarla tedrisat icrası memnudur. Bu memnuiyet Ceza Kanununun 526. maddesi ile müeyyide altına alınmıştır. Binaenaleyh, kanun ve nizam-lara aykırı olarak açılan mekteplerde yapılan Türkçe tedrisatta eski harfler kullanıldığı taktirde faileri hakkında Ceza Kanununun aynı zamanda 261 ve 526 maddeleri mucibince takibat icrası lüzumu kendini gösterir...." denilmektedir<sup>18</sup>.

262. madde ise, kanunda sayılan yerlere ceset defnini yasaklamakla, genel sağlığı korumanın yanında halk tarafından türbe sayılabilecek yeni yerler oluşturulmasını önlemek maksadına matuftur. Bir bakıma 262. madde ile tekkeler ve zaviyeler konusunda yapılan devrimlerin cezai müeyyidelerle desteklenmesi amaçlanmaktadır.

Görülüyor ki TCK 261, 262, 263 ve 264 sayılı maddeler, 260 maddeden farklı olarak kanunlara muhalefetin özel görünüşlerini belirlemiş, genel çerçe-ve 260 madde ile çizilmiştir.

TCK 260. maddenin yazılı şeklinden suçun mağdurunun kim olacağını tespit etmek imkansızdır. Uygulamanın kabulü penceresinden, kanun ve nizam hükümleri memurlar eliyle yürütüldüğünden kanun ve nizam hüküm-lerine muhalefet edilmesi durumunda mağdurun memur olacağı sonucuna varılmaktadır<sup>19</sup>. Kimlerin memur sayılacağı ise TCK 279. maddede çerçeve olarak belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen ve idare hukukumuz içinde en kapsamlısı sayılan<sup>20</sup> kamu görevlisi tanımı içine giren herkesi suçun mağ-  
duru saymak, hatta CMUK 127 maddenin verdiği yetkiye dayalı olarak kaç-

---

<sup>18</sup> Çağlayan M. Muhtar Türk Ceza Kanunu, Ankara Baskı tarihsiz. 3/884. "... 1353 sayılı kanunun 9. maddesi..... resmen teessüs ve teşekkül etmiş mekteplerde Türk harflerinin kullanılacağı ve eski harflerle matbu kitaplarda tedrisatın meni hükmünü koymaktadır. Binaenaleyh resmen teşekkül etmemiş ve mektep olmak vasıf ve şartlarını haiz bulunmamış olan yerler bu kanunun dışında kalmıştır. Sanığın açtığı yeri mektep veya ders-hane telakki ettiğimiz taktirde ruhsat almadığına göre hadisenin hem TCK 261 ve hem de 526 maddeleri açısından mütalaa edilmesi, TCK 79 maddesine göre cürüm mahiyetinde olan 261 madde ile ceza tayin edilmesi lazımdır..... C.U.H 14.04.1952 4/100-78. Bkz Gözübüyük 3/312

<sup>19</sup> Kaymaz-Gökcan s. 67

<sup>20</sup> Gözübüyük Şeref-Akılhoğlu Tekin Yönetim Hukuku Ankara Ankara 1992s. 150

makta olan sanığı yakalamak isteyen kişinin dahi bu suçun mağduru olacağını söylemek<sup>21</sup> gerçekten pek güçtür. Polis, jandarma gibi zor kullanmaya yetkili olan yada icra müdürü gibi bu kişilerden gerektiğinde yardım alabilecek durumda olanları, hatta CMUK 127 de bahsedilen kaçan sanığı yakalamak isteyenleri suçun mağduru saymak, ceza yargılamasında “mağdur” kavramını sınırsız şekilde genişletmek sonucunu doğurur.

Ceza yargılamasında “suçtan zarar gören” kavramının “mağdur” kavramından daha geniş olduğu tartışmasıdır. En geniş manada suçtan zarar gören, sanığın eylemi ile haklı çıkarları zedelenen ve bu nedenle psikolojik olarak sanığın cezalandırılmasını isteyebilecek kişidir<sup>22</sup>. Bu yaklaşımla menfi mukavemet olarak adlandırılan suçta memurun hangi çıkarı zedelenmektedir ? Memur, yapmak istediği işleme karşı geliniyorsa bunu diğer hukuki yollardan yerine getirebilir. Bu mükellefiyeti, memura göre daha zayıf durumda olan sanığa yükleyen hukuk düzeni ne kadar adildir?

Mağdur olarak nitelendirilen memurun, sanığın engellemesine konu eyleminin haksız, hukuka aykırı, keyfi olabileceği ihtimali karşısında Yargıtay ve TCK 272. madde, yukarıda da arz ettiğimiz gibi sanığa sadece tahrik olabilme hakkı tanımaktadır. Yapılan işleme, işlemi yapan memur nezdinde itiraz etme hakkı tanımamaktadır.

### SONUÇ

TCK 260. ve TCK 1997 öntasarısının 420. maddesinde yazılı olan ve uygulamada menfi mukavemet suçu olarak adlandırılan suç tipi, bu gün kabul edilen eylemlerle bağdaşmamaktadır. Bağdaşmama, hem maddenin metninden hem de modern çağda ulaşılan toplumsal-siyasal düzenden kaynaklanmaktadır. Devletin kendini buyurucu güç olarak gördüğü siyasal sistemlerde memurlar, devletin buyrukları yerine getiren nihai elemanlardır. Devlet, bu ortamda buyruklarını yerine getiren nihai elemanlarına haddinden fazla koruma bahşeder. Kanaatimizce maddede yazılı suç, uygulamadaki kabulün aksine TBMM yada bakanlar kurulu kararıyla yürürlüğe konulan kanunların yada diğer mevzuatın yürürlüğüne muhalefet edilmesi durumuna münhasırdır.

21 Erman-Özek, zikreden Kaymaz-Gökcan s. 67

22 Öztürk-Erdem-Özbek s. 332, Yurtcan Erdener Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1991, s. 168 vd

**FRANSIZ BELÇİKA ve İSVİÇRE HUKUKLARINDA**  
**ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU**  
**ÜYELERİNİN MÜZAKERELERE KATILMAKTAN**  
**YASAKLANMASI**

*Prof. Dr. Akar ÖCAL\**

**Ş.I. GİRİŞ**

Anonim şirketin idaresi ve temsili yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir (TTK. 317). Yönetim kurulu bu görevlerini yerine getirirken, özellikle şirketle ilgili karar alırken, kural olarak toplanır (TTK. 330/T), istisnaen de haberleşme suretiyle (TTK.330/II9 karar alır. Kanun koyucunun toplantı esasını benimsemesi, yapılacak müzakerelerde ileri sürülecek fikirlerden yararlanarak şirket yararına olan en uygun karara ulaşılabilmesine dayanmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin bu toplantılara katılması hem hakkı ve hem de görevidir. Üye, bu suretle fikirlerini ifade ederek kararın doğmasına katkıda bulunur. Üye bu toplantılarda şirketin çıkarlarını göz önünde tutarak, en sağlıklı kararın doğmasına yardımcı olmaya gayret gösterir. Ancak bazı durumlar olabilir ki, üyenin toplantıya katılması, müzakerelere iştiraki ve karara katkıda bulunması, yakarıda açıklanan düşüncenin gerçekleşmesine mani olabilecek bir görüntü arz eder; üye iki ayrı menfaatin etkisi altında kalabilir ve bu nedenle de şirket çıkarlarını ikinci plana atarak, belki de istemeyerek, oy kullanır. Kanun koyucu, üyenin tarafsız olma, şirket çıkarlarını objektif olarak tartamama ihtimalinin varit olabileceği gerçeğini göz önünde tutarak, üyenin bazı hallerde yönetim kurulunda müzakerelere katılmamasının daha uygun olacağı sonucuna ulaşmıştır. Gerçekten TTK. 332. maddesine göre **“idare meclisi azaları şahsi menfaatlerine veya 349 uncu mad-**

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

dede<sup>1</sup> sayılan yakınlarının menfaatlerine taalluk eden hususların müzakeresine iştirak edemezler. Böyle bir husus müzakere konusu olunca, ilgili aza, ilgisini kurula bildirmeye ve keyfiyeti o toplantının zaptına yazdırmaya mecburdur. 330 uncu maddenin 2 inci fıkrasındaki halde<sup>1a</sup>, bu cihet teklifi tespit eden kağıda yazılır (I). Bu hükümlere aykırı hareket eden aza, ilgili olduğu muamele yüzünden şirketin husule gelen zararını tazmine mecburdur (II)”. Bu incelememizde TTK. 332. maddesinde öngörülen “müzakerelere iştirak yasağı”, Fransız, Belçika ve İsviçre hukukları bakımından ele alınacak ve böyle sözü geçen 332. maddenin değerlendirilmesine yardımcı olunmaya çalışılacaktır<sup>1b</sup>.

## §.II. FRANSIZ HUKUKUNDA

### 1. Eski Hukukta

Şirketler hakkındaki 24 temmuz 1867 tarihli kanunun 4 Mart 1943 tarihli kanunla değiştirilen anonim şirketlerle ilgili 40/1. maddesi<sup>1c</sup>, “bir şirket ile onun yönetim kurulu üyelerinden (administrateurs) biri arasında, ister doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak aracı (interposee) bir şahıs kanalıyla olsun, akdedilecek sözleşmeler yönetim kurulunun ön iznine sunulur<sup>2</sup>. Alınan karar denetçilere bildirilir”<sup>3, 4</sup> hükmünü öngörmekte olmasına rağmen, yönetim kurulunda yapılacak müzakereye ve oylamaya ilgili yönetim kurulu üyesinin katılıp katılamayacağını hükme bağlamamıştı.

<sup>1</sup> Bkz. TTK. 349: “İdare meclisi azalarının usul ve furuundan biriyle eşi ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları murakıplığa seçilemezler (...)”.

<sup>1a</sup> Bkz. 330/II: “Azalardan biri müzakere talebinde bulunmadıkça idare meclisi kararları, içlerinden birinin muayyen bir hususa dair yaptığı teklife diğerlerinin yazılı muvafakatleri alınmak suretiyle de verilebilir”.

<sup>1b</sup> İncelemeye dahil ülkelerdeki hükümlerin farklılığı nedeniyle, yazımızın başlığını Türk hukukuna uygun olarak “müzakerelere katılmaktan yasaklanma” olarak seçtik.

<sup>1c</sup> Bu kanun için bakınız Code de commerce, Dalloz, Paris 1962, s. 46.

<sup>2</sup> Ön iznin gerekçesi ile ilgili olarak bkz. JOSEPH HAMEL/GASTON LAGARDE: *Traité de droit commercial*, Tome premier, Paris 1954, No.657.

<sup>3</sup> Değişikliğin gerekçesi ile ilgili olarak bkz. HAMEL/LAGARDE, No.657; GEORGES RIPERT: *Traité élémentaire de droit commercial*, Cingüième édition par RENE ROBLLOT, I, Paris 1963, No. 1257.

<sup>4</sup> Aynı maddenin II. fıkrasında ise şu hüküm yer almıştı: “Şirketin yönetim kurulu üyelerinden birisinin işletmenin maliki, kollektif şirket ortağı (associé en nom), yöneticisi, yönetim kurulu üyesi ya da müdürü (directeur) olduğu bir işletme ile şirket arasındaki sözleşmeler için de durum aynıdır (...)”.



Doktrin ve mahkeme kararları<sup>5</sup>, şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadıkça, ilgili yönetim kurulu üyesinin, izin verilmesinde ya da izin verilmesi talebinin reddedilmesinde, şahsi bir menfaati olsa bile, müzakerelere ve oylamaya katılabileceği görüşünü paylaşmışlardır. Yine ifade edildiğine göre, ilgili yönetim kurulu üyesi müzakerelere ve oylamaya katılabileceğinden, onun oyu toplantı ve karar nisaplarının hesaplanmasında göz önünde bulundurulacaktır<sup>6</sup>.

## 2. Yeni Hukukta

24 Temmuz 1966 tarih ve 66-537 sayılı Ticaret Şirketleri Hakkındaki Kanun (TŞHK)<sup>6a</sup>, 1943 tarihli kanunun aksine, konumuzla ilgili bir hüküm ihtiva etmektedir. Gerçekten 103. madde bu konuda şu hükmü kapsamaktadır: “İlgili genel müdür ya da yönetim kurulu üyesi, 101. maddesinin<sup>7</sup> uygulanmasının söz konusu olduğu bir sözleşmeye muttali olur olmaz, durumu yönetim kurulunun bilgisine sunmakla mükelleftir. Bu kişi izin talebinin oylamasına katılamaz (I). Yönetim kurulu başkanı izin verilen bütün sözleşmeleri hesap denetçilerine bildirir ve onları genel kurulun onayına sunar(II). Hesap denetçileri, bu sözleşmeler hakkında genel kurul için bir özel rapor hazırlar. Genel kurulda bu rapor karara bağlanır (III). İlgili, oylamaya katılamaz ve onun payları toplantı ve karar nisaplarının hesabında dikkate alınmaz (IV)”<sup>7a</sup>. Kanun koyucu müzake-

<sup>5</sup> CLAUDE GIVERDON: “Conseil d’administration”, Répertoire de droit commercial et des sociétés, Tome III, Dalloz Paris 1958, no:32; JEAN HEMARD/FRANÇOIS TERRE/PIERRE MABILAT: Sociétés commerciales, Tome premier, Paris 1972, No. 1029.

<sup>6</sup> HEMARD/TERRE/MABILAT, No. 1029.

<sup>6a</sup> Bu kanun için bkz. Code desociétés, Dalloz, Paris 1998, s. 118 vd.

<sup>7</sup> Mad. 101: Bir şirket ile onun yönetim kurulu üyelerinden ya da genel müdürlerinden biri arasında imzalanan bütün sözleşmeler yönetim kurulunun ön iznine sunulur (I). Bir yönetim kurulu üyesinin ya da genel müdürün dolaylı olarak ilgili olduğu ya da bir aracı şahıs vasıtasıyla şirketle yaptığı sözleşmeler için de durum aynıdır (II). Bir şirketle bir işletme arasında yapılan anlaşmalar da, eğer şirketin yönetim kurulu üyelerinden veya genel müdürlerinden birisi, işletmenin maliki, sınırsız sorumlu ortağı, yöneticisi, yönetim kurulu üyesi, genel müdür ya da icra kurulu (directoire) veya denetleme kurulu üyesi ise, aynı şekilde ön özne tabidir (III).

<sup>7a</sup> Yeni hukukla ilgili olarak bkz. HEMARD/TERRE/MABILAT, No. 1029 vd.; M. BARTHELEMY MERCADAL/M.PHILIPPE JANIN: Sociétés commerciales, Lavallois, 1998, No. 1389 vd.; PHILIPPE MERLE: Droit commercial, Sociétés commerciales, 5e edition, Paris 1996, No. 393; GEORGES PIPERT/ RENE ROBLOT: Traité de droit commercial, Seizieme edition par MICHEL GERMAIN, I, Paris 1996, No. 1281; R. PLAISANT/ P. DELAISI: ‘Conseil d’administration’, Répertoire des sociétés, Tome I, Dalloz, Paris 1970, No. 30; Mise à Jours 1996, s. 120, No. 30;

relere ve oylamaya katılmaktan yoksunluğu sadece yukarıda değindiğimiz durum için öngörmüş olduğundan, bu haller dışında<sup>8a</sup> geleneksel kural uygulanır; yani bir yönetim kurulu üyesi kabulde ya da redde şahsi bir menfaati bulursa dahi müzakerelere katılabilir<sup>8b</sup>. Burada istisna kuraldan daha önemlidir<sup>9</sup>. Bu vesile ile iki önemli noktaya temas edelim: Birincisi, kanun koyucunun burada, genel kuruldaki oylama için öngördüğü (Mad. 103/IV) gibi, oylamaya katılmayacak olan ilgilinin oyunun toplantı ve karar nisaplarında dikkate alınmayacağını belirtmemiş olmasıdır. Bu boşluk karşısında doktrin genel kurul hakkındaki kuralın kıyasen burada da uygulanarak<sup>9a</sup> ilgilinin toplantı (Mad. 100/1) ve karar (Mad.100/II) nisaplarının hesabında nazara alınmasının uygun olacağı görüşünü paylaşmaktadır<sup>10, 10a</sup>. İkinci bir husus da şirket grupları için bir güçlüğün mevcudiyetidir<sup>10b</sup>. Bu yasağa rağmen bir üye karara katılırsa, bu katılma hariç toplantı ve karar nisaplarına erişilmiş olsa bile, verilen izin hükümsüz olur<sup>11</sup>. Bir mahkeme kararına göre, bütün yönetim kurulunda müzakere imkansızlaşır<sup>12</sup>. Doktrinde, yasak dışında bir

---

P. DELEBECQUE: *“Administrateur”* Repertoire des sociétés, Dalloz, tome I, Paris 1993, No. 203 vd.; DANIEL BASTIAN/MICHEL GERMAIN, *Jura europae*, Droit des sociétés, Tome II, München-Paris 1994, s. 30.10.79.

- 8a Bir karara göre, yönetim kurulundaki çoğunluğun, sahip olduğu hisse senetlerini üçüncü bir şahsa satması, senet mülkiyetine bağlı olan ortaklık haklarının kullanılması olduğundan kötü niyet ve usulsüzlük hariç, şirketin aktifinin devri sayılmaz ve bu nedenle de bu devir hakkında kararın alınacağı yönetim kuruluna çoğunluktaki üyelerin katılmayacağı yolunda azınlıktaki üyelerce alınan karar da yerinde değildir; bkz. *Repertoire des sociétés* Mise a jour 1996, s. 120, No. 30.
- 8b PLAISANT/DELAISI *“Conseil..”*, No. 30.
- 9 PLAISANT/DELAISI: *“Conseil..”*, No. 30.
- 9a MERCADAL/JANIN, No. 1389.
- 10 MERCADAL/JANIN, No. 1389; RIPERT/ROBLOT, No. 1281. Ayrıca bkz. HEMARD/TERRE/MABILAT, No. 1029.
- 10a MERCADAL/JANIN, daha başka gerekçe de ileri sürmektedir: “İlgili üyenin toplantı nisabının hesabında göz önünde tutulmasının kabulü, onun kendisiyle ilgili olan sözleşme üzerinde münakaşa etmesine müsaade etmek anlamına gelir; oysa toplantı nisabının amacı, karar almak için çağrılan üyelerin yeterli sayıda olup olmadığının kontrolüdür. Bu halde, şahsi ilgisi nedeniyle alınacak karardaki etkisinin bertaraf edilmesinin istendiği yöneticiye, bu karar üzerine ağırlığını koymak imkanı verilmiş olur”, (No. 1389).
- 10b Bu konuda bkz. HEMARD/TERRE/MABILAT, No. 129; RIPERT/ROBLOT, No. 1281, 1608 6.
- 11 MERCADAL/JANIN, No. 1389. Ayrıca bkz. *Code des sociétés*, Mad. 103, s. 276, No. 11.
- 12 Bkz. *Code des sociétés*, s. mad. 103. s. 276, No. 8.

üye kalmışsa onun karar alabileceği ifade edilmektedir<sup>12a</sup>. Şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında akdedilmiş sözleşmelere uygulanacak prosedüre riayetsizlik, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açar (Mad. 244; 105/I)<sup>13</sup>; yönetim kurulunun ön iznini almadan akdedilmiş olan sözleşmeler, eğer bunlar şirketin zarar görmesine yol açarsa, iptal edilebilir (TŞHK. 105/I).

TŞHK. 101 ve 103. maddelere benzer hükümler<sup>14</sup> icra kurulu üyeleri<sup>14a</sup> için de öngörülmüştür (Mad. 143, 145). Gerçekten TŞHK.143.madde “denetleme kurulunun” ön izninden söz etmektedir. TŞHK.133. maddesi denetleme kurulu üyeliği ile icra kurulu üyeliğinin birleşmesine imkan vermediğinden, ilgili icra kurulu üyesinin izni verecek denetleme kurulundaki oylamaya katılması da söz konusu olmayacaktır<sup>14b</sup>. İcra kurulu üyeleri, yönetim kurulu üyeleri gibi sorumludur (TŞHK. 249; 147/1)<sup>15</sup>. Bununla birlikte, denetleme kurulunun ön izni olmadan akdedilen sözleşmeler, eğer bunlar şirketin zarar görmesine yol açarsa, iptal edilebilir (TŞHK .147/1).

### §.III. BELÇİKA HUKUKUNDA

1935 yılında koordine edilen ticaret şirketleri hakkındaki kanunların (TŞHK) 60/§.1. maddesi hükmüne<sup>16</sup>, <sup>16a</sup> göre, “eğer bir yönetim kurulu üyesinin, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak, yönetim kurulundan kay-

<sup>12a</sup> MERCADAL/JANIN, No. 1389.

<sup>13</sup> MARCADAL/JANIN, No. 1401.

<sup>14</sup> MERCADAL/JANIN, No.1580

<sup>14a</sup> Bu konuda bkz. ROBERT PLAISANT/P.DELAISI: “Directoire et conseil de surveillance” Repertoire dees sociétés, Tome II, Dalloz, Paris 1970, No. 141 vd.; *Mise à Jour* 1996, No. 141.

<sup>14b</sup> TŞHK.145/I. maddesi şu hükmü öngörmektedir: “İlgili icra kurulu ya da denetleme kurulu üyesi, 143.maddenin uygulanmasının söz konusu olduğu bir sözleşmeye muttali olur olmaz, durumu denetleme kurulunun bilgisine sunmakla mükelleftir. Eğer denetleme kurulunda ise, bu üye izin talebinin oylamasına katılamaz”. TŞHK.133.maddesi karşısında ikinci cümleinin uygulama imkanı, yalnızca denetleme kurulu üyesi için söz konusu olabilecektir, nitekim MERCADAL/JANIN bu cümleyi sadece denetleme kurulu üyesi vesilesiyle ele almıştır; No.1680, karş. No.1580.

<sup>15</sup> Bkz.MERCADAL/JANIN, No.1582 ve 1401.

<sup>16</sup> Bu konuda bkz.Les codes Larcier, Tome III, Droit commercial, Economique et financier, Bruxelles 1998, s.31.Ayrıca bkz.PAUL LURKIN/NADINE DESCENDRE/ANNE GOMEZ/FRANÇOISE MAYEZ: *Lois coordonnées sur les sociétés commerciales*,(coordination zofficiese au 13 avril 1995), Bruxelles 1995.

<sup>16a</sup> Geniş bilgi için GUY KEUTGEN/ANDRE-PIERRE ANDRE-DUMONT: “La société et son fonctionnement”, Droit des sociétés: Les lois des 7 et 13 avril 1995, Bruxelles 1995, s.247 vd.

naklanan bir işlem veya bir kararın mameleki mahiyette zıt bir menfaati<sup>17</sup> söz konusu ise, bu üye yönetim kurulunda müzakereye başlanmadan önce, bu durumu öteki üyelere bildirmekle mükelleftir (...). Yönetim kurulu üyesi, üstelik, bu durumu, şirketin bir ya da birçok denetçi atadığı hallerde, onlara da bildirmek zorundadır (..) (I). Halka açık olan veya ilânen halka başvuran şirketlerde, I. fıkrada söz konusu edilen yönetim kurulu üyesi bu işlemlere ya da kararlara ilişkin olan yönetim kurulu toplantılarına katılmayacağı gibi oylamaya da iştirak edemez (IV)<sup>17a</sup>. Kanun koyucu §.4/I'de ise, §.1'in uygulanmayacağı halleri öngörmektedir. Gerçekten TŞHKK: 60/ § 4.madde hükmüne göre, "yönetim kurulundan kaynaklanan kararlar ya da işlemler, bir şirketin, başka bir şirket tarafından ihraç edilen senetlere ait oyların en azından yüzde doksana doğruya veya dolaylı şekilde sahip olduğu şirket arasındaki yahut her birinin ihraç ettiği senetlere ait oyların en azından yüzde doksan beşine öteki şirketin sahibi olduğu şirket arasındaki kararlara ya da işlemlerle ilgili olduğu hallerde § 1. hükmü uygulanmaya-caktır". Kanun koyucu bir istisna daha öngörmektedir (§.4/II): Yönetim kurulu kararları olağan işlemlere ilişkin ise, §.1. hükmü uygulanmayacak yani zıt menfaat müzakere öncesi öteki üyelere bildirilmeyecek, bu husus zapta yazılmayacak vs. Ancak bunun için bu olağan işlemlerin, aynı nitelikteki işlemler için piyasada geçerli olan normal garantiler altında ve şartlarda yapılmış olması gerekir. TŞHKK 60 bis maddesinde ise farklı bir konu düzenlenmektedir: "Senetleri Avrupa Birliği üyesi devletlerden birinde kurulu bir menkul kıymet borsasının (bourse de valeurs) resmi kotuna kabul edilmiş olan şirketlerde, yönetim kurulundan kaynaklanan ve bu şirketin yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesinde kesin ya da bariz (notable) bir etkiye sahip bir ortağa doğrudan ya da dolaylı şekilde mameleki bir avantaj sağlayan bütün kararlar" bir prosedüre tabi tutulmuş (§1/1); III. fıkrada ise yönetim kurulunda yapılacak müzakerede ve oylamada yukarıda sözünü ettiğimiz 60/§1'in uygulanacağı belirtilmiş; §.3/I'de ise §.1'in uygulanmayacağı haller dile getirilmiştir. Buna göre "yönetim kurulundan kaynaklanan kararlar ya da

<sup>17</sup> Doktrinde zıt menfaat örnekleri olarak şunlar gösterilmektedir: Şirket zararına olarak yönetim kurulu üyesine, şirketin sağladığından çok fazla bir menfaatin sağlanması; yönetim kurulu üyesinin bizzat şirketle sözleşme yapması. Buna mukabil yönetim kurulu üyesi sözleşme yapan iki şirketin organı olarak davranmışsa durum bu merkezde değildir; bkz. LOUIS FREDERICQ: *Traité de droit commercial belge*, Tome V, Grand 1950, No.428; ayrıca bkz.PIERRE COPPENS: *Cours de droit commercial*, Troisième volume, Louvain-La Neuve 1985, s.394. Belçika hukuku ile ilgili olarak özlü bilgi için bkz. LEON DABIN/ANNE BENOIT-MOURY: *Jura europae*, Droit des sociétés, Tome II, München-Paris 1994, s.20. 10. 43.

<sup>17a</sup> Öteki şirketlerin yönetim kurulu üyeleri için böyle bir yasak söz konusu değildir; bkz. KEUTGEN/ANDRE-DOMONT, s.261-262.

işlemler, bir şirketin, başka bir şirket tarafından ihraç edilen senetlere ait oyların en azından yüzde doksana doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde sahip olduğu şirket arasındaki yahut her birinin ihraç ettiği senetlere ait oyların en azından yüzde doksan beşine öteki şirketin sahip olduğu şirket arasındaki kararlarla ya da işlemlerle ilgili olduğu hallerde § 1 hükmü uygulanmayacaktır". Kanun koyucu bir istisna daha öngörmektedir (60 bis/ §3/II): Yönetim kurulu kararları olağan işlemlere ilişkin ise 60 bis/ §1 hükmü uygulanmayacaktır (yani takip edilecek prosedür konusundaki). Ancak bunun için bu olağan işlemlerin, aynı nitelikteki işlemler için piyasada geçerli olan normal garantiler altında ve şartlarda yapılmış olması gerekir. TŞHKK.67.maddesinde ise "yönetim kurulu üyelerinin şirket sözleşmesi hükümlerine göre, bu türlü hükümlerin mevcut olmaması halinde ise karar alan kurulların (assemblees deliberantes) olağan kurallarına göre müzakere yapan bir heyet oluşturduğu" hükme bağlanmaktadır. "Karar alan kurulların olağan kurallarını açıklayan yazarlar<sup>18</sup>, yönetim kurulu üyelerinin, müzakerelere ve oya katılmaktan yasaklanması konusuna temas etmemektedirler. Yukarıda değindiğimiz "müzakereler ve oylamaya katılma yasağına aykırı olarak alınmış kararların ya da tamamlanmış işlemlerin" akıbeti konusunda kanun koyucu hüküm öngörmüştür. Gerçekten TŞHKK 60/ §.3.maddesine göre, "şirket bu maddede<sup>18a</sup> öngörülen kurallara aykırı olarak tamamlanmış işlemlerin ya da alınmış kararların hükümsüzlüğünü (nullite), eğer bu işlemlerin ya da kararların öteki tarafı bu ihlali biliyorsa ya da bunu bilmesi gerekiyorsa, talep" edebilecektir. Benzer bir hüküm TŞHKK. 60 bis.§2. maddesinde de, o maddeye aykırı olarak alınmış kararların ya da tamamlanmış işlemlerin hükümsüzlüğünün talep edilmesi bakımından öngörülmüştür. Nihayet, kanun hükümlerine aykırı davranan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da hükme bağlanmıştır. TŞHKK.60.maddesine göre, "yönetim kurulu üyeleri, ortak hukuk uyarınca, kabul ettikleri vekaletin icrasından ve yönetimlerindeki kusurlu davranışlarından sorumludurlar (I)". Öte yandan, aynı maddenin II. fıkrasına göre yönetim kurulu üyeleri "şirket sözleşmesi ya da bu fasıl<sup>19</sup> hükümlerine muhalefetten kaynaklanan bütün zarar ve ziyandan, şirket ve üçüncü şahıslar karşısında, müteselsilen sorumludurlar".

---

<sup>18</sup> FREDERICQ: *Traité..*, No.428; BARON LOUIS FREDERICQ: *Précis de droit commercial*, Bruxelles 1970; COPPENS, s.385. Ayrıca bkz. JACQUES' t KINT/RODOLPHE GYSELINCK: *Les sociétés anonymes*, Bruxelles 1975.No.208.

<sup>18a</sup> Yani "müzakere ve oylamaya katılma yasağının" da yer aldığı 60. madde.

<sup>19</sup> "Bu fasıl (titre)", "ticaret şirketler" başlıklı IX. fasıldır; bkz. COPPENS, s.399: "(..) ticaret şirketlerine ilişkin konuna muhalefet (..)".

#### Ş.IV. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Borçlar Kanununun (CO) 1936 tarihli metni, yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantılarında müzakerelere katılmaktan yasaklanması konusunda bir hüküm ihtiva etmiyordu<sup>20</sup>; 1991 yılı değişikliğinde de yine bu konuda doğrudan bir hüküm mevcut değildir<sup>20a</sup>. ROBERT PATRY 1977 tarihinde<sup>21</sup> konumuzla ilgili olarak şu görüşü ileri sürmüştü: “Her yönetim kurulu üyesi, şahsen kendisini ilgilendirmekte olsa bile, yönetim kurulu toplantılarına katılmak hakkına haizdir”. Bu yorum, genel kurullarda ortakların oy haklarının yasaklanmasıyla ilgili olan CO.659a/1, 659b/1 ve 695/1. maddelerinin yorumuna dayanmaktadır. Gerçekten, genellikle kabul gören yoruma göre, bu maddeler münhasıran ortakları ilgilendirmektedir<sup>21a</sup>. 1991 değişikliğinden önce menfaat çatışması halinde üyenin oy kullanmasının yasaklanması, doktrinde ve mahkeme kararlarında, mümessilin kendisiyle mukavele yapması ve çifte temsil ile ilgili esaslardan yararlanılarak sağlanmaktaydı<sup>22</sup>. Oysa 1991 değişikliği ile bundan böyle yönetim kurulu üyelerini ilgilendiren sadakat borcu ile ilgili CO.717/1.maddesi, yönetim kurulu üyelerini şahsen ilgilendiren kurul kararlarına onların katılmasını yasaklamayı da özellikle kapsamaktadır<sup>23</sup>: “Yönetim kurulu üyeleri (...) görevlerini gerekli bütün ihtimamı göstererek ifa ederler ve şirket çıkarılarını sadakatle gözetirler”<sup>23a</sup>. Öte yandan RITA TRIGO TRINDADE, bir anonim şirket yönetim kurulunun bir derneğin yönetimine nazaran hiçbir özellik arz etmediğini ifade ile, onlara uygulanan CC 68 (TMK.61)<sup>24</sup> maddesinin kıyasen anonim şirketlerin yönetim kurullarına da tatbik edilebileceğini belirtmektedir<sup>24a</sup>.

<sup>20</sup> RITA TRIGO TRINDADE: *Le conseil d'adminestration de la société anonyme*, Geneve 1996, s.147.

<sup>20a</sup> TRINDADE, s.148. İsviçre hukuku için ayrıca bkz. ROLAND RUEDIN: *Droit des sociétés*, Berne 1999.

<sup>21</sup> ROBERT PATRY: *Precis de droit suisse des sociétés*, Volume II, Berne 1977, s.251.

<sup>21a</sup> TRINDADE, s.148

<sup>22</sup> TRINDADE, s.148-149.

<sup>23</sup> TRINDADE, s.148.

<sup>23a</sup> Bkz.GEORGES SCYBOZ: *Code civil suisse et code des obligations annotés*, Cinquieme edition mise a jour, Lausanne 1993, s.343.

<sup>24</sup> CC.68: “Üye, kendisi, eşi, usul ya da furuu ile ilgili olduğu hallerde, kurumun iş veya davasına ilişkin kararlarda oy hakkından kanunen mahrumdur”.

<sup>24a</sup> TRINDADE, s.149-150.

#### §.IV. SONUÇ

Anonim şirket yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılmaması ve oy kullanmaktan yasaklanması, farklı kapsamda da olsa, genellikle kabul edilmektedir. Kanun koyucu, bazı hallerde üyenin tarafsız kalamayabileceği ve böylece şirket çıkarlarını zedeleyebileceği düşüncesinden hareket etmektedir. Türk hukukunda menfaat yelpazesi geniş tutulmuştur; yalnızca üyenin ilgili olduğu değil yakınlarının da ilgili olduğu kararlar yasak kapsamındadır. Oysa Fransız hukukunda ön izin sistemi mevcuttur: ilgili üye ön izinle ilgili oylamalara katılamaz sonra yine Fransız hukukunda üye ile şirket arasındaki **sözleşmeler** için verilecek izin konusundaki toplantılar hükme bağlanmıştır. Belçika hukukunda ise, Fransız hukukunda olduğu gibi bir düzenleme vardır; ancak burada “işlem ve kararlar” kapsama alınmıştır ve kanun koyucu yönetim kurulu üyesinin “mameleki mahiyette zıt menfaatinin” söz konusu olmasını aramaktadır. Her iki hukukta da, Türk hukukunda olduğu gibi ya sağın, “yakınlar” a teşmili söz konusu değildir.





# CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU ve AMERİKAN HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI

*Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN\**

## § 1. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

### I. KAVRAM

Bilindiği üzere sözleşme bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle görüşmeler yaparlar. Bu görüşmeler akdin mahiyetine ve hal ve şartlara göre, uzun veya kısa sürebilir. Bir akdi ilişki kurmak kastıyla görüşmelere başlayan kişiler arasında MK.m.2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan bir güven ilişkisi doğar. Çünkü, görüşmecilerden her biri veya onların yardımcıları karşı tarafın ve onun koruma alanındaki 3. şahısların kişi ve malvarlığı değerleri üzerinde etkili olabilecek bir konuma geçmişlerdir. Buna paralel olarak taraflar arasındaki güven ilişkisi sıkılaşmış ve dolayısıyla birbirlerine doğru bilgi verme, bilinmesi gerekli konularda açıklama yapma, diğer görüşmeciyi ve onun koruma alanındaki 3. kişileri zarardan uzak tutma şeklinde ifade edilen bir takım koruma yükümlülükleri diğer bir deyişle, özel davranış mükellefiyetleri ortaya çıkmıştır. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumlu olurlar<sup>1</sup>. İşte akdin kurulmasından önceki kusurlu davranıştan doğan bu so-

\* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 5. Bası, İstanbul 1999, sh.1116,1117; İlhan ULUSAN, Culpa In Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, sh.287 vd.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985, sh.22,23; Selâhattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Halûk BURCUOĞLU / Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, İstanbul 1993, sh.975,976; Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Baskı, İstanbul 1976, sh.211,212; Ayfer Kutlu SUNGURBEY, Yetkisiz Temsil -özellikle culpa in contrahendo (sözleşmenin görüşülmesinde kusur) ve olumsuz zarar-, İstanbul 1988,

rumluluğa, Latince bir tabirle, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk adı verilmektedir. Buna, Türkçe’de “akit görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk” demek de mümkündür.

Görüşmecilerden birinin ihtiyatsız tutumu veya yanıltıcı beyanları sonucu hiç kurulmamış ya da geçersiz olarak meydana gelmiş sözleşmeler yüzünden zarara uğrayan diğer taraf, geçerli bir sözleşme bulunmadığından ne sözleşmeye, ne de -bir mutlak hakkın çiğnenmesi söz konusu olmadığından- haksız fiile dayanarak zararının giderilmesini isteyemiyordu. İşte culpa in contrahendo sorumluluğu, görüşmeler esnasında kusursuz olan şahsı diğer tarafın kusurlu davranışlarına katlanmak zorunda bırakan ve tabi ki hakkaniyete uymayan söz konusu durumu düzeltmeyi amaçlamıştır<sup>2</sup>.

Culpa in contrahendo kavramı, ilk olarak Alman hukukçu Rudolf von Jhering tarafından “akit görüşmeleri esnasında kusur veya batıl ya da kurulmamış akitlerde tazminat” adlı incelemede ele alınıp işlenmiştir. Jhering, incelemesinde ve savunduğu görüşte daha çok batıl veya kurulmamış sözleşmeler açısından akit görüşmelerinden doğan zararın tazmini yükümlülüğünü işlemiş, fakat görüşme kusuruna rağmen geçerli olarak kurulan sözleşmelerde soruna değinmemiştir. Daha sonra Leonhard, “akdin kurulması sırasında kusur” adlı eserini yazmış ve burada, akdin kurulması esnasındaki kusur kavramını önermiş ve bununla sorumluluğun ancak geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olabileceğini savunmuştur. Ancak zamanla doktrin ve uygulamada her iki hukukçunun görüşleri birleştirilmiş ve bugün hakim olan fikre göre, görüşmelerden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, akdin kurulmuş ya da kurulmamış veya batıl ya da geçerli olmasının şart olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>3</sup>. Gerçekten, culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için kurulmuş bir akdin varlığı şart değildir. Böyle bir şartın aranması maksada aykırı olarak sorumluluğun kapsamını son derece kısıtlayacaktır.

---

sh.117 vd., 124; Hamdi YILMAZ, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa In Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, C.XI, Sa.3, Temmuz 1985, sh.234 vd.; Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çev. Cevat Edege), 2. Baskı, Ankara 1983, sh.187,188; M. Kemal OĞUZMAN / M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998, sh.68 vd., 309 vd.; Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 1999, sh.271; Aytekin ATAAY, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. Basım, İstanbul 1995, sh.244.

2 YILMAZ, agm., sh.235,236; ULUSAN, agm., sh.285,286; Rona SEROZAN, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD., yeni seri, Y.2, Sa.3, İstanbul 1968, sh.110.

3 EREN, age., C.II, sh.1117; YILMAZ, agm., sh.236.

Jhering tarafından ortaya konulan sözleşme görüşmelerindeki kusur kavramı İsviçre/Türk Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu'nu büyük ölçüde etkilemiştir. Bu yasalarda sözleşme görüşmelerindeki kusur kavramının bir görünümü olan münferit hükümler yer almaktadır. Ancak bugün ne İsviçre/Türk ve ne de Alman Hukukunda, sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural yoktur. Hemen belirtelim ki, Amerikan Hukuku'nda da konuya ilişkin genel bir hükme rastlanmamaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm bulunmaması akdin kurulması safhasında bir tarafın işlediği kusur yüzünden diğer tarafın uğradığı zararların hangi hukuki sebebe dayanılarak ve ne ölçüde tazmin edileceği sorununun gündeme getirmiştir. Şimdi, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyeti ve giderim talebinin kapsamı konularını inceleyerek bu sorulara cevap vermeye çalışacağız.

## **II. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER**

### **1- Haksız Fiil Görüşü**

Bu görüşe göre, akit görüşmelerinden doğan sorumluluk, niteliği itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğudur. Zira görüşme ilişkisinin başlamasıyla görüşmeye katılan kişiler arasında akdi bir ilişki meydana gelmez. Akdi sorumluluk, akdin kurulmasını ve içerdiği bir yükümlülüğün ihlalini gerektirir. Oysa burada akit öncesi bir davranıştan doğan zarardan sorumluluk söz konusudur.

Haksız fiil kuramına göre, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk, kimseye zarar vermeme (neminem laedere), davranışlarda gerekli özeni gösterip güveni sarsmamaya ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlali biçiminde belirir. Akdi görüşmelere girişen tarafların düşüncelerini açığa vurmaları, karşı tarafça yanlış yorumlanabilecek tutum ve davranışlardan sakınmaları veya bunları sürdürmemeleri, herkes için yürürlükte bulunan, herkesten uyulması beklenen soyut özen yükümünün gereğidir. Bu soyut ve genel yükümlülüklerin akit müzakereleri esnasında ihlal edilmesi, BK.m.41 çerçevesinde yasal dayanağa kavuşan bir haksız fiil oluşturur<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> ULUSAN, agm., sh.302; Ali Naim İNAN, "Culpa In Contrahendo"- Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, Adalet Dergisi, Y.45, Sa.7, Temmuz 1954, sh.884; YILMAZ, agm., sh.244. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. EREN, agc., C.II, sh.1118 (438) no'lu dn.; H. OSER / W. SCHÖNENBERGER (Çev. Recai Seçkin), Ankara 1947, m.26, no.11, sh.225; m.39, no.7-8, sh.316,317.

Görüldüğü gibi haksız fiil görüşünü savunanlar, sözleşme öncesi dönemde yapılan görüşmelerin özelliklerini, önem ve değerlerini görmezlikten gelerek, bu görüşmeler sırasında işlenen dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan tutum ve davranışları basit bir soyutlama aracılığıyla genel özen gösterme, zarar vermeme ilkesi içinde incelemekle yetinmişlerdir. Oysa sözleşme görüşmeleri çerçevesinde, haksız fiilin herkese hitap eden, genel, soyut ilkeleri söz konusu olmayıp, artık burada belirli kişiler arasında cereyan eden somut nitelikte bir özen yükümünün, daha özlü bir deyişle, özel ve somut bir zarardan koruma yükümünün söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir<sup>5</sup>.

Akit müzakereleri sırasında işlenen kusuru bir haksız fiil şeklinde nitelendirdiğimiz takdirde; tazminat talebi BK.m.60'a göre, kural olarak 1 yıllık zamanaşımına tabi olur. Akdi sorumlulukta uygulama alanı bulan BK.m.125'deki 10 yıllık zamanaşımı burada geçerli olmaz. Sözleşme görüşmelerinin sebep olduğu zarar yardımcı kişinin davranışından doğmuşsa, ortada bir sözleşme olmadığı için görüşmeci BK.m.100'e göre değil, BK.m.55'e göre sorumlu tutulabilecektir. Bu durumda görüşmeler esnasında yardımcı kullanan taraf, söz konusu zararın doğmaması için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Nihayet, görüşmeler sırasında işlenen kusur nedeniyle zarar gören şahıs, karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır. Şu halde, culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil şeklinde nitelendirilmesi, zarar gören taraf için aşılması oldukça güç engeller yaratacaktır<sup>6</sup>.

## 2- Sözleşme Kuramları

### a-) Kurulacak Sözleşme Kuramı (Amaç Sözleşme Teorisi)

Culpa in contrahendo'yu sözleşme temeline oturtan görüşler içinde en eskisi sayılan amaç sözleşme teorisi, sözleşme öncesi dönemde taraflar arasında cereyan eden görüşmelere somut bir nitelik tanıyarak bu olguları kurulacak olan sözleşme ilkelerine çekme biçiminde belirir. Bu görüşe göre, sözleşme görüşmeleri sırasında kişilerin uymak zorunda buldukları karşılıklı görev ve yükümlülüklerin kurulacak sözleşmeden ayrı, ondan bağımsız bir niteliği yoktur. Tam tersine, sözleşme öncesi yükümlülükler, geçerli olarak meydana gelmesi tasavvur edilen sözleşmeye dahil olup, birlikte bir bü-

<sup>5</sup> İNAN, agm., sh.885,886; ULUSAN, agm., sh.303.

<sup>6</sup> EREN, age., C.II, sh.1119; ULUSAN, agm., sh.304.

tün oluştururlar. O nedenle sözleşmeden dolayı sorumlu olan borçlu, sözleşme görüşmelerindeki davranışlarından da sorumlu olmalıdır<sup>7</sup>.

Culpa in contrahendo'nun sorumluluk temelini taraflarca kurulması amaçlanan sözleşmede bulan bu teori birçok bakımdan eleştirilmiştir. Bu hususta yapılan en önemli tenkit, sözü geçen kuramın zorunlu olarak geçerli bir sözleşmeye ihtiyaç göstermesi ve bu nedenle geçerli bir sözleşmeden söz edilemeyen durumlarda söz konusu kuramın yetersiz kalacağı ve dolayısıyla soruna kısmi bir çözüm yolu getirmiş olacağı yönündedir. Gerçekten taraflar özellikle sözleşme görüşmeleri safhasında bu bağlantıların kendilerini bir sözleşmeye ulaştırıp ulaştırmayacağını bilmedikleri gibi, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kanısında olsalar dahi, onlar açısından bilinmeyen bir nedenle sözleşme geçersiz de olabilir<sup>8</sup>.

#### **b-)Bağımsız İşlem Kuramı**

Bağımsız işlem kuramına ilişkin görüşlerin en bariz özelliği, "kurulacak sözleşme kuramı"nın aksine, sözleşme öncesi döneme ilişkin somut yükümlülüklerle, ulaşılmak istenen hukuki işlem arasında bir ayırım yapmasıdır. Gerçekten sözü geçen kuram, akit öncesi işlemleri, bunlar üzerindeki bazı görüş ayrılıklarına karşın, kurulacak sözleşmeden ayrı sayıp "özel bir hukuki işlem" olarak nitelendirmiştir. Stoll'un sözleşme öncesi dönemi "*sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi*" şeklinde adlandırması bu safhanın bağımsızlığını ve hukuksal niteliğini ortaya koymaktadır<sup>9</sup>.

Bağımsız işlem kuramı, sözleşmeye takaddüm eden ilişkilerin niteliği üzerinde görüş ayrılıklarına yol açacak bir biçimde gelişmiştir. Bir görüşe göre, özel nitelikteki ilişkiler iki taraflı, diğer bir görüşe göre ise tek taraflı bir nitelik taşır.

#### **aa-) Sözleşme Öncesi Dönemi İki Taraflı İlişkiler Olarak Niteleyen Görüş**

Bağımsız işlem kuramı içinde bir alt tür olarak beliren bu görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun temeli, sözleşme öncesi dönemde tarafların karşılıklı olarak "ihbar ve haber yükümlülükleri" ile bağlı kılındıkları örtülü (zımni) bir sözleşmeye dayandırılmaktadır. Akdin müzakere-leri evresinde taraflar arasında zımni bir sözleşme bulunduğu faraziyesini kabul eden bu yaklaşım, "amaç sözleşme kuramı"nın geçersiz sözleşme ilişkisinde doğurduğu güçlüğü aşılmasına hizmet etmiştir. Özellikle Alman

<sup>7</sup> ULUSAN, agm., sh.305; İNAN, agm. (2), Sa.8, sh.999,1000.

<sup>8</sup> ULUSAN, agm., sh.306; SEROZAN, agm., sh.111.

<sup>9</sup> ULUSAN, agm., sh.307.

İmparatorluk Mahkemesi'nin örtülü sözleşmeyi açıkça kabul eden kararlarının bu fikrin gelişmesinde büyük etkisi olmuştur. Ne var ki, sözleşme öncesi sorumluluğu, aydınlatma ve koruma yükümlülükleriyle donanmış örtülü sözleşme niteliğinde gören görüş, sözü geçen hukuki ilişkinin bir varsayıma dayanması ve bu itibarla keyfi bir nitelik taşıması nedeniyle soruna çözüm yolu getirici olmaktan uzak görülmüştür<sup>10</sup>.

### bb-) Sözleşme Öncesi Dönemi Tek Taraflı Hukuki İlişki Olarak Niteleyen Görüş

“Giriş kuramı” adıyla da bilinen somut görüşe göre de, sözleşme öncesi dönemde cereyan eden işlemlerle kurulmak istenen hukuki işlem birbirinden bağımsız ve ayrı sayılmıştır. Bu kuram, özellikle icap aracılığıyla sözleşme ilişkileri kurma olgusu söz konusu olduğunda tarafların doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde kalarak, imkansızlıkları bildirme yükümlülüğünü çıkış noktası olarak almaktadır<sup>11</sup>.

Özellikle Stoll tarafından güven ilişkisi çerçevesinde “sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi” şeklinde nitelenen bu nazariye çerçevesinde, Stoll, culpa in contrahendo’yu ilk olarak sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan sorumluluk, ikinci olarak geçerli bir sözleşmenin kurulması sırasındaki tutum nedeniyle sorumluluk ve nihayet, numerus clausus ilkesinin geçerli olduğu sözleşme öncesi dönemde icap veya sözleşme ilişkilerine girişme isteği şeklinde tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelediği tutum nedeniyle sorumluluk türleri kabul ederek, amaç sözleşme kuramına yapılan tenkitlerden kurtulmuş gözükmektedir<sup>12</sup>.

### 3- Eklektik (Seçmeci) Kuram

Jäggi’ye göre, akit görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur. Burada yanıtlanması gereken soru; bir görüşme ilişkisinden doğan tazminat alacağının, koşulları ve içeriği ile ilgili olarak hangi biçimlere (modalitelere) bağlı olduğudur. Jäggi’nin biçim (modalite) olarak nitelendirdikleri; tazminat alacağının tabi olduğu zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk ve ispat yükünün dağılımıdır. Yazara göre, haksız fiile ilişkin kuralların mı yoksa borca aykırılığa ilişkin kuralların mı uygulanacağı sorunu her somut olayda uygun bir çözüm elde edecek

10 ULUSAN, agm., sh.307,308.

11 İNAN, agm. (2), sh.1008; ULUSAN, agm., sh.309.

12 ULUSAN, agm., sh.309.

tarzda, biçimlerden (modalitelerden) her biri için ayrı ayrı çözümlenmek gerekir<sup>13</sup>.

Jäggi'nin ileri sürdüğü bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nce de benimsenmiştir. Federal Mahkeme, culpa in contrahendo sorumluluğu ile ilgili son kararlarında, sorumluluğun hukuksal niteliğini bir yana bırakarak, zamanaşımı yönünden BK.m.60'ı uygulamıştır. Federal Mahkeme kararında, sorumluluğun daha uzun zamanaşımına tabi olmasının hukuki emniyete aykırı düşeceği gerekçe gösterilerek, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir yıllık zamanaşımının uygulanması kabul edilmiştir<sup>14</sup>.

Jäggi'nin savunduğu görüşün eleştiriye konu olabilecek noktası davacının hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere hep beraber başvurabileceğini kabul etmesidir. Oysa doktrinde ifade edildiği üzere, davacı, kısmen haksız fiil, kısmen de sözleşme sorumluluğuna dayanamaz<sup>15</sup>. Gerçekten haksız fiil ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin kurallardan birkaçını bir olaya birlikte uygulamak Borçlar Kanunu sistemine aykırı düşer.

Jäggi'nin görüşüne dayanarak ve onu düzeltmeye çalışarak yeni bir görüş ileri süren Bühler'e göre, sözleşme görüşmeleri ilişkisinden doğan tazminat alacağının hangi biçimlere bağlı olduğunu değil, her culpa in contrahendo durumunda, hangi sorumluluk nedeninin (haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu) bulunduğunu araştırmak gerekir. Bühler, sorumluluğun niteliğini belirlerken şu kıstasları kullanmaktadır: Sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış, görüşmeler ile ilgili ise, sözleşme sorumluluğu; genel yükümlülüklerle aykırı ise, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olur<sup>16</sup>.

Bühler, bu kıstasa göre yaptığı ayırımı örneklerle açıklamaktadır: Sözleşme görüşmelerine katılanlardan biri, uzun görüşmelerden sonra tüm noktalarda uyuşmaya varıldığı konusunda diğerini inandırır. Bunun üzerine muhatap, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi için belirli masraflar yapar. Ancak, karşı taraf, 3. bir kişiyle kendisi için daha uygun şartlarla bir sözleşme kurar. Bu yüzden, sözlü anlaşmaya güvenen muhatap zarara uğrar. Söz konusu olayda, kusurlu davranış görüşmeler ile ilgili olduğundan, söz-

<sup>13</sup> EREN, age., C.II, sh.1120,1121; A. SUNGURBEY, age., sh.124,128; YILMAZ, agm., sh.246'dan naklen.

<sup>14</sup> BGE. 101 II 296 (bkz. YILMAZ, agm., sh.247; A. SUNGURBEY, age., sh.127 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.311). Ayrıca bkz. BGE. 104 II 94; 108 II 422.

<sup>15</sup> REİSOĞLU, age., sh.310; faile karşı hangi sorumluluk esasına dayanılmışsa, o esasın bütün hükümleri uygulanır (OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.364).

<sup>16</sup> YILMAZ, agm., sh.248'den naklen.

leşme sorumluluğu mevcuttur. Buna karşılık, taraflardan biri, yerine getiremeyeceği bir sözleşmenin kurulacağı konusunda karşı tarafı kandırırsa, haksız fiil sorumluluğu vardır. Çünkü böyle bir davranış belirli bir sözleşme ilişkisine yöneltilmiş değildir; genel yükümlülükler aykırıdır<sup>17</sup>.

#### 4- Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü

Özellikle Bucher tarafından savunulan bu fikre göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, hukuki dayanağını MK.m.2'de bulan kendine özgü bir sorumluluk türüdür ve kendi özel kurallarına tabidir. Bu sorumluluk, ne bir sözleşme ne de açık bir haksız fiil sorumluluğudur. Ancak bu konuda yapılacak değerlendirmede, culpa in contrahendo olgusunun, hem haksız fiil hem de sözleşmeye ilişkin unsurlar taşıdığını göz önünde bulundurmak gerekir<sup>18</sup>.

Bucher, sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğunu, esas itibariyle, zamanaşımı ve yardımcı kişilerden sorumluluk muvacehesinde incelemiştir: Yazar, haksız fiilden doğan tazminat taleplerine ilişkin BK.m.60'ın, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça bütün alacak haklarının 10 yılda zamanaşımına uğrayacağını belirten BK.m.125'e nazaran özel bir zamanaşımı süresi olduğunu kabul eder. Yazara göre, özel bir zamanaşımı süresinin (burada, 60. maddedeki süre) açık olarak öngörülmediği hallerde, bu arada, kesin bir haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilemeyen culpa in contrahendo sorumluluğuna, 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Genel zamanaşımı süresi, zamanaşımı ile ilgili özel bir kural yoksa, yasada düzenlenen culpa in contrahendo durumları (BK.m.26; 36/f.2; 39) için de geçerlidir. Ayrıca yazar, yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından, BK.m.100'ün tatbikinin uygun olduğu görüşündedir<sup>19</sup>.

#### 5- Culpa In Contrahendo'ya İlişkin Yeni Çözüm Yolları

Burada, culpa in contrahendo sorumluluğunu akdi bir sorumluluk olarak nitelendiren geleneksel sözleşme kuramlarının yeni bir versiyonu olarak gözükten ve Türk doktrini tarafından benimsenen iki ayrı yaklaşımı inceleyeceğiz:

##### a-) Sözleşme Benzeri (Quasi Contractus) Güven İlişkisi

Bu görüşlerden ilki, culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağını, sözleşme müzakereleri sırasında kurulan akit benzeri bir ilişkinin ihlalinde

<sup>17</sup> YILMAZ, agm., sh.248,249'dan naklen.

<sup>18</sup> EREN, age., C.II, sh.1120; YILMAZ, agm., sh.249'dan naklen.

<sup>19</sup> YILMAZ, agm., sh.249,250; EREN, age., C.II, sh.1120'den naklen.



bulur. Bu görüş çerçevesinde, akit görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında akit benzeri bir güven ilişkisi doğar. Görüşülmeye başlanan akit daha sonra ister kurulsun ister kurulmasın, ister geçerli ister geçersiz olsun, bu ilişki, görüşmelere başlayan taraflara birbirlerine özen gösterme, birbirlerini aydınlatma ve koruma yükümleri yükler. Gerçekten, akit görüşmelerinin fiilen başladığı anda, görüşmeciler arasında yüksek düzeyde bir özen ve koruma yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün ihlali, aynen akitten doğan bir yükümlülüğün ihlali gibi akdi sorumluluğa neden olur. Zira, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri dolayısıyla kurulan güven ilişkisi, bir hukuki ilişkidir. Sözü geçen hukuki ilişkinin ihlali akdi sorumluluğa ait prensiplerin culpa in contrahendo için de uygulanmasını gerekli kılar<sup>20</sup>.

O nedenle, tazminat talebi, BK.m.125'e göre on yıllık zamanaşımına tabidir. Görüşmecilerin yardımcılarından dolayı sorumluluğunda, borçlunun yardımcılarından sorumluluğunda olduğu gibi, BK.m.100 uygulanır. Kusuru ispat yükü ise, BK.m.41'de olduğu gibi zarar gören tarafa düşmez. Tam aksine, zarar veren taraf BK.m.96'ya göre kusursuz olduğunu ispatlamak zordur.

Yargıtay'ın, "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" (culpa in contrahendo) esasına dayanan bir kararında bu görüşü benimsediği görülmektedir. Karara göre: Devlet memurlarının ticaret yapması mümkün olmadığından, bu amaçla yapılan ticari sözleşmeler (dava konusu olayda, tek satıcılık sözleşmesi), başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle geçersizdir. Ancak sözleşme bir anda meydana gelen bir hukuki işlem değil, bir süreçtir. Sözleşme meydana gelmeden önce, taraflar; akdin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Böylece, sözleşme müzakerelerinin başlamasıyla görüşmeciler arasında akit benzeri bir güven ilişkisi kurulur. Buna göre, müzakereler esnasında görüşmecilerin, akdin kapsam ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Bu yükümlülüğe kusurlu olarak aykırı davranan, -sözleşme yapılırken devlet memuru olduğunu gizleyen- taraf, görüşmelerin başlamasıyla kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal etmiş sayılır ve karşı tarafın bundan doğan zararını tazmin etmekte yükümlü olur<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> EREN, age., C.II, sh.1119; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.978; A. SUNGURBEY, age., sh.124. Ayrıca bu görüş hakkında bkz. ULUSAN, agm., sh.312.

<sup>21</sup> Yarg. 13. HD.'nin 13.11.1995 T., E.9375 / K.9860 sayılı kararı (YKD., C.22, Sa.4, Nisan 1996, sh.569-571).

### b-) Davranış Yükümleri İlişkisi

Türk doktrininde özellikle Serozan tarafından savunulan ve ekseriyetle kabul edilen fikre göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, taraflar arasındaki edim ilişkisinden bağımsız olarak, tarafların birbirlerine karşı uymakla yükümlü buldukları özel davranış yükümlerinin ihlalden doğar<sup>22</sup>. Serozan bu davranış yükümlerini, “*edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi*” olarak nitelendirmektedir.

Bu görüşü aydınlığa kavuşturabilmek için, bir borç ilişkisindeki mevcut edim yükümlerine değinmek gerekir. Edim yükümleri asli ve tali olmak üzere iki türe ayrılır. Asli edim yükümleri, somut borç ilişkisinin hukuki niteliğini, tipini belirleyen ve sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen yükümlerdir. Örneğin bir satım ilişkisinde, satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcu ile alıcının satım parasını ödeme borcu bu anlamda asli edim yükümlülüklerindedir. Fakat borç ilişkisinin sonraki safhalarında (ve çok defa bu ilişkinin ihlal edilmesi sonucu), bahis konusu asli edimlerin yerine veya yanında “tali edim yükümleri” olarak adlandırılan başka yükümlülüklerde ortaya çıkabilir. Örneğin, satıcının kusuru sonucu satım konusu mal yok olmuşa, satıcının yukarıda açıklanan asli edim borcunun (satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcu) yerini ifada kusurlu imkansızlık prensipleri gereğince bir tazminat yükümlülüğü alır. Satıcının satılanı teslim etmekte temerrüde düştüğü ve alıcının da satılanın teslimi ile birlikte gecikme tazminatı talep ettiği bir ihtimalde ise, tazminat borcu, asli edim yükümlülüğüne eklenen bir tali edim yükümü mahiyetindedir<sup>23</sup>.

Bahsettiğimiz bu asli ve tali edim yükümlerinin yanı sıra ve fakat bunlardan bağımsız olarak bir takım *davranış yükümleri* de vardır. Bu davranış yükümlerine, *koruma yükümleri* de denilmektedir<sup>24</sup>. İşte sözü geçen bu davranış (veya koruma) yükümleri, bir borç ilişkisi kurmaya yönelik olarak birbirleriyle sosyal temas haline girmiş olan kişilerin, birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatmak ve karşı tarafın canını ve malını zarardan koruyacak tedbirleri almak şeklindeki mükellefiyetlerini ifade eder. Asli ve tali edim

22 SEROZAN, agm., sh.108 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.18 vd.; TUNÇOMAĞ, age., sh.211,212; Ergun ÖZSUNAY, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul 1976, sh.14; Hüseyin HATEMİ, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, sh.3.

23 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.18; SEROZAN, agm., sh.117; ÖZSUNAY, age., sh.12; EREN, age., C.I, 6. Bası, İstanbul 1998, sh.30; Seyfullah EDİS, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara 1989, sh.315 vd..

24 Şener AKYOL, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, sh.42 vd.. Keza bazı yazarlar, bu yükümlülüklerle, özellikle Alman Hukuk doktrininde “özen gösterme yükümü” de demektirler (bkz. EREN, age., C.I, sh.39).

yükümlerinin dayanağı somut edim ilişkisi iken, davranış yükümlerinin kaynağı MK.m.2/f.1'de öngörülmüş olan güven ilkesidir. Edim yükümlerinin yerine getirilmesi, ifa davası yoluyla, istenebildiği halde, davranış yükümlerinin yerine getirilmesi, -bunlar "*yan edim yükümü*" katına çıkarılmadıkça- istenemez. Ancak hemen belirtelim ki, aynen ifası talep ve dava edilemeyen söz konusu davranış yükümlerinin kusurlu ihlali, zarar veren tarafı tazminat borcu altına sokabilecektir<sup>25</sup>.

Bu noktada şunu da belirtelim ki, davranış yükümleri, bir kanun hükmü gereğince ya da tarafların açık veya örtülü anlaşması sonucu, edim ilişkisinden bağımsızlıklarını yitirerek bu ilişkinin içine girer ve böylece *yan edim yükümü* hüviyetine kavuşabilirler. Örneğin kira sözleşmesine ilişkin BK.m.256, kiracının, kiralananı koruma ve kiralanda oturan diğer kişilere karşı özen gösterme mükellefiyetini, bir yan edim yükümlülüğü olarak düzenlemiştir. Keza, bir satım sözleşmesinde, satılanı ambalajlama ve paketlenme yükümü satıcı tarafından üstlenilebilir veya satılanın başka yerden gönderilmesi halinde satıcı, sözleşme ile, gönderme masraflarını bir yan edim yükümü olarak vaad edebilir veyahut da satılan malın sigortalanması ve sigorta primlerinin ödenmesini yan edim yükümü olarak üstlenebilir. Dikkat edilirse, söz konusu yan edim yükümleri asli edim yükümü ile ilgilirdirler ve dolaylı veya dolaysız olarak asli edim yükümünün, sözleşmenin amacına uygun bir biçimde yerine getirilmesine, yani *edim sonucunun* gerçekleştirilmesine hizmet ederler. Örneğin, satılanı paketlenme ve sigorta ettirme yükümleri gibi. Buna karşılık, davranış yükümleri, somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifanın gerçekleştirilmesi çıkarına değil, karşı tarafın zarardan uzak tutulması maksadına yönelmişlerdir<sup>26</sup>.

Davranış yükümlerinin edim yükümlerinden bağımsızlığı yukarıda görüldüğü gibi salt işlevsel bir nitelik taşımakla kalmayıp, aynı zamanda doğuştan bağımsızlığı da içerir. Gerçekten kurulmamış, geçersiz veya sona ermiş bir somut ilişkide asli edim yükümü gibi yan edim yükümünden de söz etme olanağı yokken, davranış yükümleri varlıklarını korurlar<sup>27</sup>.

Bu teori, culpa in contrahendo sorumluluğunu, icap ve kabul beyanlarından tamamen ayrı olarak, bir kimsenin kişi ve mal varlığı değerlerini başka birisinin etki alanına sokan *hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temas* ile kurulan davranış yükümleri ilişkisine dayandırmaktadır.

<sup>25</sup> SEROZAN, agm., sh.117.

<sup>26</sup> SEROZAN, agm., sh.117,118; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.21,22; EREN, age., C.I, sh.31 vd..

<sup>27</sup> SEROZAN, agm., sh.119,120.

Teoriye göre, sözü geçen davranış yükümleri ilişkisi, icap ve kabul ile bir akdi ilişki kurulduktan sonra da sürer ve hatta borçlar karşılıklı olarak ifa edildikten sonra bile devam eder<sup>28</sup>. Ayrıca geçerli bir edim ilişkisinin varlığını da şart koşmaz ve yalnız sözleşenler değil, fakat onların etki alanındaki 3. kişileri de kapsamına alır<sup>29</sup>.

Netice itibariyle, bu teori, henüz ortada bir sözleşme yokken veya mevcut sözleşme sona erdikten sonra taraflar arasında, edim yükümlerinden bağımsız (davranış yükümlerinden kaynaklanan) bir borç ilişkisinin varlığını kabul ederek, haksız fiil sorumluluğunun çerçevesini sözleşmeden doğan sorumluluğun çerçevesi yararına daraltmakta ve böylece BK.m.96, 100 ve 125'in uygulama alanını alışılmışın dışına taşırmaktadır<sup>30</sup>.

### 6- Kanaatimiz

Kanaatimizce, sözleşme müzakerelerine veya aynı anlamda iş temaslarına girişme ile taraflar arasında özel davranış yükümleri adı verilen (edim yükümlerinden bağımsız) bir borç ilişkisi doğar. Dayanağını MK.m.2'deki dürüstlük kuralından alan bu davranış yükümlerine göre, taraflar, özellikle diğer tarafın sözleşmeyi kurup kurmamak veya belirli şartlarla kurmak konusundaki kararını etkileyebilecek noktalar hakkında birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatıcı açıklamalarda bulunmak ve karşı tarafın şahsını ve malını zarardan koruyacak tedbirleri almak zorundadırlar. Tarafların birbirlerini zarardan uzak tutacak şekilde davranma mükellefiyetleri, bir hukuki muamele kurmaya yönelik olarak sosyal temasa geçmiş kişilerin, birbirlerinin şahsı ve malvarlığı üzerinde etkili olma imkanlarının artması ve buna paralel olarak aralarındaki güven ilişkisinin sıklaşmasının bir gereğidir.

Örneğin, bir süper marketin gıda maddeleri bölümünden öte beri almak isteyen (A), elinde sepetle dolaşırken, iyi istif edilmemiş konserve kutularının devrilmesi sonucunda yaralanacak olursa, henüz ortada bir sözleşme

28 Demek ki, edim yükümlerini ihtiva eden borç ilişkisi sona erdikten sonra da, taraflar arasında bazı davranış (koruma) yükümlülüklerinin devam etmesi mümkündür. "Culpa post pactum perfectum" olarak ifade edilen bu durum, yukarıda belirttiğimiz culpa in contrahendo'nun sözleşme sonrasındaki izdüşümüdür. Örneğin, özellikle iş yeri kiralarda, kiraya verenin, kiracı (K) ile arasındaki kira ilişkisi tamamen tasfiye edilip son bulduktan sonra, (K)'nın yeni adresini ihtiva eden bir tabelanın kiralananda asılı kalmasına, hal ve şartların uygun gösterdiği bir süre katlanma mükellefiyeti, davranış yükümleri ilişkisine dayanır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.24). Keza, vekalet sözleşmesi sona erdikten sonra devam eden vekilin sır saklama borcu da, bu tür bir yükümlülüktür.

29 SEROZAN, agm., sh.121,122.

30 SEROZAN, agm., sh.122.

ilişkisi söz konusu olmadığı halde, süper marketin sahibine karşı, sözleşmeye aykırılık hükümlerine (BK.m.96 vd.) dayanılarak, bir tazminat davası açılabilecektir. Aynı şekilde, bir kırtasiye mağazasında satış elemanı kız, müşterilerden birinin üzerine bir şişe mürekkep döküyor. Bu durumda, mağaza sahibine ait olan bir "koruma mükellefiyeti"nin, ifa yardımcısı (satıcı kız) tarafından ihlali nedeniyle, mağaza sahibine karşı BK.m.100 gereğince dava açılabilir<sup>31</sup>.

Dikkat edilirse, Serozan'dan farklı olarak, sosyal temasın hukuken korunmaya değer bir amaca yönelik olmasını değil, bir hukuki muamele kurmaya yönelmiş olmasını şart koşuyoruz. Zira, Serozan'ın kendisinin de kabul ettiği üzere, bu kriterin esas alınması halinde haksız fiil ile davranış yükümlerine aykırılık arasındaki ayırım oldukça kaypak olacak ve bu yüzden akdi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki sınır belirsizleşecektir. Kaldı ki, Oğuzman/Öz de, bu teorinin adalete uygun sonuçlar vermesine rağmen uygulama alanının fazla genişletilmemesi ve sınırlarının iyi belirlenmesi gerektiği fikrindedir. Aksi takdirde bu teori, haksız fiil hükümlerinin büyük ölçüde borca aykırılık hükümleri içinde eritilmesi sonucunu doğurur ki, bu da, haksız fiil ve sözleşmeden doğan borca aykırılığı iki farklı sorumluluk düzenine bağlayan BK.'nun sistemine ters düşer<sup>32</sup>.

Kanaatimizce, bir süper markete orada çalışan arkadaşını görmek için giren kişinin şahıs veya mal varlığına bir zarar verildiği takdirde culpa in contrahendo sorumluluğu işletilemeyecektir. Zira süper market ile zarar gören kişi arasında bir hukuki muamele kurma amacına yönelik sosyal temas yoktur. Burada tamamen tesadüfi bir temas mevzubahistir. Ancak, o süper markete alışveriş yapmak amacıyla giren bir hanımın, almak istediği peynirin tadına bakması ve tadını beğenmediği için almadığı bu iyi mayalanmamış peynir yüzünden zehirlenmesi durumunda, culpa in contrahendo sorumluluğu işletilebilecektir. Bu konuda son olarak şunu ifade edelim ki, bir hukuki muamele kurmaya yönelik sosyal temastan bahsedebilmek için, mutlaka sözleşme müzakerelerine başlanmış bulunulması şart değildir. Gerçek anlamda sözleşme müzakereleri başlamamış olsa bile, iş ilişkilerinin hazırlığına geçilmiş olması yeterli kabul edilmelidir<sup>33</sup>. Örneğin, kesin satın alma niyeti bulunmadan bir mağazaya giren (A), etraftaki eşyalara bakarken mağaza müstahdemlerinden biri, elindeki merdiveni (A)'nın üzerine düşürüp onun yaralanmasına sebep oluyor. Bu misalde, henüz gerçek anlamı ile söz-

31 ÖZSUNAY, age., sh.15.

32 Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.39.

33 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.20.

leşme müzakereleri başlamamıştır, fakat bir alış veriş (iş) ilişkisini hazırlayıcı sosyal temas gerçekleşmiştir ve o andan itibaren tarafların MK.m.2'ye uygun biçimde karşılıklı koruma mükellefiyetlerini ihtiva eden bir (kanuni) borç ilişkisi doğmuştur. Bu sebeple culpa in contrahendo kuralı uygulanır ve (A) sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat isteyebilir. Aynı sonuç, (A)'nın (daha henüz hiç bir mağaza müstahdemi ile konuşmadan) mallara bakarken dikkatsizce yere fırlattığı sigara izmariti ile yangına sebebiyet verdiği durumda, (A)'dan istenecek tazminat bakımından da geçerli olacaktır.

### III. BORÇLAR KANUNU VE MEDENİ KANUN'UN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nda akit görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir kural mevcut değildir. Buna karşılık gerek Borçlar Kanunu gerekse Medeni Kanun'da culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin bazı münferit hükümler yer almaktadır. BK.m.3, 5, 26/f.1, 36/f.2, 39/f.1, 192/f.2, 205/f.3, 243 ve 464/f.2 maddeleri ile MK.'un 395/f.2. maddesi akit görüşmelerinden doğan sorumluluğa örnek gösterilebilir.

Kanunda özel hükümlerle düzenlenmiş, akit görüşmelerinden doğan başlıca sorumluluk halleri şunlardır:

#### 1- Kendi Kusuru ile Hataya Düşen Tarafın, Akdin İptal Edilmesinden Dolayı Karşı Tarafın Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu (BK.m.26)

BK.m.26'ya göre, hata sebebiyle akdi iptal eden taraf, hata kendi kusurundan<sup>34</sup> ileri gelmişse, akdin bu suretle iptalinden doğan zararı tazminle yükümlüdür. Hakkanियet gerektiriyorsa, hakim, zarar gören lehine daha fazla tazminata hükmedebilir. Görüldüğü üzere, BK.m.26 culpa in contrahendo'nun tipik bir misalini vermektedir<sup>35</sup>.

Ayrıca, BK.m.28 ve 29'a göre hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptali (veya iptalinden feragat edilmesi) hallerinde, aldatan veya korkuta-

<sup>34</sup> Hataya düşmede en küçük ihmal dahi bu sorumluluğa yol açar (OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.90). Örneğin (S), metresi 10.000.000 liradan kumaş satmak istediği halde, (A)'ya gönderdiği mektupta *dikkatsizlikle* "metresi 1.000.000 liradan" diye yazmışsa, karşı tarafın sözleşmenin iptalinden doğan zararını tazmin etmek zorundadır. Ancak hataya düşen şahsın hiç bir kusuru yoksa (örneğin hata, postanenin telgrafı yanlış çekmesi yüzünden ortaya çıkmışsa) kendisinden tazminat istenemez. Karş. BGB. § 122.

<sup>35</sup> EREN, age., C.II, sh.1121; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.977; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.90; von TUHR, age., sh.290 vd..

nın BK.m.31/f.2 gereğince ödemek zorunda olduğu tazminat borcu da niteliği itibariyle bir culpa in contrahendo sorumluluğudur<sup>36</sup>.

## **2- Temsil Olunanın Temsilciye Verdiği Yetki Belgesini Geri Almamasından Dolayı İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu (BK.m.36/f.2)**

Temsil olunan temsilciye bir yetki belgesi vermişse, temsil ilişkisinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde bu belgenin mümessil tarafından temsil olunana iade edilmesi veya mahkemeye tevdi olunması gerekir. Temsil edilen veya halefleri, söz konusu belgeyi geri almakta (veya iade edilmesini sağlayıcı tedbirlere başvurmakta) ihmal göstermişlerse, yetkisiz mümessilin iyiniyetli 3. kişilerle yaptığı işlemlerin hükümsüzlüğü yüzünden bu kişilerin uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdürler. Temsil edilen kişinin (veya haleflerinin) bu sorumluluğu da sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanmaktadır<sup>37</sup>.

## **3- Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu (BK.m.39/f.1)**

BK.m.39/f.1'e göre, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işleme, temsil edilen icazet vermezse, temsilci sıfatını takınan kimse, diğer tarafın yetkisinin bulunmadığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmedikçe, akdin hükümsüzlüğünden doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Burada temsilcilik sıfatını takınan şahsın, akit yapılırken diğer tarafa doğruyu söylememesi ve onu geçerli olmayan bir akit yapmaya yöneltmesi söz konusudur<sup>38</sup>.

## **4- Başlangıçtaki İmkansızlık Nedeniyle Akdin Butlanından Doğan Zarardan Sorumluluk (BK.m.20)**

BK.m.20/f.1'e göre, borçlanılan edim, başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız ise, sözleşme geçerli olmaz, batıldır. Alman Hukukunda, sözleşme yapıldığı sırada edimin imkansız olduğunu bilen veya bilmesi gereken âkidin, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek borç ilişkisine giren karşı tarafın bu ilişkinin hükümsüzlüğünden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu BGB. § 307/f.1'de açıkça düzenlenmiştir<sup>39</sup>. İsviçre-Türk Hukukunda ise, başlangıçtaki imkansızlığı bilmesine rağmen, sözleşme yapan kimsenin sorumluluğunu doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm mev-

<sup>36</sup> EREN, age., C.II, sh.1122; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.95,97.

<sup>37</sup> EREN, age., C.II, sh.1122; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.176; YILMAZ, agm., sh.240.

<sup>38</sup> Geniş bilgi için bkz. A. SUNGURBEY, age., sh.98 vd., 116 vd.; Mustafa Reşit KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), İstanbul 1996, sh.353,354.

<sup>39</sup> Veyssel BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, sh.178.

cut değildir. Ancak söz konusu boşluğun, BK.m.26, 36/f.2 ve 39 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu aynı şekilde doldurulması kabul edilmektedir. Bu itibarla, taraflardan biri akdin kurulduğu anda borçlandığı edimin ifasının imkansız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, akit batıl olsa bile, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliği yüzünden uğradığı zararın tazmin etmek zorundadır. Zira bu kişi, sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışıyla sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmuştur<sup>40</sup>.

Başlangıçtaki imkansızlık hakkında vardığımız sonuç, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle tamamen veya kısmen batıl olması durumunda da geçerlidir. Bu nedenle, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılığını önceden bilen veya bilebilecek durumda bulunan kimse, karşı tarafın sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararını tazmin etmesi gerekir<sup>41</sup>.

#### **5- Fiil Ehliyetini Haiz Olduğu Hususunda Karşı Tarafa Yanlış Kanaat Veren Vesayet Altındaki Şahsın Sorumluluğu (MK.m.395)**

Sözleşme görüşmelerindeki kusurun bir örneği de MK.'da yer almaktadır. MK.m.395/f.2'ye göre, vesayet (veya velayet) altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda yanlış bir kanı uyandırırorsa, geçerli bir sözleşmenin kurulmamış olmasından dolayı karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Bu hükmün de bir culpa in contrahendo halini öngördüğü açıktır<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> EREN, age., C.II, sh.1122,1123; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.977; von TUHR, age., sh.188 (87) no'lu dn.; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.77. Yarg. 15. HD.'nin 9.6.1975 T., E.515/K.2952 sayılı konuya ilişkin kararı şöyledir: "Davalılar, 24.5.1966 tarihli sözleşme ile davacıya ait, Kaş ilçesi sınırları içindeki Yeşilköy'de bulunan tarlaların 3 yerde beşlik ve 2 yerde üçlük boru ile 5 adet artezyen kuyu kazısını yüklenmişler, buna karşılık davacıdan iki defada 3500 lira eser parası almışlardır. Ne var ki, bu araziden su çıkmasının imkansız olduğu ve akit konusu işin yerine getirilmesinin fennen gayri mümkün bulunduğu, mahallinde yapılan bilirkişi incelemesi ile tespit edilmiş dolayısıyla, olayda BK.'nin 20. maddesi 1. fıkrasında öngörülen şartların ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Bu durumda davacının iki defada davalılara ödediği 3500 lira kazı ücretini geri almaya hakkı olduğu gibi, öte yandan, imkansız bulunan bu sözleşmenin kurulması sırasında mesleği icabı durumu bilmiş olmasına rağmen doğruluk (ve dürüstlük) kurallarına aykırı biçimde su çıkacağını sözleşme öncesi açıklayan ve davacıyı bu yönde ikna eden davalıların, bu iş için kullanılan ve başka işe yaramayan boru bedeli olan 3600 lirayı da davacıya ödemeleri gerektiği düşünülmeyen yazılı olduğu üzere hüküm tesisinde isabet görülmemiştir" (bkz. KARAHASAN, age., sh.247,248).

<sup>41</sup> BAŞPINAR, age., sh.179.

<sup>42</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.978; YILMAZ, agm., sh.240.



#### IV. DOKTRİN ve UYGULAMADA KABUL EDİLEN CULPA IN CONTRAHENDO HALLERİ

##### 1- Görüşmeler Esnasında Kusurlu Olarak Karşı Tarafa Yanlış Bilgi Veren veya Gerekli Açıklamalarda Bulunmayan Kimsenin Sorumluluğu

Sözleşme görüşmelerine katılanlardan her biri, diğersinin sözleşmenin kurulması ya da koşulları ile ilgili kararını etkileyecek konular hakkında, doğru bilgi vermek ve açıklamada bulunmak zorundadır<sup>43</sup>. Tarafların hangi ölçüde açıklama yapmak zorunda olduğu, genel olarak değil, sözleşmenin niteliği, görüşmelerin gelişme biçimi, tarafların amaçları ve bilgileri göz önünde bulundurularak, her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir<sup>44</sup>.

Culpa in contrahendo sorumluluğu'nun gereği olarak, taraflar sözleşme öncesi görüşmeler sırasında birbirlerini yanıltıcı davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları gibi, diğersinin bazı noktalarda yanıldığını fark eden taraf onu uyarmakla da yükümlüdür.

##### 2- Bir Kimsenin Yapmayı Asla Düşünmediği Bir Akit Hakkında Kötüniyetli ve Aldatıcı Hareketlerle Diğer Bir Kimsede Akit Yapma Ümidi Uyandırmasından Dolayı Sorumluluğu

Akit yapma niyeti olmadığı halde kötüniyetle ve aldatıcı davranışlarla başkasında böyle bir ümit yaratan kimse, akdin yapılmamasından doğan zararı tazmin etmelidir. Bunun gibi şekil yönünden geçersiz olan bir sözleşmenin yerine getirileceği ya da sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu izlenimini uyandıran kusurlu taraf, sözleşmeye güvenen karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, ekonomik yönden güçsüz durumdaki alıcıların (tüketicilerin) korunması maksadıyla, sözleşme görüşmeleri safhasına ilişkin bazı özel aydınlatma yükümleri düzenlenmiştir. Şöyle ki: "Satışa sunulacak kullanılmış, tamir edilmiş veya ayıplı mal üzerine veya ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından alıcının kolaylıkla okuyabileceği şekilde "Özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Bu durum tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde de gösterilmelidir" (TKHK.m.4/f.7). "Ticaret konusu olan ve perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir, okunabilir şekilde o malın menşei, cinsi ve fiyatı hakkında bilgileri içeren etiket konulması, etiket konulması mümkün olmayan hallerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur" (TKHK.m.12/f.1). "Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü ..... reklam ve ilanlar yapılamaz" (TKHK.m.16/f.2).

<sup>44</sup> YILMAZ, agm., sh.242.

<sup>45</sup> EREN, age., C.II, sh.1124; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.309,310; AKYOL, age., sh.65.

### 3- Görüşmeler Sırasında Karşı Tarafın ya da Onun Koruma Alanı İçinde Bulunan Üçüncü Kişilerin Şahıs veya Malvarlığı Değerlerinin Zarara Uğratılmasından Dolayı Sorumluluk

Görüşmecilerden her biri veya yardımcıları, diğer görüşmeciye veya onun koruma alanı içinde bulunan kişilere zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek, koruma yükümlerine uymak zorundadır. Bu durum, bir hukuki muamele kurma amacıyla sosyal temas kuran kişiler arasındaki güven ilişkisinin sıkılaşması ile ortaya çıkan özel davranış yükümlerinin tabi bir sonucudur<sup>46</sup>. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara konu olan olayda, bir mağazada alışveriş yapan bir bayan, çeşitli mallar satın aldıktan sonra, yer muşambalarının bulunduğu bölüme gider. Tezgahtardan almak istediği bir muşambanın kendisine gösterilmesini ister. Tezgahtarın alt sıralarda bulunan bu muşambayı çıkarırken dikkatsiz davranması sonucu üstteki diğer iki top muşamba kayar ve alıcı bayan ile çocuğunu yaralar. Mahkeme, söz konusu olayda, mağaza sahibini tezgahtarın (yardımcı kişinin) davranışından doğan bu zarardan dolayı sözleşme öncesi sorumluluk kurallarına göre sorumlu tutmuş ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulamıştır<sup>47</sup>.

### V. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNDA TAZMİNİ GEREKEN ZARAR

Doktrinde kabul edildiği üzere, akdin ihlali kural olarak müsbet zararın tazminine esas olduğu halde, akit öncesi sorumluluk, -yine kural olarak- yalnız menfi zararların tazminini gerektirir. Zira burada, güven uyandırmaktan doğan bir zarar bahis konusudur. BK.'nin 26 ve 39. maddeleri de bu kabulün birer delilidir<sup>48</sup>.

Menfi zarar, hüküm ifade ettiğine güvenilen bir akdin hüküm ifade etmemesi veya inikat edeceğine güvenilen bir akdin inikat etmemesi yüzünden uğranılan zarardır. Güvenen kimsenin akdin hüküm ifade etmemesi veya inikat etmemesi halinde mamelekinin aldığı durum ile, bu olay hiç cereyan etmese idi mamelekinin arz edeceği durum arasındaki fark, menfi zararı ifade eder. Müsbet zarar ise, geçerli olarak kurulmuş bir akdin adem-i ifasından yani ifa edilmemesinden (ihlalinden) doğan zararlardır. Diğer bir de-

<sup>46</sup> EREN, age., C.II, sh.1125; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.310.

<sup>47</sup> RGZ 78 (1911) 239 vd. (bu karar için bkz. EREN, age., C.II, sh.1125, YILMAZ, agm., sh.239).

<sup>48</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.980; TUNÇOMAĞ, age., sh.214; REİSOĞLU, age., sh.271; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.19 (10) no'lu dn.; karşı SEROZAN, agm., sh.127 vd..

yişle, alacaklının mamelekinin borcun ifası halinde alacağı durum ile, borcun ifa edilmemiş olması halinde arz ettiği durum arasındaki fark müsbet zarardır. Bu itibarla, bir akdi ilişkide bir taraf diğer tarafın borcunu ifa etmemesi halinde, ifadaki menfaatinin kaybını isteyebilirken, söz konusu akdin hükümsüzlüğü veya inikat etmemesi sonucunu doğuran culpa in contrahendo hallerinde ise, artık ifadaki menfaatinin değil, akde (veya akdin kurulacağına) güvenmesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir<sup>49</sup>.

Doktrinde, sözleşmenin geçerliğine güvenden doğan menfi zararın kapsamına özellikle şu kalemlerin girdiği, başka bir deyişle, sözleşmenin geçersiz kalmasıyla, bilhassa şu zararlar arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu kabul edilmektedir:

- a- Yerine getirilmiş olan edim,
- b- Zarar görenin yerine getirdiği edimden elde edecek olduğu menfaatler (tabii semereler ve faiz, kira gibi hukuki semereler ile kullanma çıkarları karşılığı, Türk uygulamasındaki adıyla ecr-i misil),
- c- Sözleşme kurma giderleri (noter harçları, posta masrafları vs.),
- d- Sözleşmenin ifası ya da edimin kabulü için yapılan harcamalar<sup>50</sup>,
- e- Edimin hazırlanmış ya da yerine getirilmiş olması dolayısıyla uğranılan zarar (örneğin, sözleşmenin ifası için gönderilen akde konu şeyin taşıma sırasında zarara uğraması),
- f- Geçersiz kalan sözleşmeyi göz önünde tutarak yapılmış olup da bu sözleşmenin sonuçsuz kalması yüzünden yerine getirilemeyen sözleşmelerden ileri gelen tazminat ya da cezai şart yükümü,
- g- Sözleşmenin geçerliğine güvenerek başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmak yüzünden uğranılan zarar (örneğin, başka yerden 20 milyon liraya satın alınabilecek olan bir mal için, satım sözleşmesinin geçersizliği

<sup>49</sup> OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.326 vd.; REİSOĞLU, age., sh.280,281.

<sup>50</sup> Yarg. HGK.'nun 22.9.1978 T, E.1977/15-1011 K.759 sayılı kararına konu olan ve tipik bir culpa in contrahendo örneği teşkil eden olaya ilişkin davada aynen şöyle denilmektedir: "... Davacılar, eser sözleşmesinin kurulacağı kanısı ile ve iyiniyetle davalı idarenin davetini kabul suretiyle İzmir'e gittiklerine göre, orada mutad ihtiyaçları dışında harcama zorunda bırakıldıkları giderler, yarışma konusu olan spor tesislerinin maketini yapma hususunda yürüttükleri çalışma ve masraf tutarlarına ilişkin iddiaları yönünden delilleri sunulmalı, delil gösterdikleri takdirde bunların incelenmesinden sonra hasıl olacak duruma göre karar verilmelidir. ... Kesin ve kanaat verici delil ibraz etmediklerinden söz edilerek davanın reddi cihetine gidilmesinde isabet bulunmamaktadır...." (İKİD., 1978, sh.6430).

sebebiyle alıcının şimdi 25 milyon lira ödemek zorunda kalması sonucu maruz kaldığı zarar)<sup>51</sup>.

Ancak hemen ifade edelim ki, BK.'nun konuya ilişkin olarak yukarıda zikredilen 26 ve 39. maddeleri, istisnai hallerde müsbet zararın da tazminine cevaz vermektedir. Söz konusu hükümlerde, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda hakimin zarar gören taraf lehine daha fazla tazminata karar verebileceği ifade edilmektedir. O halde, 26 ve 39. maddeler dışında, hakkaniyetin gerektirdiği diğer hallerde de müsbet zararların tazminine cevaz verilmelidir.<sup>52</sup>.

## **§2. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU'NUN AMERİKAN HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI** <sup>53</sup>

### **I. ABD. LOUISIANA EYALETİ MEDENİ KANUNU'NDA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN GÖRÜNÜMLERİ**

Amerika'da culpa in contrahendo doktrininin uygulanmasına dair bazı hükümler Louisiana Medeni Kanunu'nda görülmektedir. Louisiana, 1803 yılında Fransızlardan satın alındıktan sonra, 1808 yılında Fransız Medeni Kanunu iktibas edilmiştir<sup>54</sup>. Louisiana 1808 de Napolyon Kanununu kabul ettiğinde hukuk sisteminde çok az bir karışıklık meydana gelmiştir. Burada 1763'den beri İspanyol hukuku uygulandığından ve İspanya ile Fransa'nın hukuki düzenlemeleri aynı kaynaktan (Roma Kanunnameleri - Corpus Juris

<sup>51</sup> A. SUNGURBEY, age., sh.146-148.

<sup>52</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.980.

<sup>53</sup> Steven A. MIRMİNA, *A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on It's Origins in Roman, German, and French Law as well as It's Application in American Law*, Connecticut Journal of International Law, Volume: 8, Fall 1992, Number 1, page 77-107.

<sup>54</sup> Louisiana'nın satın alınışının en ilginç yönü, Birleşik Devletler söz konusu toprağı 1803 yılı Nisan ayında Fransa'dan satın aldığı anda, Fransa artık bu bölgeyi elinde bulunduruyordu. Fransa 3 Kasım 1763 tarihinde (Mississippi nehri tarafından bölünen) eyaletin batı yarısındaki menfaatleri gizli bir antlaşmayla İspanya'ya devretti. Bundan üç ay sonra Fransa, Paris antlaşmasıyla, Louisiana'nın İspanya'ya devretmediği geri kalan bölümünün tamamını Büyük Britanya'ya terk etti. Bundan sonraki 37 yıl boyunca İspanyol hukuku, hem İspanyol ve Fransız kolonilerindeki yerleşimcilere hem de orada yaşayan diğer bütün kişilere uygulandı. 1 Ocak 1800 tarihinde Fransa ile İspanya arasında yapılan diğer bir antlaşma, İspanya'nın Louisiana'daki menfaatlerinin tamamının Fransa'ya geri dönmesini sağladı, ve Fransa, 1803 yılı Kasım ayında buranın resmi hakimiyetini ele geçirdi. Fransa Louisiana'daki menfaatlerini Birleşik Devletlere 1803 yılı Nisan ayında devrettiği için, bu durum hukuki bakımdan tam anlamıyla hayret vericiydi. Birleşik Devletler, 1803 yılı Aralık ayının sonlarında bölgeyi resmi hakimiyeti altına aldı.

Civilis ve Justinian Kanunu) geldiğinden, Fransız Medeni Kanunu'na geçiş her yönüyle kolay olmuştur.

Louisiana Medeni Kanunu'nda culpa in contrahendodan açıkça bahseden bir hüküm yoktur. Fakat bu kanunun bir çok maddesinde culpa in contrahendo doktrininin uygulamaları görülür. 1870 tarihli Louisiana Medeni Kanunu'nun 1837. maddesi (ki şimdi bu hüküm, 1991 tarihli Medeni Kanunda 1950. maddeye dahil edilmiştir) kişide hata olarak bilinen durumları kapsamaktadır. Örneğin, iyi tanınan bir mimarı çalıştırmak niyetinde olan bir şahıs, yanlışlıkla, onunla aynı adı taşıyan ve fakat daha az yetenekli olan diğer bir mimara yönelirse, icapta bulunan bu şahıs akdi iptal etmek imkanına sahiptir. Fakat yeteneksiz mimar hatayı bilmiyorsa ve sözleşmenin yerine getirilmesi için bazı hizmetler yapmışsa icapta bulunan taraftan tazminat istemeye hakkı vardır. Bu, Louisiana Medeni Kanunu'nda culpa in contrahendo doktrininin açık bir uygulamasıdır.

Sözleşme müzakerelerindeki kusurun diğer bir örneğini 2452. madde vazermetmektedir. Bu madde; başkasına ait bir şeyin satışının hükümsüz olduğunu, alıcının o şeyin başkasına ait olduğunu bilmediği ahvalde bu durumun zarara yol açabileceğini ifade etmektedir. Satıcı hatalı olarak veya kasden başkasına ait bir malı satmışsa, alıcı, geçerli bir satım sözleşmesinin varlığı görünümünden doğan güven zararları için satıcıyı dava edebilir. Bu durum Louisiana hukukunda önemli bir değişikliktir. Eskiden bir sözleşmenin hata yüzünden iptal edildiği veya hükümsüz bırakıldığı ya da sözleşmenin baştan beri geçersiz olduğu ahvalde taraflar sadece sözleşmeye girmelerinden önceki pozisyonlarına dönebiliyorlardı. Mamafih taraflar her zaman daha önce içinde buldukları duruma dönememektedir. Yapılan hizmetlerden oluşan sözleşmeden doğan itirazlar veya o şeyin tüketildiği ya da kolaylıkla ayrılmayacağı bir tesisata döşendiği olaylar bu durumun tipik örneğidir. Culpa in contrahendo vasıtasıyla, zarar gören tarafın güven zararlarını hüküm altına alan giderim, uğranılan gerçek zararların tazminini sağlayacaktır. O itibarla bu meblağ, gerçek anlamda, zarar gören tarafın daha önce içinde bulunduğu durum ile karşılaştırıldığında farklı olabilir.

Son olarak, 1950. madde, culpa in contrahendo'nun diğer uygulamaları olan, farklı birçok sözleşmesel hata tipini kapsamaktadır. Medeni hukuktaki sebep mefhumuna gitmeksizin böyle bir hatanın sözleşmeyi bozacağını söylemek yeterli olacağından, hatanın meydana gelmesinde kusuru olan taraf, masum tarafın uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır. Bu hal, Jhering'in doktrininin en açık uygulamasıdır.

Amerikan içtihat hukukunun bir araştırması, istinaf ve temyiz mahkemesi seviyesinde görülen yayınlanmış yaklaşık bir düzine davada culpa in

contrahendo'nun tartışıldığını ortaya koymaktadır. Henüz hiç biri kararını tamamen bu doktrine dayandırmamasına rağmen, bir çoğu culpa in contrahendo'dan uygun bir hukuki sebep olarak bahsetmiştir. Louisiana Medeni Kanunu'nda sözleşme öncesi sorumluluğu kapsayan çok liberal hükümler olması sebebiyle sözleşme müzakerelerindeki kusuru tartışan davaların sayısı muhtemelen artacaktır.

## II. YÜRÜRLÜKTE OLAN AMERİKAN HUKUKUNUN YETERSİZLİĞİ

### 1- Resmi Haksız Fiil Hukuku

Sözleşme öncesi sorumluluk için Amerikan Hukuku'ndaki mer'i haksız fiil çareleri genellikle, bir sözleşmesel hakkı engelleme, hile, akit yapılırken bile bile (veya kusurlu olarak) karşı tarafta yanlış kanaat uyandıran izah ve beyanlarda bulunma ve kötüniyet iddialarına dayanır. Birçok davacı bu iddiaları (hukuken) takip etmenin imkansız olduğu kanısındadır. Çünkü eyalet hukukuna bağlı olarak çoğu kez kasıt unsurunun ispatı gereklidir. Bir iş (ticaret) ortamında kasıt unsurunu ispatlayabilmek oldukça güçtür. Bunun aksine, culpa in contrahendo davalarında davacı lehine tazminata hükmetmek için kasıt unsurunun veya aldatma niyetinin ispatı gerekli değildir. Culpa in contrahendo doktrini, akit yapılırken bilmeden karşı tarafta yanlış kanaat uyandırma iddiasından farklı olarak, sırf parasal kayıp davalarında tazmine müsaade etmek için de açıkça kullanılabilir.

The Restatement of Torts, sözleşme müzakereleri safhasındaki kötüniyete yeterli bir hal çaresi sağlamaz. 525. fasıl, yanlış kanaat uyandıran izah ve beyanlarla bir sözleşme ilişkisine girmeye sevk edilen kişilerin açtıkları hile davalarında tazmine imkan verir. 522. fasıl da müzakere olaylarında uygulanmaz, sadece bir sözleşme yapıldığında uygulanır. Böylece, görünüşe göre haksız fiil hukuku sözleşme öncesi sorumluluk için yeterli hukuki himaye sağlamaz.

Haksız fiil hukuku çerçevesinde davacıların karşılaşacağı ikinci sorun eyaletlerin muafiyet iddialarıdır. Zira Amerika'da, kural olarak, gerek merkezi ve gerekse yerel hükümetler haksız fiil davalarında egemenliklerinden dolayı muafiyete sahiptir. Diğer taraftan, devletin sözleşme kurarken özel bir şahıs gibi hareket ettiği hallerde, mahkemeler, devlete herhangi bir şahıs gibi muamele ederler. Bununla birlikte, bir sözleşme kurulamamışsa, zarar gören taraf için işe yarar bir hukuki himaye mevcut olmayacaktır. Burada yine, culpa in contrahendo, devlet ile bir sözleşmeye ulaşmayan ilişkiler kuran taraflar için tazminat sağlayacaktır.

## 2- Resmi Sözleşme Hukuku

Geleneksel “black letter” sözleşme kuralları, bir sözleşme kurulmadan önce tazmine müsaade etmez. Bir icap ve kabul olduğu zaman, elbetti ki bir sözleşme kurulduğunu düşünürüz. İcapta bulunan, kabulden önce her zaman icabını geri alabilir<sup>55</sup>. Kendisini korumak isteyen muhatap rücutan önce icabı kabul etme iktidarına sahiptir ve bu suretle icapçıyı kendi edimini yerine getirmeye zorlar. Mamafih, küçük, önemsiz satışlar dışında, bu alışılmış icap ve kabul kavramları iş dünyasında genellikle meydana gelmez ve bu nedenle sözleşme öncesi sorumluluğa karar vermek için yetersiz kaynaklardır. Mahkemeler, bir sözleşme ile neticelenmeyen ilişkilere alışılmış “black letter” hukukunun uygulanmasındaki adaletsiz neticelere şahit olduklarından (onlar), Llewellyn ve Pound tarafından kılavuzluk edilen hukuki gerçeklik hareketi ile birlikte sorumluluk için temel ilke olarak sözleşme benzeri ilişki (şibih akit) kuramını ortaya koydular. Sözleşme benzeri ilişkiden doğan hukuki himayenin bir örneği, “gerçek zımni sözleşme”dir. Gerçek zımni sözleşme kendiliğinden meydana gelen bir sözleşme değildir. Fakat o, örneğin taraflarca ödemenin tasarlandığı durumda, hizmetleri tazmin edilmeyen tarafın korunması için işletilen yargısal bir varlıktır. Başka bir deyişle, mahkeme hal ve şartları incelediğinde, tarafların gerçekte bir sözleşme yapmaya niyet ettiğine ve fakat bunu başaramadığına karar verirse, olayların incelenmesi yoluyla, (mahkeme) sözleşmeyi zımnen kabul eder. Onun için, tazminat zımni sözleşmeye dayanır ve zararlar hizmetlerin makul değeri (veya kurulması düşünülen sözleşme bedeli) vasıtasıyla hesaplanır. Bu doktrin, hakimin bir durumu geçmişe dönük olarak incelemesi ve daha sonra bu olaylardan sadece tarafların bir sözleşme yapmaya niyet ettiği değil, aynı zamanda bu sözleşmenin şartları hakkında da bir sonuca varması tehlikesini beraberinde getirir. Culpa in contrahendo doktrini, bir tarafın tazminata hak kazandığına karar vermek için, bir ön şart olarak, yargısal yolla yaratılmış bir sözleşmeye ihtiyaç göstermez ve fakat aynı sonuca varır.

Amerikan yargısının yarattığı zımni sözleşmelerden başka, tarafların sözleşme öncesi sorumluluğuna hükmetmenin diğer bir yolu, Restatement Second of Contract’ın 90. paragrafına dayanan kuraldır. 90. paragraf Birle-

---

<sup>55</sup> Yukarıdaki ifadeden anlaşıldığı kadarıyla, İngiliz, Fransız ve İtalyan hukukunda olduğu gibi, Amerikan hukukunda da, icapçının kabul haberinin kendisine ulaşmasına kadar, yaptığı sözleşme kurma teklifinden serbestçe dönebileceği prensibi hakimdir. Oysa İsveç-Türk ve Alman hukuklarında icap bağlayıcı bir hukuki etkiye sahiptir. Şöyle ki: İcapçı, muhatabın öğrendiği bir icabı, -bağlanma süresi içinde- geri alamaz. Bağlanma süresi, bizzat icapçı tarafından belirlenmemişse, BK.m.4 ve 5 hükümleri gereğince tayin edilir.

şik Devletler’de culpa in contrahendo’nun en yakın görünüşü olan ve aynı zamanda “promissory estoppel” olarak bilinen doktrini düzenler. Bu doktrin, sözleşmeler hukukunda nisbeten yeni bir doktrindir ve gerçekte “equitable estoppel” doktrininin bir önceki safhasıdır. Bir vaade güvenmek (reliance on a promise) anlamına gelen promissory estoppel, “consideration<sup>56</sup>”ın yerine ikame edilir. Paragraf 90’a göre, “bir vaade bulunan kimse, makul olarak, yapmış olduğu vaadin kendisine vaade bulunulan şahsı maddi bir hareket veya katlanmaya sevkedeceği inancında bulunur ve vaad de, hakikaten kendisine vaade bulunulan tarafın **bir hareket veya katlanmasıyla sonuçlanırsa**, bir haksızlıktan kaçınmak ancak bu vaadin yerine getirilmesiyle mümkün olan hallerde, yapılan vaad bağlayıcı sayılır”. Böylece, mahkemeler bir tarafın karşılıksız (gereksiz) bir taahhüde güvenden doğan zararlarının tazminine hükmedebilir<sup>57</sup>. Promissory estoppel’in uygulanabilmesi için öncelikle incelenmesi gerekli üç soru vardır:

(1) Taahhüt edilen tarafı belirli ve esaslı nitelikte bir hareket veya kaçınmaya sevkedeceği, makul olarak, taahhüt eden tarafça tahmin edilmesi gereken bir vaad (taahhüt) var mı?

(2) Taahhüt bu çeşit bir hareket veya kaçınmaya yol açtı mı?

(3) Adaletsizlikten sadece taahhüdün yerine getirilmesi yoluyla mı sakınlabilir?

Culpa in contrahendo ile karşılaştırıldığında bu doktrinin ilk eksiği söz konusu soruların her birinin, aksi halde hukuki himayeye layık olabilecek zarar gören taraf için bir engel oluşturmasıdır. Promissory estoppel’in ikinci mahzuru, sadece taahhütlere ilişkin olmasıdır. Hazırlık müzakereleri safhasında taahhütlerden ziyade beyanlar teati eder. Bu doktrin birçok davada iyi işlemesine rağmen hazırlık müzakereleri alanında güvenilir bir hukuki çare değildir.

Başarıya ulaşmayan sözleşme görüşmeleri için öngörülen son sözleşmesel himaye “misrepresentation” olarak anılır. Misrepresentation, akit yapılırken bile bile (veya kusurlu olarak) karşı tarafta yanlış kanaat uyandıran izah

<sup>56</sup> Consideration deyimi, kabaca Kıta Avrupası Hukukunun **sebeb** (causa) kavramını karşılar. Belirli bazı istisnalar bir yana (ki Estoppel doktrini de bunlardan biridir), Anglo Amerikan Hukukunda hiçbir vaad, bir consideration ile desteklenmedikçe bağlayıcı değildir ve yerine getirilmesi talep olunamaz. Restatement of Contract § 75’e göre, “bir vaadin consideration’ı, bu vaad hususunda uyuşulan ve bu vaade karşılık olarak verilen bir karşı vaad ya da yapılan bir fiildir” (E. Allan FARNSWORTH, Amerikan Hususi Hukukuna Giriş, Çev. Ergun ÖZSUNAY, İstanbul 1961, sh. 58 vd.).

<sup>57</sup> Promissory estoppel doktrini hakkında geniş bilgi için bkz. FARNSWORTH, age., sh. 62 vd..



ve beyanlarda bulunmadır. Culpa in contrahendo ile misrepresentation arasındaki birinci fark; culpa in contrahendo'da davacının düşüncesizce (veya ihmal ile) yapılmış bir taahhüdün varlığını ispatlamak zorunda olmamasıdır. O sadece, zararların sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi yüzünden meydana geldiğini ispatlamalıdır. İkinci fark, bir misrepresentation iddiasında davalının, davacının gerçekleri keşfetmekte gerekli özeni göstermediğini iddia edebilmesidir. Oysa culpa in contrahendo'da davalı bu savunmayı kullanamaz. Zira culpa in contrahendo'nun dayanağı, davalının geçerli bir sözleşme görünümü yaratması ve davacının buna güveninden ötürü zarara uğramış olması esasıdır.

Bütün bunlar, sözleşme öncesi sorumluluk için mevcut hukuki çarelerin uygulamada eksiklikleri olduğunu gösterir. Hali hazır haksız fiil hukukunda hile ve kötüniyet iddiaları için kasdı ispat güçlüğü vardır. Ayrıca tarafların egemen muafiyeti iddiasında bulunabileceği hallerde haksız fiil kuralları uygulanamaz. Gerçek zımnı sözleşmeler ise, hakimlerin, tarafların yapmadığı bir sözleşmenin şartlarını geçmişe dönük olarak belirledikleri yargısal varlıklardır. Promissory davaları, sadece hak verilebilir bir güvene yol açan bir taahhüdün olduğu hallerde iyi işler. Son olarak, fraudulent misrepresentation (akit yapılırken bile bile yanlış kanaat uyandıran izah ve beyanlarda bulunma) iddiası ile güven zararlarının tazminini isteyen davacılar, hileyi meydana getiren aldatma delilini ispatlamak zorundadırlar ve gerçeklerin fark edilmesi için gereken özenin gösterilmediği savunmasıyla da karşılaşabilirler.

### **III. CULPA IN CONTRAHENDO'NUN AMERİKAN İÇTİHAT HUKUKUNA GİRİŞİ**

Gelişen franchising hukuku alanında, şikayetçi franchise alanların yerine getirilmemiş beklentiler, yanıltıcı beyanlar ve taahhütlerin ihlali kavramlarına dayanarak franchise verenlere karşı açtıkları davaları kapsayan çok sayıda olay mevcuttur. Bazı akılda kalan davalar, franchise alanların bir franchise sözleşmesi<sup>58</sup> temin etme hazırlıklarında büyük miktarda para

<sup>58</sup> "Franchise sözleşmesi, franchise verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayalı ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran ..... ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir" (Osman Berat GÜRZUMAR,

harcaması veya örneğin bir mağaza yerinin hazırlanması ya da bir tecrübe sürecinin tamamlanması ve daha sonra franchise verenden franchise sisteminde yararlanma yetkisinin alınmaması halleriyle ilgilidir. Geleneksel sözleşme hukukuna göre, taraflar arasında şekli anlaşma yapılmadığından ve “anlaşmalar için anlaşma” mahkemelerce genellikle zorlayıcı olarak telakki edilmediğinden, franchise alan, bu paraları franchise verenden geri almaya muktedir olamayacaktır.

Orijinal müteahhit ve ev sahibi varsayımındaki gibi, inşa olayları culpa in contrahendo doktrini için geniş bir uygulama alanı sağlar. Birçok inşaat projesi, birden fazla alt müteahhidin teklifinden teşekkül eden bir genel sözleşen teklifini gerektirdiğinden, iştirakçiler arasında vuku bulan çok sayıda taahhüt mübadelesi, müzakerelerdeki kusur için verimli bir alan sağlamaktadır. Hatalı bir alt sözleşen teklifini ihtiva eden bir genel sözleşenin arz ettiği teklif (bunun) tipik bir örneği olabilir. Mahkemeler sorumluluğa karar verirken, bu davalar alanında rol oynayan bütün kademeli soruları sorarlar. Hata tek taraflı mıydı yoksa iki taraflı mıydı?, hata riskini hangi taraf daha etkin şekilde taşıyordu?, hata yazımla mı yoksa muhakeme ile mi ilgiliydi? Culpa in contrahendo doktrininin kabulü, hem hakimlere hem de davacılara bu çeşit bir olayın nasıl çözümlenmesi gerektiği hususunda çok açık ve güvenilir bir gösterge temin edecektir.

Üçüncü olarak, dağıtım sözleşmeleri ve sigorta mukaveleleri culpa in contrahendo'nun kabulü için verimli bir alandır. En iyi performans (çaba) ve münhasır haklar sözleşmeleri, olması beklenen davalar gibi görülür. Sigorta mukaveleleri, bu alanda, sigorta poliçesinin süresinin sona ermesi ile yenilenmesi arasındaki birkaç gün içinde sigorta ettiren öldüğünde, sigorta şirketinin, hayat sigortası sözleşmesinden yararlananlara ödeme yapması gerekirken gerekilmeyeceği gibi ilginç soruları da ortaya çıkarır. Bu hallerde, culpa in contrahendo, aksi takdirde mevcut olmayacak bir sözleşmeyi iyileştirmek için kullanılabilir. Söz konusu dava örnekleri Amerikan Hukuku'nda culpa in contrahendo doktrininin çok yönlülüğünü ve potansiyel genişliğini gösterecektir.

### 1- Franchise Sözleşmeleri

Franchise verenin, franchise alana karşı sözleşme öncesi sorumluluğuna dair<sup>59</sup> en çok bahsedilen (zikredilen) olay, Hoffman - Red Owl Stores'e karşı

Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, sh.10).

<sup>59</sup> Franchise sözleşmesinde, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşme öncesi görüşmeler esnasında taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulur. Franchise sözleşmesinin taraflar arasında sürekli ve yoğun bir işbirliği ilişkisi kuran bir sözleşme olması nedeniyle söz-

davasıdır. Karısı ile birlikte bir fırın çalıştıran Mr.Hoffman, kendi bölgesinde bir Red Owl Store açmak için araştırmalar yapan ve süper marketler zinciri işleten -franchise veren- Red Owl'a başvurdu. Mr.Hoffman, franchise veren ve vekiline yatırım için sadece 18.000 dolar mevcudunun olduğunu söyledi ve vekil, ona bu miktarın yeterli olacağını garanti etti. Mamafih, franchise veren, müstakbel franchise alanı (Mr.Hoffman) yanlış yola sevketti. Şöyle ki, Mr.Hoffman, Red Owl'ın tavsiyesi üzerine, tecrübe kazanmak niyetiyle küçük bir bakkal dükkanı satın aldı. Sonra dükkan kâr ederken Red Owl, Hoffman'a onu satmasını ve bir Red Owl Store'de deneyim kazanması için başka bir kasabaya taşınmasını tavsiye etti. Mr.Hoffman, fırını (2.000 dolar kayıpla) ve bakkal dükkanını (bütün bir yaz kârını kaybederek) sattı ve ayrıca taşınma ve taşındığı kasabada yeni bir ev kiralama masraflarına maruz kaldı. Ancak onun süper market işi hiç bir zaman gerçekleşmedi. Hoffman'ın, franchise veren Mr. Owl'a başvurduğu günden bu yana aradan iki yıl geçmişti ve Red Owl, Hoffman'ın bir dükkan inşa etmesi veya satın alması ve franchise alan olması için parasal kaynak bulmasına yardım ederek onunla işbirliği yapmıyordu. Red Owl ondan 34.000 dolar katkıda bulunmasını istediğinde, Hoffman dava açtı. Zira Hoffman, Owl'ın franchise verdiği kişilerin hemen hemen iki misli miktarda yatırım yapmak zorundaydı.

Red Owl'ın, Hoffman'a franchise alan olacağı hakkında birçok beyanda bulunmasına ve garanti vermesine rağmen, tarafların aralarında bir sözleşme kurulması için esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaya varamadıkları bu olay, konuya en uygun meseledir. Mahkeme § 90 promissory estoppel'in analizi vasıtasıyla davayı çözümlenmiştir. Mahkeme, gerekli üç bölüm testi olaylara uyguladı ve davacının zararlarının ödenmesi gerektiğine hükmetti.

Zararların hesaplanması farklı olduğu için, culpa in contrahendo'nun franchising olaylarında promissory estoppel'den daha iyi bir doktrin olacağı

---

leşme öncesi güven ilişkisi, bu ilişkiye girmek isteyenlerin birbirlerini aydınlatma yükümlünü özenle yerine getirmelerini gerekli kılar. Zira franchise alan, bu sözleşmeye girmekle önemli yatırımlar ve masraflar yapmak zorunda kalacak; franchise veren de, daha önce geliştirmiş olduğu sistemini franchise alana kullanırmakla sistemin başarısını adeta onun ellerine bırakmış olacaktır. Bu itibarla sözleşme görüşmeleri sırasında görüşmeciler, sözleşmenin kurulmasında etkili olan konularda birbirlerine gerekli bilgiyi vermek, aydınlatmak ve bu konularda özen göstermekle yükümlüdürler. Bu bağlamda franchise veren, potansiyel franchise alana, sistemin işleyiş tarzı, bu işe koyacağı sermaye miktarı, yapacağı yatırımlar, çalıştıracağı personel konusunda gerekli açıklamalarda bulunmalıdır. İşte, franchise veren, bu aydınlatma yükümlülüğüne kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla potansiyel franchise alanla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettiği takdirde, sözleşme öncesi görüşmelerde kusur (culpa in contrahendo) nedeniyle bundan doğan zarardan sorumlu olacaktır (Bkz. Çiğdem KIRCA, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, sh.109-113).

ileri sürülmüştür. Promissory estoppel, güven yararlarını, sadece haksızlıktan kaçınmak için lazım gelen derecede verir. Bunun yanında culpa in contrahendo zarar gören tarafın bütün menfi çıkarlarını tazmin eder. Bu kavramı Red Owl davasına uygularken, davacı için zarar farkı 16.735 dolar kadar büyük olabilecektir. Promissory estoppel'e göre, mahkeme, Hoffman'ın küçük bakkal dükkanının satışının (onun kaybettiği diğer şeyler içinde bir yaz kârının) tazmin edilemeyeceğine karar verdi. Mamafih, culpa in contrahendo'ya göre, bir sözleşmenin meydana geleceğine güvenen masum tarafın maruz kaldığı bütün zararlar kusurlu tarafça tazmin edilmelidir. Bunun için Red Owl, Hoffman'ın uğradığı diğer güven zararlarına ilave olarak kâr kayıplarından da sorumlu olacaktır.

Red Owl'a benzer bir franchising davası, Walters - Marathon Oil Company'e karşı davasıdır. Bu olayda, bir karı koca, münhal bir alanda servis istasyonu ve yiyecek dükkanı kurulması imkanı hakkında franchise veren den bilgi edildi. Çift, istasyonu satın aldı, ona eklentiler yaptı ve devamlı olarak franchise veren ile müzakere etti. Dokümanların (referanslar, mali beyanlar, garanti anlaşmaları, kiralama düzenlemeleri) mübadelesi normal olarak ilerledi fakat çift, tekliflerini son onay için franchise verene arz ettiklerinde, söz konusu şirket, franchise için yeni başvurular yapıldığı gerekçeyle kararını tehir ettiğini ifade ederek anlaşmayı imzalamayı reddetti.

Bu dava ilginçtir, zira mahkeme, tazminata esas olarak promissory estoppel'i kullanmasına rağmen, zararları aynı culpa in contrahendo'da olduğu şekilde hesapladı. Promissory estoppel davalarında (yoksun kalınan kârlar sözleşme ihlalleri için bir hukuki himaye olduklarından) genellikle kâr kayıplarının tazminine müsaade edilmiyordu. Fakat bu örnekte kâr kayıplarının tazminine cevaz verildi. Mahkeme aşağıdaki gibi karar verdi:

Temyiz edenin onlara benzin şebekesi temin etme taahhüdüne güvenen davalılar, benzin istasyonu satın aldı ve paralarını ve zamanlarını (bu işe) yatırdılar. Onların, bu para ve zaman yatırımlarının bir kâr getireceğini tahmin etmediklerini farz etmek mantıksızdır. Bundan başka, onlar, temyiz edenin taahhüdüne güvenerek, başka bir yere yatırım yapma fırsatını baştan kaybetmişlerdir. Görüldüğü gibi, kayıtlar, temyiz eden taahhüdüne göre hareket ettiği takdirde, davalıların tahminen 22.200.00 dolar net kâr alacağını yansıtmaktadır.

Bu franchise davalarının okunmasından çıkan mantıki sonuç, eğer bir taraf müzakerelerin sona ermesinde bir şekilde kusurluysa ve diğer masum taraf, bir sözleşmenin meydana geleceği itimadına güvenmişse, kusurlu olan görüşmeci artık sorumluluktan muaf olmayabilir. Böylece, devamlı olarak büyüyen franchise verenler (bir rapor, Amerikan ekonomisinin 1/7'sinin

franchising gelirlerinden kazanıldığını ifade etmiştir), eğer bir franchise alan sözleşmenin kurulacağı sahte görünümüne güvenmişse, artık aday franchise alanlar ile yaptıkları müzakereleri boşa çıkaramaya bileceklerdir. Zararların hesaplanması nokta-i nazarından promissory estoppel ile mukayese edildiğinde culpa in contrahendo zarar gören taraf için daha üstün bir doktrindir. Zira zarar gören tarafın kâr kayıpları dahil bütün zararları, onlara sebep olan tarafça tazmin edilecektir.

## **2- İnşaat Sözleşmeleri**

Kamu inşaat projelerinin çoğunluğu, kamu artırması vasıtasıyla genel sözleşmelere verilmektedir. Genel sözleşmeler, işi en düşük fiyata kimin yapabileceğine karar vermek için alt sözleşmelerden fiyat teklifi isterler. Alt sözleşmeler teklif edilecek fiyat takdiri hazırlıklarında büyük miktarda para harcamış olabilirler. Daha sonra genel sözleşme alt sözleşmelerden teklifleri toplar ve en düşüğüne itimat ederek, rekabet eden diğer genel sözleşmelerle birlikte kendi teklifini sunar. Genel sözleşme itimada layık en düşük teklifçi yani iş sahibine işi en düşük fiyata layıkıyla bitirebilecek kişi olmayı ümit eder. Sadece bu durumda sözleşme genel sözleşmeye verilmiştir ve sadece bu anda genel sözleşme kendi alt sözleşmelerinin tekliflerini kabul edebilir.

Drennan - Star Paving Company'e karşı davasında, hakim Traynor sözleşme öncesi sorumluluk konusunda bir kural tesis etti. Bir alt sözleşme, genel sözleşmenin buna güvenerek kendi teklifini yapacağını bilerek genel sözleşmeye bir teklif arz ettikten sonra, şahsi mesuliyetten muaf olarak yaptığı teklifi geri alamaz. Genel sözleşmenin verilmesinden (işin ihale edilmesinden) önce genel sözleşme ile alt sözleşme arasında bir sözleşme yoktur. Bu davada davalı, genel sözleşmeye sadece bir icapta bulunduğunu ve kabulden önce icabını geri aldığını başarısızlıkla kanıtlamaya çalışmıştır. Traynor davayı §90 promissory estoppel vasıtasıyla analiz etmiş ve burada bir sonuca varmıştır; davalılar makul olarak güvene yol açacak bir taahhütte bulunmuşlardır ve adaletsizlik sadece taahhüdün icrası yoluyla önlenbilirdi. Güven zararları, taahhüt edilen ifa ile (davalının teklifi) ile hakiki ifa (davacının bir sonraki en düşük teklifçiye ödemek zorunda kaldığı meblağ) arasındaki fark olarak hesap edildi.

Bu örnekte, culpa in contrahendo ve promissory estoppel aynı derecede iyi işler. Alt sözleşmenin teklifi bir taahhüt olarak görülür (nitelendirilir) ve (davacının) güven zararları bahşedilir. Mamafih bu durum tersine çevrilseydi ve bir teklif pazarı vaziyeti olsaydı, alt sözleşmenin taahhüdünü ifa etmemesinde kınanabilen taraf olmasından ziyade, şimdi, genel sözleşme iyiniyetle pazarlık yapmadığı için kusurludur (teklif pazarı, alt sözleşmelerin genel sözleşmeye tekliflerini sunmalarından sonra, genel sözleşmenin, en düşük tek-

liftten daha düşüğüne istekli olabilecek herhangi bir alt sözleşen bulunup bulunmadığını görmek için dükkan dükkan dolaşması halinde meydana gelir). Şu halde, culpa in contrahendo promissory estoppel'den daha iyi bir hukuki himaye olacaktır.

Bir alt sözleşen genel sözleşene bir teklif sunduğunda, itimada layık en düşük teklifçi olup olmadığı beklentisi içindedir. Asıl sözleşme genel sözleşene verilirse, o, alt sözleşmeyi alacaktır. Alt sözleşen teklifini hazırlarken ayrıntılı planları okumak, ölçümler almak, sondajlar ve toprak araştırmaları yapmak ve ana malzemeleri hazırlamak ihtiyacında olabilir. Bundan başka, alt sözleşen, elbette piyasaya bağlı olarak, diğer elde edilebilir işleri, teklifinde makul bir kâr miktarını hem de durumlardaki değişiklikleri hesaplamalıdır.

Promissory estoppel §90, bunlar alt sözleşenin black-letter güven zararları olduğu için, teklif hazırlığı masraflarını zarar gören alt sözleşene verecektir. Bunun yanında culpa in contrahendo, zarar gören tarafın uğradığı bütün zararların kusurlu tarafça tazmin edilmesine müsaade edecektir. Böylece bir sözleşmenin meydana geleceği inancındaki alt sözleşeni yanılan genel sözleşen, sadece alt sözleşenin teklif hazırlığı masraflarından değil aynı zamanda uğranılan diğer zararlardan da (kâr kayıpları ve diğer fırsat kayıpları gibi) sorumlu olacaktır. Üstelik bu yolla alt sözleşenin "menfi çıkarlarını" tazmin ederek iki amaca hizmet edecektir. Alt sözleşenin maruz kaldığı gerçek kaybı tazmin edilmiş olacak ve genel sözleşenler ileride teklif pazarındaki ahlaka aykırı hareketlerinden caydırılmış olacaktır.

### 3- Dağıtım Anlaşmaları ve Sigorta Mukaveleleri

Dağıtım anlaşmaları ve sigorta mukaveleleri culpa in contrahendo doktrininin çok ilginç bir uygulaması olarak karşımıza çıkar. Burada culpa in contrahendo, bir sözleşmenin bulunmayışı durumunda hukuki himaye elde etmek için kullanılmaktan ziyade, zarar gören taraf adına sözleşmeyi koruyarak bir hukuki himaye elde etmek için kullanılır.

Dağıtım anlaşmaları belki en yaygın olarak ticari satışların ardındaki sözleşmelerde kullanılmaktadır. Hüküm süren fikri mülkiyet hukukundan doğan sözleşmeler sadece bazı teknoloji ve fikirleri kullanma izni vermez, aynı zamanda diğerlerinin ondan yararlanmasını da önler. Bir ürünün yaratıcısı (kaşifi), çoğu kez, sadece bir kişiye ürünü her ikisinin yararına dağıtması için lisans verir. Dağıtıcı (distribütör) ürün üzerinde bir tekele sahiptir; o (ürünü) rekabetten bağımsız olarak satabilir. Ürünün sahibi de güvenilir bildiği ve ürününü kendisi için satabilen birinin onun temsilcisi (acentesi) olması güvencesinden hoşlanır. Böylelikle o kendi enerjisini başka bir yerde kullanabilir. Bununla beraber eğer dağıtıcı (distribütör) ürünü satmazsa mal

sahibi kâr edemez. Bu çıkmaz, “en iyi çaba”, yani mal sahibinin ürününün dağıtımını için temsilcinin azami gayret göstereceği, kaydının sözleşmeye dahil edilmesiyle veya culpa in contrahendo’nun uygulanması vasıtasıyla çözümlenebilir.

Bu nokta, bir müvekkil ile onun komisyoncusu arasındaki, çok bilinen Wood - Lucy, Lady Duff Gordon’a karşı davasının incelenmesiyle açıklanabilir. Lady Duff Gordon bu yüzyılın ilk on yılında çok rağbet gören modaların yaratıcısıydı. Moda endüstrisinin büyük bir bölümü, Duff Gordon’un cirosu ile ürünlerinin değeri fişek gibi fırladığı için kumaşlardaki veya giysilerdeki Duff Gordon cirosu için ödeme yapıyorlardı. Lady Duff Gordon, Wood ile özel bir lisans (münhasır ruhsatname) düzenlemesine girişti. Bu düzenlemeye göre, Wood, Lady Duff Gordon’un hakiki modellerini münhasır satış hakkına sahip olduğu gibi diğer modellere de Lady Duff Gordon’un cirosunu koymaya yetkili kılınmıştı. Karşılığında Lady Duff Gordon, Wood’un bu çeşit anlaşmalar vasıtasıyla elde edeceği tüm kârın %50’sini alacaktı. Ancak daha sonra Wood (davacı), pazarlığın kendisine ait bölümünü saklı tutarak, Lady Duff Gordon’un kendi bilgisi dışında ve kâr paylaşımı olmaksızın cirosunu diğer kumaşlara ve giysilere koymak suretiyle sözleşmeyi bozduğunu iddia ederek dava başlattı.

Hakim Cardozo, davanın şartlarını inceledi ve bir taahhüdün, zımnen, münhasır acentenin davalıların ciro ve modellerinin dağıtımını için makul çabaları kullanması gerektiğini ifade edebileceği sonucuna vardı. Bu çeşit bir taahhüt olmadığında bütün iş ilişkileri etkinliklerini kaybedecektir. Cardozo’nun gerekçesi güven (ilişkisi) veya promissory estoppel’e dayanmamaktaydı. Dikkatli bir okuma, Cardozo’nun culpa in contrahendo’da çok benzeri bulunan bir gerekçe kullandığını gösterir. Cardozo, tarafların müzakerelerini incelemek suretiyle her iki taraf iyiniyetle hareket ettiği müddetçe doğal olarak aralarındaki ilişkide bir “makul çaba” kaydının mevcut olduğu sonucuna vardı. Bunun aksine Lady Duff Gordon kötüniyetle hareket etmiş ve öyle olmadığını bildiği halde Wood’a aralarında bağlayıcı bir sözleşmenin var olduğu hatalı görünümünü vermişse onun kusurlu davranışı masum tarafın uğradığı zararlar için sorumluluğuna yol açacaktır. Böylece Cardozo’nun analizinde olduğu gibi, Wood, culpa in contrahendo adı altında aynı miktarda tazminatı elde edecektir. Bu, culpa in contrahendo’nun, sözleşme öncesi müzakerelerin bir sözleşme sonrası yorumlamada kullanıldığına ve zarar gören tarafın menfaatlerini başarıyla koruduğuna bir örnektir.

Yüzde kiralari, inhisari dağıtımcılık anlaşmalarına çok benzer. Yüzde kiralari genellikle iyi çalışır, fakat taraflar arasında bir menfaat çatışması mevcuttur. Şöyle ki, kiracı gayri safi hasılatını azaltmayı fakat net kârını

artırmayı tercih eder, bunun aksine kiralayan, kiracının kâr marjına (payına) bakmaksızın kiracının gayri safi hasılatı artırmasını yeğler.

Kiralayanın gayri safi hasılatın bir yüzdesi karşılığında kiracıya arazisinin özel bir kullanımını verdiği Wood - Lucy'e karşı davası bu duruma benzer. Bu yüzden mantıklı olarak kiracının gelirini artırmak için makul gayretleri kullanma (gösterme) borcu olmalıdır. Bu, müzakerelerdeki iyiniyetin analizi vasıtasıyla zarar gören tarafa bir hukuki himaye temin etmek için culpa in contrahendo'nun kullanılabilmesi için diğer bir durumdur. Bu davalarda kiracı, gayri safi hasılatını artırmak için makul gayret sarf etmeye gerek duymamışsa kiralayanın sözleşmeye girme amacı tümüyle boşa çıkacaktır. Böyle bir davada kiracı, aralarında kiralayanın "sabit eşik kirası" alacağı bir anlaşma olduğuna dair hatalı görünüm vermişse, kusurlu olduğu ölçüde kiralayanın bu taahhüde güvenmesi yüzünden maruz kaldığı zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır. Kiracı kusurlu değilse, yani makul gayretleri göstermişse ve onun düşük aylık hasılatını izah eden hafifletici nedenler varsa, kiracı kiralayanın hiç bir zararından sorumlu olmayacaktır.

Benzer olarak, culpa in contrahendo'nun bazı uygulamaları gayri menkul hukukunda görülür. Bir evin maliki onu satmak istediğinde bunu birkaç yolla yapabilir. O evini kendisi satabilir veya bir komisyoncu vasıtasıyla satış için evi listeye geçirmeyi tercih eder. Çoğu kez, satıcılar evlerini satmak için "open listing" olarak bilinen yolu kullanırlar. Bir "open listing"de, ev, satış için birçok komisyoncu tarafından kaydedilir ve başarılı olarak evi satan komisyoncu bundan komisyona hak kazanır. Mamafih, böyle bir evin satışı için en iyi çabaların kullanılması bu durumda bir komisyoncu için çok teşvik edici değildir. Zira komisyoncu, diğer kaç komisyoncunun istekli alıcılara evi göstermekle fiilen meşgul olduğunu bilmemektedir. Diğer yandan, komisyoncuya "inhisari (özel) satım hakkı" verilseydi, komisyoncu evin satışı üzerine mükafatlandırılacağını bildiği için evi (müşterilere) göstermede çok daha gayretli çalışacaktır. Inhisari dağıtımcılık ilişkisine benzeyen bir özel satış düzenlemesinde de sözü geçen iyiniyetle müzakere prensipleri uygulanabilecektir.

Son olarak, sigorta sözleşmeleri, sigorta tekliflerinde culpa in contrahendo'dan istifade edebilir. Bir şahsın hayat sigortası poliçesi için başvuru yaptığı bir durumu düşünün. Bu halde şirketin göz önünde tutacağı kabul edilebilir risk ne kadardır? Müracaat eden şahıs, başvuru muameleleri için sigorta şirketini beklerken ölür. Standart sözleşme hukuku gereğince, başvuru bir icaptır ve sigorta şirketi (bunu) henüz kabul etmemiştir. Birleşik Devletler'de genel kural, bir icapçı kabulden önce öldüğünde icapta onunla birlikte ölür. Bu yüzden bir sözleşme olamayacaktır. Bu duruma daha ileri giden bir yaklaşım sigortalanan kişi cihetindeki muamelede görülür. Başvu-



runun ve ödemenin gönderilmesinden sonra, sigorta ettirmek isteyen sigortalananı ümit eder. Başvuruda bulunan şahıs sigorta muamelelerinin iki hafta veya iki ay sürebileceğini bilme imkanına sahip değildir. Eğer o bu durumu bilseydi evvelki poliçenin hükümden düşmesine ve sigortalananın olmamasına müsaade etmeyecekti.

Culpa in contrahendo duruma aşağıdaki gibi uygulanır: İleride kurulması ümit edilen sigorta sözleşmesinin tarafları birbirleriyle iyiniyetle müzakere etmelidir. Sigorta şirketi başvuru muamelesini kusurlu olarak geciktirdiği için başvuruda bulunan şahsa iki taraf arasında bir sözleşmenin mevcut olduğu hatalı görünümünü vermiştir. "Sigortalanan" bir sözleşmenin mevcudiyetine güvenerek işlerine dönmüştür. Böyle bir davada, o kişiye başvuruda bulunduğu poliçe bedeli içinde zararları ödenmelidir. İlginç olarak, culpa in contrahendo'nun çok katı bir okunuşu aksi sonuca varabilecektir. Yukarıda açıklandığı gibi, Alman hukukundaki tartışmada, Jhering sözleşme öncesi sorumluluk teorisini bir tarafın kusuruna dayandırmıştır. Yukarıdaki davada culpa in contrahendo, bu olayda kusurlu davranış başvuruda bulunan tarafın şahsındadır denerek yorumlanabilirdi. Bu gerekçeye göre, başvuruda bulunan şahıs sigorta şirketine karşı güvenli olmayan bir haberleşme tarzı kullandığı için kusurludur. Eğer sigorta şirketine şahsen gitseydi ve başvuru muamelesi yürütülürken bekleseydi onun teklifi derhal kabul edilmiş olacaktı. Olaylara doğrudan doğruya uygulandığında bu yaklaşım culpa in contrahendo'nun münasip bir yorumu olmasına rağmen, bunun doktrinin bayağı bir görünüşü olduğu kabul edilmektedir. Zira bu aşamada bir şahıs sigorta şirketine yürüyerek gitmez ve başvurusu işleme konurken beklemez. İşler posta yoluyla yürütülür. İçinde bulunulan durumun tahkiki makul olarak bir kaç hafta sürer. Ayrıca işlerin yoğunluğu sigorta şirketlerini meşgul eder ve vaktinde yapılmadığı için birikmiş basit idari işlerin muameleye tabi tutulması bir aydan daha fazla süre alır. Bunun yanında mahkemeler, başvuranlar sigortalananın halde iken, sigortalayanları boş şeylerle vakit geçirmeye cesaretlendirmek istemezler. O itibarla, culpa in contrahendo doktrininin münasip yorumu, sigortalayan kusurlu olarak, başvuran şahsa bağlayıcı bir sözleşme hatalı görünümü verdiğinde görülür.

11-11-11

# **BANKALAR KANUNUNUN 14. MADDESİNE GÖRE BANKALAR HAKKINDA TEDBİR ALINMASINI GEREKTİREN DURUMLAR VE ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLER**

*Yrd.Doç.Dr. M.Emin BİLGE\**

## **GİRİŞ**

Bankalar sermayeye yön veren kurumlar olarak ülke ekonomisinde büyük etkiye sahiptirler. Herhangi bir bankanın içine düşeceği mali bir kriz, sadece bankanın kendi sermayesini ve ortaklarının paralarını kaybetmelerine neden olmakla kalmayıp, tüm ekonomiyi etkiler. Diğer taraftan, bankaların hükmettikleri bu sermaye kendi sermayelerinden daha çok halktan topladıkları mevduatlardan oluşmaktadır. Her ne kadar büyük anonim ortaklıklarda da gelir sağlamak için hisse senedi almış olan pek çok kişinin paraları kullanılmakta ise de, bu kişiler ortak konumuna gelmekte ve paralar ortaklığın özvarlığı olmaktadır. Elde edilen kazanç da tüm ortaklara dağıtılmaktadır. Dolayısıyla, anonim ortaklıklara ilişkin yasal düzenlemelerle sadece bu dağıtım mekanizmasını bozacak davranışlar önlenmeye çalışılmıştır. Bankalar açısından, bu genel düzenlemelerin yanında bir takım ek tedbirlerle bankanın ortağı olmadan paralarını bu kurumlara teslim eden mevduat sahiplerinin de korunması gerekir.

Görüldüğü gibi, bankaların denetlenmesi temel olarak üç amaca hizmet etmektedir. Bunlar, ülke ekonomisinin korunması, banka ile ilişkisi bulunanların korunması ve bankanın korunması olmaktadır.

Bankaların sağlıklı işlemesinin yukarıda bahsettiğimiz önemi nedeniyle, bu kurumların ayakta tutulmaları ve bünyelerinin sağlıklı olması esastır. Bu

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

yüzden devletin bankalara çeşitli şekillerde müdahalesi ve onları denetim altında tutması bir zorunluluk olarak görülmektedir<sup>1</sup>.

Mevzuatımızda 4389 sayılı Bankalar Kanunu, bankaların mali bünyelerinin sağlam olması ve kötüniyetli bazı işlemlere imkan bırakılmaması için bazı düzenlemeler getirmiştir<sup>2</sup>. Bu düzenlemelerin en önemlilerinden olan 14. maddeye göre, bankaların faaliyetlerini güvenli bir şekilde gerçekleştirmeleri için söz konusu olabilecek önlemler, çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Söz konusu maddedeki bu önlemleri başlıca üç bölümde inceleyebiliriz. İlk olarak bankaların yasal düzenlemelere aykırı ve emin şekilde çalışmalarını tehlikeye düşürecek nitelikte işlemlerine karşı tedbirler getirilmiştir. İkinci olarak bankaların mali yapılarının bozulmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiş, son olarak da, yöneticilerin banka kaynaklarını kendi lehlerine kullanmaları veya bankayı zarara uğratmaları durumuna yönelik tedbirler alınmıştır<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Bankalara devlet müdahalesini düzenleyen ilk hukuki belgeye İtalya'da rastlıyoruz. Venedikte 1524 yılında çıkarılmış bir nizamnamede her banka nezdinde muamelelerin kanun çerçevesinde yürütülmesini gözetmekle görevli bir müfettiş bulunması gerektiğinden söz edilmektedir. Bugünkü anlamda bankalara devlet müdahalesini konu edinen yasal düzenlemeleri İsveç 1846, Amerika Birleşik Devletleri 1863, Kanada 1867, Finlandiya 1886, Japonya 1890 ve Macaristan 1916 yılında çıkarmışlardır. Mevzuatımızda bankalarla ilgili hükümler daha yenidir. Bu konuda ilk hükümlere 1887 tarihli Murabaha Nizamnamesinde rastlıyoruz. Fakat bu Nizamname sadece faize ilişkindi. 1933 tarihli 2243 nolu Mevduatı Koruma Kanunu, Türkiye'de bankalara devlet müdahalesini ilk defa etraflı şekilde düzenleyen kanundur. 1936'da da 2999 sayılı ilk Bankalar Kanunu kabul edilmiştir. Bkz. AKPINAR Turgut, **Bankalar ve Devlet**, Ankara 1966, s.1 vd.

<sup>2</sup> 4389 sayılı Bankalar Kanunu Haziran ayında yasalasmıştır(RG., 23.06.1999, Sayı 23734). Ancak, Bankalar Kanunu Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası ile yapılan program görüşmelerinde öngörülen düzenlemeleri içermek üzere Aralık ayında yeniden değişikliğe uğramıştır(Kanun no:4491, RG., 19 Aralık 1999, Sayı, 23911). Aralık ayında yapılan düzenlemeler, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na tam bağımsızlığın sağlanması, bankaların kurulmaları faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi ile denetim sonuçlarının karara bağlanmasında yetkilerin Kuruma bırakılması, kredi tanımının iştirakleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, grup kredi-özkaynak ilişkisinin daraltılması ve mali bünyesi zayıflayan bankalara ilişkin karar sürecinin hızlandırılmasına yönelik olmuştur. Kanun'un Meclis'ten geçmesinin hemen ardından beş ticaret bankasının yönetimi Fon'a devredilmiş, yatırım ve kalkınma bankalarından birisinin faaliyetine ise son verilmiştir. Bu bankalardan halka açık olan ikisinin borsada işlem gören hisseleri de Fon'a devredilmiştir. Bkz. KESKİN, Ekrem, **1999 Yılında Türk Bankacılık Sistemindeki Gelişmeler**, TBB., Bankacılar Dergisi, Sayı 33, 2000.

<sup>3</sup> 4389 sayılı Yasanın Hükümet Tasarısının madde gerekçesinde "Reel sektör ile hızlı bir etkileşim içinde olduğu gerçeğinden hareketle, bankacılık sistemindeki sorunların başlangıç aşamasında tespiti, sistemde faaliyet gösteren bankaların mali bünyelerinde meydana gelecek zaafiyetlerin nedenlerinin belirlenmesi ve buna göre gerekli önlemlerin süratle alınarak uygulamaya konulmasına ilişkin hükümler, bu konudaki uluslararası

Yukarıda bahsettiğimiz düzenlemelere aykırı nitelikte işlemlerin tespiti durumunda Bankalar Kanununda öngörülen tedbirleri alma yetkisi Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna verilmiştir<sup>4</sup>. Bu yetki daha önceki düzenlemede Bakanlığa tanınmış bulunmaktaydı (3182 say.Ban.K. m.62, 64).

Avrupa Birliği'nde de ihtiyatlı gözetim ve denetim, risk yönetim teknikleri ve mevduat garanti sistemiyle ilgili ağır hükümler içeren yasal düzenlemeler bulunmaktadır<sup>5</sup>. Avrupa Birliği'nin bu konudaki düzenlemeleri büyük oranda uluslararası alandaki gelişmelerden etkilenmektedir. Bu çerçevede, Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi ve Ödemeler Sistemi Komitesi adlı iki teknik komite çalışmalar yapmaktadır<sup>6</sup>. Bu komiteler krizlerin sebeplerini incelemekte ve krizler meydana gelmeden önce önlem alınması yönünde çalışmalar yapmaktadırlar.

Avrupa Birliği'nde bir yandan bütün üye ülkeler için geçerli olan asgari düzenlemeler bulunurken<sup>7</sup>, diğer yandan, bankalarının denetimi bankaların

---

genel kabul görmüş prensipler ve 3182 sayılı Bankalar Kanununun 64üncü maddesi ile ilgili uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınmak ve mevcut eksiklikler giderilmek suretiyle detaylı olarak düzenlenmiş; bu husustaki yetkiler uluslararası standartların gerektirdiği şekilde oluşturulan idari ve mali özerkliği haiz Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna devredilmiştir" denilmektedir. REİSOĞLU, Seza, **4491 Sayılı Yasa ile Değişik Bankalar Kanunu Şerhi**, Ankara 2000, s.606.

- 4 Bankalar Kanununda yapılan değişikliğe uygun olarak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetmeliği de değiştirilmiştir (RG. 26 Ağustos 2000, Sayı, 24152).
- 5 Avrupa Birliğine üye ülkelerin bankacılık sistemine ilişkin gözetim ve denetim düzenlemeleri hakkında geniş bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, P.A/TULAY, B., **Avrupa Birliğine Üye Ülkelerin Bankacılık Sistemi**, Bankacılar Dergisi, TBB. yayını, 2000; KREUZER, Karl, **Avrupa Ekonomik Topluluğunda Bankacılık Sistemi**, (Çev. Kahyaoğlu, E, C/ Atamer, Y), Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku, Altıncı Avrupa Hukuk Haftası, İstanbul 1992, s. 84 vd.
- 6 Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi (*Basle Committee on Banking Supervision*) bankacılık gözetim ve denetiminde uluslararası işbirliğini sağlamak amacıyla G-10 ülkeleri Merkez Bankaları Governörleri tarafından 1975 yılında oluşturulmuştur. Komite'de ülkeler (Belçika, Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Lüksemburg, Hollanda, İsveç, İsviçre, İngiltere, ABD) ulusal bankacılık gözetim ve denetim otoriteleri ve Merkez Bankaları üst düzey yetkilileri tarafından temsil edilmektedir.
- 7 Avrupa Birliğinin bankalara ve özellikle bankaların gözetim ve denetimine ilişkin temel düzenlemelerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz: Bankalar ve diğer mali kurumların bağımsız faaliyetleri bakımından yerleşme serbestisi ve hizmet sunma serbestisi üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması hakkında 28 Haziran 1973 tarihli Konsey Direktifi (73/183/EEC); Kredi Kurumlarının Kurulmalarına ve Faaliyetlerine İlişkin Yasal ve İdari Düzenlemelerin Eşgüdümü Hakkında 12 Aralık 1977 Tarihli Birinci Konsey Direktifi (77/780/EEC); Konsolide Hesap Defteri Hakkında 13 Haziran 1983 Tarihli Yedinci Konsey Direktifi (83/349/EEC); Kredi Kurumlarının Konsolide Esasa Göre Gözetim ve

kendi ülkelerindeki denetim otoriteleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Maastricht Antlaşması'na göre, Avrupa Merkez Bankası bankaların gözetim ve denetimden sorumlu değildir. Her ülkenin kendi gözetim ve denetim otoritesi bulunmaktadır. Örneğin, Almanya'da Federal Gözetim ve Denetim Organı (Bundesaufsichtsamt), Fransa'da Bankacılık Komisyonu (Commission Bancaire), Yunanistan'da Yunanistan Merkez Bankası, Türkiye'de ise yeni kurulan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu bankaların denetlenmesinde yetkili kurumlardır<sup>8</sup>.

### **Ş.1. BANKANIN YASAL DÜZENLEMELERE AYKIRI VE EMİN ŞEKİLDE ÇALIŞMASINI TEHLİKEYE DÜŞÜRÜCÜ NİTELİKTE İŞLEMLERİNİN TESPİT EDİLMESİ**

#### **I- GENEL OLARAK**

Yapılacak denetlemeler sonucunda bir bankanın Bankalar Kanununa ve bu Kanununa dayanılarak alınan kararlara ve yapılan düzenlemelere, bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı ve bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte işlemlerinin tespit edilmesi durumunda Kurum, sorumluları hakkında yapılacak cezai işlem saklı olmak üzere, vereceği süreler içinde söz konusu işlemlerin düzeltilmesi ve tekrarına meydan veril-

---

Denetimi Hakkında 13 Haziran 1983 Tarihli Konsey Direktifi (83/350/EEC); Kredi Kurumlarının Kurulmaları ve Faaliyetlerine İlişkin Yasal ve İdari Düzenlemelerin Eşgüdümü Hakkında 77/780/EEC Sayılı Direktifi Tadil Eden 8 Temmuz 1985 Tarihli Konsey Direktifi (85/345/EEC); Bankalar ve Diğer Mali Kurumların Yıllık Hesapları ve Konsolide Hesapları Hakkında 8 Aralık 1986 Tarihli Konsey Direktifi (86/635/EEC); Üye Devletlerin Tüketici Kredisine İlişkin Kanun, Tüzük ve İdari Düzenlemelerin Yakınlaştırılması Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli Konsey Direktifi (87/102/EEC); 77/780/EEC sayılı Yönergede değişiklik yapan ve kredi kuruluşlarının faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve izlenmesine ilişkin yasaların, yönetmeliklerin ve idari hükümlerin koordinasyonu konusunda 15 Aralık 1989 tarihli İkinci Konsey Yönergesi (89/646/EEC); Kredi kurumlarının Özkaynaklarıyla ilgili 17 Nisan 1989 tarihli Konsey Direktifi (89/299/ECC); Kredi Kurumlarının Ödeme Gücü Oranı hakkında 18 Aralık 1989 tarihli Konsey Direktifi (89/647/EEC); Sınır-ötesi mali işlemlerle ilgili bankacılık faaliyetlerinin şeffaflığı hakkında Komisyon Önerisi (90/109/EEC); Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin AB Direktifi (91/308/EEC); Konsolide esasa göre kredi kurumlarının denetimi hakkında 6 Nisan 1992 tarihli Konsey Direktifi (92/30/EEC); Kredi Kurumlarının Büyük Risklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi ile ilgili 21 Aralık 1992 Tarihli Konsey Direktifi (92/121/EEC); Kredi kurumlarının özkaynakları ile ilgili 89/299/EEC sayılı Direktifi değiştiren 16 Mart 1992 tarihli Konsey Direktifi (92/16/EEC); Sermaye Yeterliliği Direktifi (93/6/EEC); Mevduat Garantisinin Uygulanması İle İlgili Direktif (94/19/EEC); Tüketici Haklarının Korunması Direktifi (98/27/EEC).

<sup>8</sup> GORTSOS, V. Christos, **Avrupa Birliği Düzenlemeleri ve Türk Mali Sistemi, Bankacılar**, Bankacılar Dergisi, TBB. yayını, Sayı 33, 2000, s.3.

memesi için gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili bankayı uyarır (BanK.m.14-1).

Bu düzenleme, denetleme merciine daha etkin bir denetleme imkanı tanımakta olup, yetkililere uzun süren kanuni kovuşturma sonuçlarını beklemeden, bankalar ve banka yöneticileri hakkında süratli bazı idari tedbirler uygulama imkanı vermektedir. Böylelikle, haklarında cezai kovuşturma yapılan banka mensupları, uzun cezai kovuşturma sonuçları beklenilmeksizin bir takım idari tedbirlere muhatap olmakta ve bankanın mali yapısını tahrip etmelerinin önüne geçilmesine çalışılmaktadır.

Bankalar Kanunu 14-1 gereğince bir banka hakkında işlem yapılabilmesi için mevzuata aykırı işlemin, bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte olması gerekir. Yoksa, sadece mevzuata veya bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı bir işlemde bulunulması bu işlem bir suç oluştursa dahi Ban.K.m14-1'de sözü edilen tedbirlerin alınmasını gerektirmeyecektir<sup>9</sup>. Mevzuata aykırılık ile emin bir şekilde çalışmak ibareleri arasında yer alan "ve" kelimesini "veya" şeklinde anlamak ve mevzuata aykırı olmayan hallerde de eğer yöneticilerin basiretsiz davranışlarıyla bir risk ortaya çıkmışsa hükmün uygulama alanı bulacağı yolundaki bir görüş<sup>10</sup>, hükmün açık metni karşısında bir dayanak bulamamaktadır.

Bankaların yasal düzenlemelere aykırı ve emin şekilde çalışmalarını tehlikeye düşürücü nitelikteki işlemlerinin tespiti için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu gerekli bilgileri hızlı ve doğru bir şekilde elde edebilmelidir. Dolayısıyla, banka şeffaflığının artırılması ve bankalardan istenecek bilgi açıklamalarında hangi bilgilerin olması gerektiği önemli bir konudur<sup>11</sup>. Banka gözetim ve denetim kurumları çoğunlukla bankaların denetim amaçlı hazırlanan periyodik raporlarından yararlanmaktadır. Denetim amaçlı raporlar ve kamuoyuna açıklanan bilgileri tamamlamak üzere denetim kurumu, bankanın yönetimine ilişkin önem arz eden konuların daha iyi anlaşılması amacıyla, yerinde denetim, bağımsız denetim ve özel amaçlı araştırmalar yoluyla ek bilgiler sağlayabilir. Bu bilgiler birleştirilerek, analiz edil-

---

<sup>9</sup> 3182 sayılı Bankalar Kanununun aynı yöndeki düzenlemesi (m.62) hakkında aynı görüş için bkz; Erem, Faruk/Altınok, Akın/Tandoğan, Haluk, **Bankalar Kanunu şerhi**, Ankara 1989, s.259.

<sup>10</sup> KARACAN, İhsan, **Bankacılık Hukuku, C.I, Bankacılık Kurumları Hukuku**, İstanbul 1987, s.307.

<sup>11</sup> Kamuoyuna bilgi verilmesinin piyasa disiplininin sağlanmasındaki önemi Basel Komite'nin yayımladığı Banka şeffaflığının Artırılması (*Enhancing Bank Transparency*) başlıklı raporda ele alınmıştır. Eylül 1998.

mekte ve bankanın güvenilirliği ve işlemlerinin yasalara uygunluğu konusunda daha detaylı bir tablonun çizilmesi mümkün olmaktadır.

## II- TEDBİRLER

### A- BANKANIN UYARILMASI

Ban.K.m.14-1 gereğince Kurum vereceği süreler içerisinde söz konusu işlemlerin düzeltilmesi ve tekrarına meydan verilmemesi için gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili bankayı uyarır. Kurum yaptığı uyarıda genel olarak tedbir alınmasını isteyebileceği gibi, alınmasını istediği tedbirleri somut olarak da belirleyebilir<sup>12</sup>. Gerekli tedbirlerin alınması için verilecek sürenin miktarı tamamen Kurumun takdirine bırakılmıştır.

### B- YÖNETİM KURULUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Banka, verilen süreler içerisinde Kurumca istenen tedbirleri almaz veya bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek işlemlere devam ederse, işlemlerin mahiyet ve önemine göre Kurul, yönetim kurulu üyelerinin tamamını veya bir kısmını görevden alarak veya üye sayısını artırarak bu kurula üye atayabilir (Ban.K.m.14-1/a).

3182 sayılı Kanununda konuyla ilgili iki düzenlemenin yer aldığını görmekteyiz<sup>13</sup>. Bu hükümlerden 64/2 fıkrasında yer alan düzenleme “yönetim kurulu, müdürler kurulu, veya denetim kurulu” üyelerini görevden alma

<sup>12</sup> Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesine göre; Bir bankanın yönetim kurulu ve üst düzey yönetimi bankanın performansından nihai olarak sorumludur. Gözetim ve denetim otoriteleri bir bankanın uygun biçimde yönetilmesi yönünde gerekli kontrolleri yapmalı ve denetim işlevi neticesinde ortaya çıkardığı problemlere banka yönetiminin dikkatini çekmelidir. Düzenlemelerde yer alan koruyucu hükümlerde banka sorumluluğu ve şeffaflığı konularına yer verilmelidir. Gözetim ve denetim otoritesi, bankanın ölçemeyeceği ve kontrol edemeyeceği riskler almasından, banka yönetim kurulunu sorumlu tutmalı ve belli bir programa bağlı olarak gerekli düzeltici tedbirlerin alınmasını istemelidir. Gözetim ve denetim otoriteleri, banka faaliyetlerinin yönetiminde her hangi bir kötüleşme belirtisi şeklindeki uyarılara karşı hassasiyet göstermelidir. Etkin kurumsal yönetim ve destekleyici diğer uygulamalar konusunda bankalar için kılavuzlar yayımlanmalıdır. Ayarica, diğer konularda yayımladığı kılavuzlarda da kurumsal yönetim konusunu dikkate almalıdır. Bkz., Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi (*Basle Committee on Banking Supervision*), **Bankalarda Kurumsal Yönetim**, TBB. Bankacılar, Sayı 32, Mart 2000.

<sup>13</sup> 3182 sayılı Bankalar Kanununda banka yönetim kurullarına üye atayabilme yetkisi veren üçüncü bir düzenleme 63. madde idi. Bu maddenin 3182 say.Ban.K'ndaki ilk şekli sadece denetçi atamaya imkan verirken, madde daha sonra 3291 say. Kanunla değiştirilmiş ve yönetim kurulu üyesi atanması da metne dahil edilmiştir. 63. madde, yönetim kurulu üyesi veya denetçi atayabilmek için hiç bir şart öngörmemekte, sadece atamanın yapılacağı bankanın mevduat kabul eden bir banka olması gerekmekte idi. 63. madde daha sonra 512 say.KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır.



ve yeni üyeler atama şeklinde iken<sup>14</sup>, yeni Kanun bu yetkiyi “yönetim kurulu üyeleri” ile sınırlandırmış, böylece denetim kurulu üyelerini görevden alma veya yenilerini atama yetkisi Kurul’a tanınmamıştır. Görüldüğü gibi, Ban.K.m.14-1/a hükmüne dayanılarak Kurulca görevinden alınabilecek kişiler sadece yönetim kurulu üyeleri olmaktadır<sup>15</sup>.

Bankalar, bankalar yeminli murakıpları, maliye müfettişleri ve hesap uzmanları gibi çeşitli denetim organları tarafından zaten kamu ağırlıklı olarak denetlenmektedir. Bu sebeple son değişiklikle denetçi atama yetkisinin kaldırılmış olması yerinde bir düzenlemedir.

Ayrıca yeni düzenlemede, mali bünyesi zayıflamakta olan bankalar için öngörülen, mali bünyeyi zayıflatan karar ve işlemlerin yönetim ve denetim kuruluna ait olması şartı aranmamıştır. 3182 sayılı eski Bankalar Kanununun 64/2a hükmününün 538 sayılı KHK ile değiştirilmeden önceki şeklinde, zayıflama bu kurulların eylem ve kararlarından değil de başka sebeplerden, mesela genel bir bunalımdan veya bazı resmi kararlardan doğuyorsa mevcut yönetim ve denetim kurulları görevde kalmaktadır<sup>16</sup>.

3182 sayılı Ban.K.'nin bir diğer düzenlemesinde ise tüm banka personeli söz konusu yaptırıma muhatap olabilmekteydi. Zira, (m.62-1) de “banka mensupları” ifadesi kullanılmaktaydı. Mevcut düzenlemeye göre, artık yönetim kurulu üyeleri haricindeki banka personelinin bu hükme göre görevine son verilemeyecektir. Diğer taraftan Kurul, banka yönetim kurulları üzerinde doğrudan tasarrufta bulunmaktadır. Kurul kararı ile yönetim kurulu üzerinde değişiklik oluşmakta, bunun için bankanın herhangi bir karar almasına gerek olmamaktadır. 3182sayılı Ban.K.m.62/1’e göre ise sorumlu banka mensupları-nın görevlerine son verilmesi bankadan istenmekte, bu isteme muhatap olan bankanın, söz konusu görevlinin görevine son vermesi zorunlu kılınmaktaydı.

Bankalar Kanunu m. 14/1 gereğince Kurulca atanan üye, diğer üyelerle aynı hak ve yükümlülöklere sahiptir. Atama yetkisi azli de içine aldığından bu üye kendisini atayan Kurulca her zaman görevden alınabilir. Ancak, ge-

14 Bkz. VURAL, Güven, *Türk Banka Hukuku*, Ankara 1991, s.41; TEKİNALP, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 243. 3182 sayılı. Ban.K. m. 64/2'ye göre, banka yönetim ve denetim kurullarına üye atanabilmekte veya anılan kurulun üyeleri kısmen veya tamamen görevden alınabilmekte ya da üye sayıları artırılabilmekteydi. Ancak bu imkan sadece mali bünyeleri ciddi şekilde zayıflamakta olduğu tespit edilen bankalar için uygulanabilmekteydi.

15 Yabancı banka şubelerindeki “müdürler kurulu” yönetim kurulu görevini gördüğünden yeni yasanın kapsamı içinde değerlendirilecektir. REİSOĞLU, s.609.

16 Bkz., TEKİNALP, s. 245.

nel kurulca seçilmeyip, atamayla geldiğinden genel kurulca azledilemez<sup>17</sup>. Doktrinde, haklı sebeplerin varlığı ve yetkili kurumun üyenin görevine son verme yetkisini kullanmaması durumunda, banka genel kurulunun da azil yetkisine sahip olduğu, aksi takdirde bankanın kendisine zarar veren bir üyeyi yönetim kurulunda muhafaza zorunda kalacağı ve böyle bir zorlamanın genel hukuk ilkelerine aykırı düşeceği de belirtilmektedir<sup>18</sup>. Kanımca bankaya, atanan yönetim kurulu üyesinin görevine gerek kalıp kalmadığı hususunda karar verme yetkisi tanınması, yönetim kuruluna üye atanması yönündeki tedbirden beklenen fayda tam olarak alınmadan, söz konusu tedbirin etkisizleştirilmesi durumuna yol açabilir. Tedbire konu olan şahsın, kendisine yönelik tedbiri sona erdirebilmesi, tedbir kurumuna ters düşer. Kurulun atama tasarrufunun iptali için idare mahkemesine başvurulması düşünülebilir<sup>19</sup>.

Atanan yönetim kurulu üyesinin, bu sıfatla işlediği eylem ve yaptığı işlemlerden dolayı bankaya, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı Kurum sorumluluğunda olacaktır (TK.m.275/III). Kurumun atanan üyeye başvuru hakkı vardır (TK.m.275/III).

Atanan üyenin görev süresinin ne olacağı konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda atamayı gerektiren sebebin ortadan kalkmasına kadar üyeliğin de devam edeceği söylenebilir<sup>20</sup>. Sebebin ortadan kalkmasına rağmen Kurulca üyenin görevine son verilmemesi durumunda banka, Kuruldan göreve son verilmesini isteyebilmeli, talebi kabul edilmediği zaman idari yargı yoluna başvurabilmelidir.

Bu maddeye göre bankalara atanacak yönetim kurulu üyelerinin ücretleri Kurulca tespit olunur ve Fon'dan karşılanır (Ban.K.m.14/1-c). Atanan yönetim kurulu üyelerinin ücretlerinin Kurulca tespit edilmesi ve Fondan karşılanması son derece yerinde bir düzenlemedir. Böylece atanan üyelerin bankaya karşı bağımsız olabilmeleri sağlanmıştır.

Bazı yazarlar, bankaların yönetimine müdahalenin bazı sakıncaların ortaya çıkmasına neden olabileceğini belirtmektedirler. Şöyle ki; bazı bankalara yönetim kurulu üyesi atanması bu bankalar hakkında kamuoyunda tereddütler uyanmasına ve dolayısıyla bunların durumlarının sarsılmasına sebep olacaktır. Ayrıca uygulamada atanan yönetim kurulu üyesi ile diğer yönetim kurulu üyeleri arasında görev ve yetki ihtilafları da ortaya çıkabile-

17 Erem/Altınok/Tandoğan, s.262.

18 Tekinalp, s.117.

19 Bkz. Erem/Altınok/Tandoğan, s.262.

20 Erem/Altınok/Tandoğan, s.263.

cektir. Bu durumda, mevcut kamu denetiminin aksayan yönleri varsa bunları giderici tedbirler almak ve faydasından çok mahzuru olan bu sistemden vazgeçmek doğru olur<sup>21</sup>. Kanımca, bankaya yapılan uyarının, yöneticilerce dikkate alınması açısından söz konusu düzenleme oldukça önemlidir. Ayrıca, kamuoyunda tereddüt uyanması, banka hakkında alınacak her türlü tedbirde ortaya çıkabilecek bir sonuçtur.

### **C- BANKA FAALİYETLERİNİ KISITLAMAK**

Kurum tarafından bankadan istenen tedbirlerin verilen süre içerisinde alınmaması veya bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikteki işlemlerinin tekrarı halinde Kurul, işlemlerin mahiyet ve önemine göre; bankanın faaliyetlerini, faaliyet türleri itibariyle tüm teşkilatını veya gerekli görülecek şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlayabilir(Ban.K.m.14/1-b).

3182 sayılı yasanın 12.maddesinde “bir bankanın bankacılık işlemleri yapmasında veya mevduat kabul etmesinde daha sonra sakınca görülmesi halinde TC. Merkez Bankasının görüşü alınmak suretiyle Bakanlığın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu, bankanın bankacılık işlemleri yapma veya mevduat kabul etme iznini geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen ve tüm teşkilatını veya gerekli görülecek şubelerini kapsayacak şekilde kaldırabilir” hükmü yer almaktaydı. Söz konusu tedbirin alınabilmesi için, bankaya karşı önceden hiçbir uyarının yapılması şartı aranmamakta, yetkililere geniş bir takdir hakkı tanımakta idi. Yeni düzenlemede, tedbirlerin uygulanabilmesi, uyarıların dikkate alınmaması veya bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşüren işlemlerin tekrarı şartına bağlanmıştır.

### **D- DİĞER TEDBİRLER**

Kurum tarafından bankadan istenen tedbirlerin verilen süre içerisinde alınmaması veya bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikteki işlemlerinin tekrarı halinde Kurul, işlemlerin mahiyet ve önemine göre; bankanın mevduat sigortası primlerini yükseltmek veya kabul ettiği mevduatı yüzde yüz oranına kadar karşılığa tabi tutmak da dahil olmak üzere, bankanın emin bir şekilde çalışmasına ve mevduat sahiplerinin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almaya ve uygulamaya yetkilidir (Ban.K.m.14/1-c).

Kurum bankanın mevduat sigortası primlerini yükseltebilir veya kabul ettiği mevduatı yüzde yüz oranına kadar karşılığa tabi tutabilir. Bu önlem

---

<sup>21</sup> Erem/Altınok/Tandoğan, s.262; GÜNGÖR, Tevfik, *Demoklesin Kılıcı Bankaların Tepesinde*, Dünya, 2.6.1986.

Bankalar Kanununda ilk defa yer almakta olup, etkili sonuçlar verebilir. Örneğin yüzde yüz mevduat güvencesi nedeniyle bir bankanın mevduata geri ödeyemeyeceği yükseklikte faiz vermesi halinde; Kurul bu bankanın riskli çalıştığı ve bankanın emin bir şekilde çalışmasının tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle bankanın Fona ödeyeceği primleri riskin derecesine göre artırabileceği gibi; bu şekilde toplanan mevduatın tümü veya bir bölümü için karşılık ayrılmasını da kararlaştırabilir. Buradaki karşılık 11.maddenin 12 numaralı fıkrasındaki karşılık tanımına uygun olmasa da; sonucu aynı olacak; ayrılan karşılıklar bankanın karından düşülecektir. Buna karşılık bu fıkra göre ayrılan karşılıkların kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak kabulü mümkün olmadığı gibi; ayrılan karşılıkların hangi şartlarla serbest bırakılacağını da Kurum belirleyecektir<sup>22</sup>.

Bu hükümle Kurula oldukça geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Maddede bazı tedbirler örnek olarak sayılmış, örneklerin haricinde de gerekli her türlü tedbirin alınabileceği belirtilmiştir. Eski düzenlemede bankanın emin şekilde çalışmasının tehlikeye düşürülmesi durumunda bu tür tedbirler öngörülmemiş olup, söz konusu tedbirlere bankanın mali yapısının bozulması durumunda gidilebileceği belirtilmekteydi. Son değişiklikle Kurul, mali yapının bozulmuş olması şartını aramaksızın bu tedbirleri alabilecektir. Böylelikle, daha önceden gerekli tedbirler alınabilecek, bankanın daha kötü duruma düşmesi engellenmiş olabilecektir.

## Ş.2 - MALİ YAPININ BOZULMASI

### I- GENEL OLARAK

Bankalar Kanununun m.14/2,3,5,6 hükümleri bankanın mali yapısının bozulması durumunda alınacak tedbirlere ayrılmıştır. Bu düzenleme ile mali bünyesi ciddi şekilde zayıflamakta olan bankalar hakkında Kurulca belirli tedbirlerin alınmasına ve bunun için de gerekli enstrümanların sağlanmasına çalışılmıştır.

Denetlemeler sonucunda bir bankanın mali yapısının zayıflamakta olduğunun tespiti halinde Kurul uygun bir süre vererek bazı tedbirlerin alınmasını bankadan isteyecektir. Ancak, bankalar açısından mali bünye zayıflığı kavramı, diğer anonim ortaklıklara nazaran farklıdır. Bu tedbirlerin Kurul tarafından istenebilmesi için, Ban.K.m.14, TK.m.324'de olduğu gibi kesin ölçüler koymamış, Kurul'a büyük takdir hakkı tanımıştır. Bankanın mali durumu TK.m.324/1'in tanımladığı şarta uymasa bile, yani son yıllık bilançodan, esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığı anlaşılmasa, sermayenin

---

<sup>22</sup> REİSOĞLU, s.610.

yarısından çok daha azı karşılıksız kalsa da, mali bünyenin zayıflamakta olduğu sonucuna varılıyorsa, Kurul tedbir alınmasını isteyebilir. Yine, TK.m.324/1'deki durumun varlığı halinde önlem alınması istenmemekte, sadece durumun genel kurula bildirilmesi emredilmektedir<sup>23</sup>.

Diğer taraftan mali bünyenin zayıflamakta olması yeterlidir. Bu nedenle, banka karda olsa veya zararlar belli bir seviyeye yükselmemiş olsa da, kredilerin ve müşterilerin niteliklerine bakılarak gelecek için değerlendirme yapılabilir. Ayrıca zayıflamakta olmanın bankanın kusuruna dayanmasına ve işlemlerinin kanunlara uymamasına da gerek yoktur<sup>24</sup>.

Bankalara yönelik denetimden sonuç alınabilmesi, mali yapı bozukluklarının zamanında tespit edilebilmesine bağlıdır. Esas olan, Denetleme Kurumunun olası problemlere karşı erken uyarı alınmasını ve sadece tek tek bankaların değil aynı zamanda tüm bankacılık sektöründeki eğilimlerin belirlenmesini sağlayacak bilgiyi elde edebilmesidir. Bu nedenle bankalardaki mali yapı bozukluklarının tespiti açısından banka şeffaflığının artırılması ve bankalardan istenecek bilgi açıklamalarında hangi bilgilerin olması gerektiği önemli bir husustur. Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi raporlarında da, bankaların faaliyetleri sırasında ve riske maruz kaldıkları takdirde şeffaflığın artırılması yoluyla, piyasa disiplininin güçlendirilmesi ve mali istikrarın sağlanması tavsiye edilmektedir<sup>25</sup>.

Gözetim ve denetim kurumları, kendi denetim uygulamaları, mevcut verilerin özellikleri, denetime tabi kuruluşların sayısı, büyüklükleri, faaliyetleri ve piyasa koşulları gibi çeşitli faktörlere bağlı olarak bilgi toplamada bir dizi

---

23 Bkz. TEKİNALP, s.244.

24 Bkz. TEKİNALP, s.244.

25 Basel Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi, bankaların kredi riskleriyle ilgili kamuoyunun bilgilendirilmesi konusunda tavsiyeler sunmakta ve konuyla ilgili olarak gözetim ve denetim otoritelerince ihtiyaç duyulan bilgilerin neler olduğunu tartışmaktadır. Finansal durumları, faaliyetleri, performansları ve taşıdıkları riskler hakkında doğru değerlendirme yapılabilmesi için bankaların kamuoyuna gerekli bilgiyi sağlamaları, banka bilgilerinde şeffaflığının artırılması ve sağlam bir piyasa disiplininin oluşturulması yönünde çalışmalar yapmaktadır. Komite'nin söz konusu çalışmaları: Bankalarda şeffaflığın artırılması (*Enhancing Bank Transparency-Eylül 1998*), Bankaların ve Menkul Kıymet şirketlerinin Türev Ürünleri ve Trading Faaliyetlerine İlişin Kamuoyu Bilgilendirmesi Üzerine Araştırma (*Survey of Trading and Derivatives Disclosures of Banks and Securities Firms - Kasım 1998*), Bankaların ve Menkul Kıymet şirketlerinin Türev Ürünleri ve Trading Faaliyetlerine İlişin Kamuoyu Bilgilendirmesi Konusunda Tavsiyeler (*Recommendation on Public Disclosures of Trading and Derivatives Activities of Banks and Securities Firms - Şubat 1998*), Kredi Muhasebesi ve Kamuoyu Bilgilendirmesine İlişin Etkin Uygulamalar (*Sound Practices for Loan Accounting and Disclosure - Temmuz 1999*).

raporlama sistemi kullanmaktadırlar. Denetim amaçlı raporlama sistemleri iç denetim ile bağımsız denetim arasındaki boşlukların önceden ortaya çıkarılmasını ve böylece denetim kurumuna, problemler daha ciddi bir boyuta gelmeden gerekli tedbirleri alma olanağı sağlamaktadır. Bankaların denetiminin etkinliğinin sağlanması açısından konunun önemine Basle Komitesinin raporlarında da değinilmekte ve konuya ilişkin tavsiyeler sunulmaktadır<sup>26</sup>.

Diğer taraftan, banka şeffaflığının artırılması ve kamuoyunun bilgilendirilmesi, bankaların etkin ve güvenilir şekilde çalışmalarının teşvik edilmesi ve istikrarlı bankacılık sistemlerinin geliştirilmesine yönelik çabaları tamamlamakta ve desteklemektedir. Kamuoyuna kapsamlı, doğru bilgilerin verilmesi piyasa disiplininin artırılmasını ve bankaların kamuoyu tarafından daha iyi incelenmesini sağlayacaktır. Bu da bankaları, faaliyetlerini güvenilir, etkin ve verimli bir şekilde sürdürmeleri, belirledikleri amaç ve hedeflere bağlı kalmaları, etkin risk yönetimi ve iç kontrol uygulamalarını sürdürmeleri yönünde teşvik edecektir.

## II- TEDBİRLER

### A- ÖNLEM ALINMASININ İSTENMESİ

Kurul tarafından alınması istenebilecek önlemlerin neler olduğu 14. maddenin 2. fıkrasında ele alınmıştır. Ancak bu fıkrada, Kurum tarafından alınması istenilen tedbirlerin banka yönetim kurulunca alınmaması veya alınmaması halinde, bunun hukuki sonuçları üzerinde durulmamıştır. Bu tedbirlerin tamamen veya kısmen alınmamasının veya alınmamasının hukuki sonuçları bu maddenin 3 numaralı fıkrasında düzenlenmiştir.

#### 1- Bankanın Varlıklarının Taahhütlerini Karşılammaması

Ban.K.'nun 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, Kurum bir bankanın varlıklarının vade itibariyle taahhütlerini karşılayamadığını veya bu durumun gerçekleşmek üzere olduğunu veya likiditeye ilişkin düzenlemelere<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Bkz., Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi, Bankaların Kredi Riskleri Hakkında Kamuoyunu Bilgilendirmesi, Temmuz 1999, Türkiye Bankalar Birliği, Sayı 33, Haziran 2000.

<sup>27</sup> Bankaların yükümlülüklerine uygun oran ve tutarlarda likit varlıklara sahip olmalarını gerektiren başlıca düzenlemeler:  
-Umumi Disponibilite Hakkında Tebliğ, Sıra No.96/1 RG.22.7.1996, Sa.22704 Mükerrer değişiklikler Sıra no. 98/1 RG.20.11.1998, Sa. 23529; Sıra no. 99/1 RG. 13.2.1999, Sa. 23610; Sıra no. 99/2 RG.10.12.1999, Sa. 23902; RG. 5.5.2000.  
-Mevduat Munzam Karşılıkları Hakkında Tebliğ, 96/1 Sayı RG. 22.7.1996, Sa.22704 mükerrer.

uymadığını tespit ettiği takdirde; bankadan onaylayacağı bir plan dahilinde bu durumun düzeltilmesini isteyebileceği gibi uygun bir süre vererek (Ban.K.m.14/2a);

Uzun vadeli veya duran değerlere yatırım yapılmaması,

İştirakler ve gayrimenkuller gibi duran değerlerin elden çıkarılması,

Da dahil olmak üzere, likiditenin güçlendirilmesi amacıyla, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını isteyebilir(Ban.K.m.14-2/a,aa,ab).

Bir bankanın mali varlıklarının taahhütlerini karşılayamayacak derecede zayıflaması veya böyle bir durumun gerçekleşmek üzere bulunması süphesiz geniş ölçüde yetkililerin takdirine kalmış bir durumdur. Bu tespit "bankaların yeminli murakıpları" tarafından yapılan tetkikler sonucunda olabilecektir (Ban.K.m.5). Bankanın kredi açtığı kimselerin borçlarını ödeyemeyecek hale gelmeleri, iflas etmeleri acze düşmeleri ve sonuç olarak bankanın alacaklarının vadelerinde veya yakın bir gelecekte tahsil edilemez olması, bankanın taahhütlerini karşılayamayacak oranda zaafa uğramasının işaretleridir. Bunun yanında, bir bankanın kaynaklarının büyük kısmını, uzun vadeli kredilerde veya uzun vadeli yatırımların finansmanında kullanması, ve sonucunda, o anlık talepleri karşılayamaz duruma düşmesi de aynı durumu yaratabilir. Keza bankanın aktiflerinde yer alan kıymetlerin, alacak ve gayrimenkullerin büyük değer kayıplarına uğramaları da bu duruma neden olabilir. Yine herhangi bir sebeple, bankadan kitle halinde mevduat çekilmeye başlanması ve bankanın bu talepleri karşılayamaz olması da mümkündür. Bu gibi ve benzeri durumlar nedeniyle bankanın likidite ve solvabilite(ödeme gücü)sinin zaafa uğraması ve bankanın taahhütlerini karşılayamaz duruma düşmesi veya böyle bir durumun gerçekleşmek üzere bulunduğu görülmesi Kurum'un bankadan belirli tedbirlerin alınmasını istemesini zorunlu kılar.

Bankanın aciz haline düşme tehlikesinin varlığının tespitinin bu şekilde geniş ölçüde ilgili kurumların takdirine bırakılması, bu durumun objektif bir formülle tespit edilmemesi tenkit edilebilmekte, getirilecek bir formülün "hesapların dili ve rakamların ifadesiyle kanunun derpiş ettiği aciz halini objektif esaslara göre tarif" etmesi gerektiğinden söz edilmektedir<sup>28</sup>.

---

-Yabancı Para Net Genel Pozisyon/Senet Tabanı Standart Rasyonun Bankalarca Hesaplanmasına ve Uygulanmasına İlişkin Esaslar Tebliği, RG. 29.8.1998, Sa. 23448.

-Yabancı Para Genel Konsolide Pozisyon/Sermaye Tabanı Standart Rasyonun Bankalarca Konsolide Mali Tablolardaki Hesaplar Baz Alınarak Hesaplanmasına ve Uygulanmasına İlişkin Esaslar Tebliği, RG. 21.12.1999, Sa. 23913 mükerrer. Bkz. Reisoğlu, s.612 vd.

28 ATASAGUN, Y. Saim, **Mukayeseli Bankalar Kanunu**, İstanbul 1958, s.498.

Kanaatimizce, böyle bir formülün tespiti mümkün değildir. Zira her banka, çok çeşitli yönleriyle ayrı hukuki, mali ve iktisadi bir bütün teşkil etmektedir. Örnek olarak, “sermayesinin yarısını kaybeden veya mevduatının 3/4ü çekilen banka” gibi formüller birçok durumda yetersiz kalacaktır<sup>29</sup>.

## 2- Özkaynağın Yetersiz Kalması

Kurum, bir bankanın özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz kaldığını ya da bu durumun gerçekleşmek üzere olduğunu tespit ettiği taktirde; bankadan, onaylayacağı bir plan dahilinde çeşitli tedbirlerin alınmasını isteyecektir (Ban.K. m.14/2-b,ba,bb,bc). Bu tedbirler:

-Sermaye artırımını veya sermaye benzeri kaynak temin edilmesi suretiyle bu durumun düzeltilmesi

Sermaye artırımını talebiyle karşı karşıya kalan banka yönetim kurulunun yapabileceği, sermaye artırımını öngören bir anasözleşme değişikliğini kabul ederek banka genel kurulunu toplantıya çağırarak olacaktır. Genel kurulun toplanması, sermaye artırımını öngören ana sözleşme değişikliğini kabul etmesi ve sermaye artırımının taahhüt edilip ödenmesi T.Ticaret Kanunu hükümlerine göre olacaktır. Dolayısıyla, banka çoğunluğunu elinde tutan ortakların bu artırımını kabul etmelerine bağlıdır.

Bankanın sermaye benzeri kaynak<sup>30</sup> temin etme konusunda da yönetim kurulunun karar vermesi yetmez. Bu kaynağın temin edilmesi, bankanın mali durumu ve itibarı ile bağlantılıdır. Banka yönetimi tüm gayreti göstermesine rağmen sermaye benzeri kaynak temin edememiş olabilir. Denetleme Kurumu, istediği tedbirler doğrultusunda kararlar alınması yanında, bu kararların uygulanmalarının fiili sonuçlarına bakarak değerlendirme yapacaktır.

- Kar dağıtılmaması, yönetim kurulu üyeleri ile genel müdür ve yardımcılara huzur hakkı, ikramiye, prim, ayni ve nakdi sosyal yardım ya da her ne ad altında olursa olsun verilen ek ödemelerin durdurulması

Kar dağıtımını, banka anasözleşmesine göre yapılmaktadır. Kurum, kar dağıtılmamasını banka yönetim kurulundan isterse, yönetim kurulu bu yönde karar alıp, banka genel kuruluna sunacaktır. Ancak genel kurul bu öneri ile bağlı olmayıp; ortakların önerileri doğrultusunda kar dağıtımına karar verirse bu karar geçerli olur. Buna karşılık Kurulun yetkisini kullanarak aldığı kar dağıtılmaması kararına, banka genel kurulunun uymasının diğer kanunların

<sup>29</sup> Bkz., AKPINAR, Turgut, **Bankalar ve Devlet**, Ankara 1966, s. 199.

<sup>30</sup> Sermaye benzeri kaynak ile ne kastedildiği ve tanımı Kurulun kararı ile belirlenecektir (Ban.K.m.2/son).



emredici hükümlerine aykırı olması durumunda, kar dağıtmama kararının geçerliliği tereddüt doğurabilir. Şöyle ki; T.Ticaret Kanunu ve gerekse genelde banka anasözleşmelerine göre ortaklara dağıtılacak asgari kar -ilk temettü- belirlenmektedir. Ayrıca halka açık şirketlerde karın belli bir oranının ilk temettü olarak ortaklara dağıtılması konusunda Sermaye Piyasası Kurulunun emredici düzenlemeleri bulunmaktadır. Kurumun kar dağıtılmamasını istemesi, dağıtılması yasa ve anasözleşmelerle zorunlu olan temettüleri de kapsayacak mıdır? Diğer bir deyişle, banka genel kurulu hiç kar dağıtılmamasına karar verirse, bu karara katılmayan ortaklar ilk temettünün ödenmesini isteyebilecek midir? Bu sorunun yanıtı olarak, m. 14-2/ba'nın özel hüküm niteliğinde olduğu dolayısıyla, bir banka genel kurulunun, Kurulun Bankalar Kanununun kendisine tanıdığı yetkileri kullanarak aldığı karara uymasının, diğer kanun ve kararlara aykırılığı gerekçesiyle iptal edilemeyeceği söylenebilir. Banka yönetim kuruluna veya banka personeline yapılan ödemeler de banka anasözleşmesi veya genel kurulun kararlarına dayanmaktadır. Banka anasözleşmesine göre, karın belli oranı, yönetim kurulu üyelerine veya personeline dağıtılacak ise, banka genel kurulu, Kurulun kararı doğrultusunda karın yönetim kurulu üyelerine veya personeline dağıtılmamasına karar verirse bu karar da geçerli sayılacaktır<sup>31</sup>.

- Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerin sınırlandırılması veya durdurulması

Kurum, banka yönetim kurulundan zarar doğduğu tespit edilen faaliyetlerin sınırlandırılmasını veya durdurulmasını isteyebilir. Kurum, zarar doğduğu tespit edilmesi kaydıyla bankadan yeni kredi vermemesini, kredileri sınırlandırmasını veya teminatlarla vermesini, yeni iştirakler yapmamasını veya gayrimenkul edinmesini sınırlamasını veya durdurmasını isteyebilir.

- Verimi düşük veya verimsiz varlıkların elden çıkarılması

- Özkaynakların güçlendirilmesi amacıyla, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını isteyebilir

Yukarıda açıkladığımız söz konusu tedbirler tahdidi olarak sayılmamış bunların dışında da gerekli görülen tedbirlerin alınabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Kurum, bankadan likiditenin güçlendirilmesi veya özkaynakların artırılması amacıyla uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını isteyebilir. Ancak, ne kadar küçük ve münferit olursa olsun bir banka hakkında bu tür tedbirlerin alınmasının çok riskli bulunduğu, kamuoyu üzerinde olumsuz etki yapacağı, etkilerinin az veya çok oranda diğer bankaları da etkileyeceğinin, kısmi veya genel bir mevduat çekilmesine yol

<sup>31</sup> REİSOĞLU, s.618.

açabileceğinin de daima göz önünde tutulması ve bir zorunluluk olmadıkça bu yola gidilmemesi gerekir<sup>32</sup>.

Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi raporlarına göre de, bankalar tarafından alınacak tedbirler dikkatle belirlenmeli, denetim kurumları kamuoyuna makul seviyelerde güvenilir bilgilendirmeler yapmalıdırlar<sup>33</sup>.

### **B- BANKANIN YÖNETİM VE DENETİMİNİN FONA DEVRİ veya BANKACILIK İŞLEMLERİ YAPMA ve/veya MEVDUT KABUL İZİNİNİN KALDIRILMASI**

Ban.K. 14. maddenin 3. fıkrasına göre Kurul, bu fıkrada belirlenen şartların gerçekleştiğini tespit etmesi halinde, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetimini Fona devretmeye veya bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini kaldırmaya yetkilidir<sup>34</sup> (Ban.K.m.14-3/a,b,c,d).

<sup>32</sup> ULUTAN, s.226.

<sup>33</sup> Gözetim ve denetim otoritelerinin elde ettikleri tüm bilgiyi yayınlamaları bankacılık sisteminin istikrarı ve etkinliği açısından tavsiye edilmemektedir. Ayrıca bu durum kanunda da yasaklanmıştır. Gözetim ve denetim otoritelerinin görevi sadece bankanın performansını bilmek ve değerlendirmek değil, aynı zamanda bankacılık sisteminin istikrarı için bankanın mali güçlüğü düşmesini de önlemektir. Bu bağlamda gözetim ve denetim otoritelerinin elde ettikleri tüm bilgiyi yayınlamaları amaçlarına ters düşmektedir. Ayrıca, gözetim ve denetim otoritelerinin kararlarının piyasalar üzerindeki etkileri göz önüne alındığında bağımsız karar verme özellikleri bundan büyük ölçüde zarar görmektedir. Bankalar verdikleri bilgilerin yayınlanmasından endişe ettikleri için gözetim ve denetim kurumlarının bilgi elde etmesi zor olacaktır. Bu durum Basle Komite'nin çalışmasında, ticaret ve türev ürünlerle ilgili bilgilendirme standartlarının geliştirilmesi şeklinde yer almıştır. Banka ve Aracı Kurumların Ticaret ve Türev Ürünlerine İlişkin Faaliyetlerinin Kamuoyu Bilgilendirmesi (Public Disclosure of the Trading and Derivatives Activities of Banks and Securities Firm", (Kasım 1995) ve Ticaret ve Türev Ürünleri Faaliyetlerinin Kamuya Açıklanması Hakkında Araştırma ("Survey of Disclosures about Trading and Derivatives Activities of Banks and Securities Firms" (Kasım 1996 ve Kasım 1997). Bu raporlar, Menkul Kıymet Komisyonlarının Uluslararası Organizasyonun Teknik Komitesi -IOSCO- (Technical Committee of the International Organisation of Securities Commissions) ile birlikte hazırlanmıştır.

<sup>34</sup> Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Kararı; "Kurul Başkanlığı'nın 27 Eylül 2000 tarihli yazıları ekinde gönderilen Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun 27 Eylül 2000 tarih ve BDDK.DEG/66-2-534 sayılı yazıları üzerine, merkezi Lefkoşe'de bulunan ...Bankası Ltd. İstanbul - Türkiye Merkez Şubesi'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılması konusundaki önerisinin, dosya üzerinde gerekli incelemeler de yapılarak değerlendirilmesi sonucunda; Mali bünyesindeki olumsuzlukların giderilmesini teminen 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında alınması istenen tedbirleri alamayan, zarar üretmeye devam eden, aktifte gelir getirici kalemi bulunmayan, giderlerini karşılayamayan ve mali bünye-

Kurulun söz konusu tedbirlere karar verebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

- Bankanın Ban.K.m14/2'de gösterilen -yukarıda açıkladığımız<sup>35</sup> alınması istenen tedbirleri kısmen ya da tamamen almaması, bu tedbirlerin kısmen veya tamamen alınmış olmasına rağmen mali bünyenin güçlendirilmesine imkan bulunmaması ya da mali bünyenin bu tedbirler alınsa dahi güçlendirilemeyecek derecede zayıflamış olması.

Kuruma burada çok geniş takdir hakkı tanınmaktadır. Kurum mutlaka önce bankanın 2 numaralı fıkrada öngörülen veya kendisi tarafından belirlenen tedbirlerin alınmasını bankadan isteme ve bu tedbirlerin sonuçlarını bekleme zorunda değildir. Kurul, hangi tedbir alınırsa alınsın, bankanın bünyesinin güçlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varırsa, 3 numaralı fıkradaki yönetim ve denetimin Fona devri veya bankacılık işlemleri yapma izninin kaldırılması yaptırımlarını uygulayabilecektir.

Buna karşılık, alınacak tedbirlerle bir bankanın bünyesinin güçlendirilmesi mümkün olduğu ispatlanırsa, bu yola başvurmadan, bankanın yönetim ve denetimini Fona devreden veya bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini kaldıran Kurul kararı aleyhine idari yargıya başvurulabilir.

- Bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi

Bu kıstas, bankanın yükümlülüklerini yerine getirmede içine düştüğü kalıcı bir yetersizliği ifade eder. Yoksa bir bankanın çeşitli nedenlerle vadesinde bazı yükümlülüklerini yerine getirmede zaman zaman gecikmesi her zaman mümkün olup, bankanın mali bünyesinin düzelemeyecek kadar zayıfladığı veya faaliyete devamının tehlike arz ettiği anlamına gelmeyebilir.

- Bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin, varlıklarının toplam değerini aşması

- Faaliyetine devamının mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz etmesi

Kurul bankanın faaliyete devamının mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiği sonucuna varmalıdır. Bu fıkranın uygulanabilmesi için, bankanın bu hale düşmesine bankanın

---

sinin düzeltilmesi için gerekli olan kaynağı merkezden sağlama imkanı bulunmayan Merkezi Lefkoşa'da bulunan ...Bankası Ltd. İstanbul - Türkiye Merkez Şubesi'nin, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasına istinaden 28.09.2000 tarihinden itibaren kaldırılmasına karar verilmiştir." Karar No: 59, Resmi Gazete 28.09.2000, Sayı: 24184

35 Bkz.,§.2, II, A

hakim ortaklarının veya banka yönetiminin neden olması gerekmez. Piyasalardaki mali krizler veya banka sorumlularına yüklenemeyecek beklenmedik başka nedenler bankanın bu durumuna sebep olabilir.

Bu fıkrada a,b,c ve d olarak sayılan hallerin birlikte mi olması gerektiği, yoksa birinin varlığının dahi yeterli olup olmayacağı konusunda açıklık yoktur. Genelde a şıkkının oluşması halinde -bir bankanın mali bünyesinin hangi tedbir alınırsa alınsın güçlenemeyecek düzeyde zayıflaması hal- bu bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getirmesinin mümkün olmayacağı, yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşacağı, faaliyete devamının mevduat sahiplerinin haklarını ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz edeceği sonucuna da varılacaktır.

Bu şıklardan birinin dahi bulunmasının yeterli olacağı görüşü, ihtimaller incelendiğinde savunulamayacaktır. Örneğin b şıkkı "bir bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi" şeklindedir. b şıkkı tek başına değerlendirilir ise, her banka hakkında Kurum 3. fıkradaki yaptırımları uygulayabilecektir. Zira, bir bankanın örneğin aldığı dış krediyi veya döviz tevdiat hesabını vadede ödemedi gecikmesi her zaman mümkündür. Oysa bu tür bir gecikme banka yönetiminin Fona devrine imkan vermeyecektir<sup>36</sup>.

Diğer taraftan 14-3,c (yükümlülüklerin toplam değerinin, varlıkların toplam değerini aşması), 14-2,a (varlıkların taahhütleri karşılamaması) ile aynı düzenlemeyi getirmektedir. Bu dört şıktan birinin gerçekleşmesinin yeterli olacağı görüşü kabul edilecek olursa, olaya m.14/3c uygulanması durumunda, hiçbir tedbirin alınması istenmeden doğrudan Fona devir ve bankacılık izninin kaldırılması söz konusu olabilecektir. Oysa, aynı duruma m.14/2a uygulanması halinde banka, m.14/2 gereğince söz konusu olabilecek tedbirlerle sorunun aşılabileceğini, doğrudan Fona devir veya iznin kaldırılması kararının Bankalar Kanununa aykırılığını iddia edebilecektir. Görüldüğü gibi, dört şıktan birinin gerçekleşmesini yeterli kabul edersek, aynı durum için aynı maddenin farklı hükümlerinde farklı sonuçlar öngörülmüş olacaktır.

### **1- Bankanın Yönetim ve Denetiminin Fona Devri**

Bankalar Kanununun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrasına göre, Kurum, yukarıda sayılan 4 durumun da gerçekleştiğini tespit ederse, en az 5 üyesinin aynı yöndeki oyuyla alacağı kararla temettü hariç ortaklık hakları ile banka-

<sup>36</sup> REİSOĞLU,s.620.

nın yönetim ve denetimini Fona devretmeye veya bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini kaldırmaya<sup>37</sup> yetkilidir<sup>38</sup>.

Bir bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fona devri halinde, banka tüzel kişiliği aynen devam etmektedir. Bu bankaların bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerinde, bankanın sigorta kapsamındaki tasarruf mevduatı için verilen garantide, hak ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Fon tek başına, bankanın genel kurul, yönetim kurulu ve denetçilerin görevini üstlenmektedir. Bu maddede açıklık olmamakla beraber, Fona devredilmiş bankalar hakkında TTK'nun genel kurulun toplanıp karar alması, yönetim kurulunun ve

---

<sup>37</sup> Değişik ülkelerde sorunlu bankaların yeniden yapılandırılmasında gözetim ve denetim otoritelerine tanınan yetkiler konusunda bkz. AYDIN, A/ İNAN, A/TULAY, B/ATAMAN, P, **Bankacılık Sisteminde Mali Bünye Sorunları ve Yeniden Yapılandırma Ülkeler Uygulamaları**, TBB., Bankacılar, Sayı 32, Mart 2000. Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesinin yayınladığı, Bankacılıkta Etkin Gözetim ve Denetime ilişkin Temel Prensipler (The core principles for effective banking supervision) konulu raporun 22. maddesine göre; Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların sermaye yeterliliği yükümlülüğünü yerine getiremez duruma düşmeleri, yasal düzenlemelere aykırı davranışları ya da mevduat sahiplerinin menfaatlerine yönelik herhangi bir şekilde tehdit oluşturmaları halinde düzenleyici tedbirler alma yetkisine sahip olmalıdır. Bkz. Bankacılar Dergisi, TBB. yayını, Sayı, 30, 1999, s.91, 112vd.

<sup>38</sup> İlk olarak 538 sayılı KHK ile 3182 sayılı Kanunun 64. maddesinde yapılan değişiklikte mali durumu kötüleşen bir bankanın yönetiminin Fona devri imkanı getirilmiştir. KHK'nin gerekçesinde; Kanunun 65. maddesinin birinci fıkrasında yapılan düzenleme ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun görev ve yetki alanı genişletilmiş, Fonun halihazırındaki bankalardaki tasarruf mevduatını sigorta etme görevinin dışında, sigorta kapsamında bulunan mevduat tutarını aşmamak ve banka sermayesinin asgari yüzde 51'ine sahip olmak kaydıyla hisseler karşılığında bankanın zararlarını devralmak, bankanın yönetim ve denetim kurullarını değiştirmek, riskli alacaklarını, iştirak paylarını, menkul ve menkul sayılabilecek değerlerini ve gayrimenkullerini nakden veya vadeli olarak devralmak ve sermayesini artırmak ve azaltmak da dahil bankanın yeniden yapılandırılmasına yönelik tüm tedbirleri almak, bankayı yönetimi kendisine tevdi edilen başka bankaya devretmek veya birleştirmek, iktisap ettiği her türlü menkul ve gayrimenkul ile alacaklar üzerinde her türlü ticari işlemi gerçekleştirmek veya iktisap ettiği banka hisse senetlerinin satışı amacıyla bankanın devredilen aktif ve pasifini garanti etmek, mevduat sahipleri de dahil banka alacaklarının alacaklarına karşılık kısmen veya tamamen hisse senedi vermek ve tüm bu tedbirlere rağmen mali bünyesi güçlendirilemeyen banka hakkında 68. maddenin uygulanmasını Bakanlıktan talep etmek hususunda yetkili ve görevli kılınması öngörülmüştür. Çoğunluk hisselerini sahip hissedar sıfatını kazanacak olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu bankanın tüm defter kayıt ve belgeleri ile hazırlatacağı raporlar üzerinden değerlendirme yaparak mali bünyenin güçlendirilmesi için her türlü tedbiri tespit edebilecek ve uygulayabilecektir. Bu suretle mali bünyesi zaafa uğramış bir bankanın bankacılık sistemine yeniden kazandırılmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde gerekli tedbirlerin alınması ve uygulanması ve bankanın yeniden yapılandırılması yoluna gidilecektir. denilmektedir. Bkz., REİSOĞLU, s.606.

denetçilerin seçilmesi hakkındaki hükümleri uygulanmayacaktır. Diğer bir deyişle Fon dilerse yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerini seçmeden de bankayı doğrudan yönetip denetleyebilecektir. Buna karşılık Fonun uygulamada olduğu gibi -herhangi bir genel kurul toplantısı yapmadan- yönetim kurulu üyelerini -hatta denetçileri- seçmesi de mümkündür. Fon tarafından seçilen banka yönetim kurulu ve denetçiler TTK hükümleri çerçevesinde sorumlu olacaklar ve görevlerini yürüteceklerdir. Fonun atadığı yönetim kurulu üyelerini ve denetçileri her zaman görevden alma yetkisinin bulunduğu da kuşkusuzdur<sup>39</sup>.

Fon, 14. madde hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimleri veya hisseleri kendisine intikal eden bankada, bankanın tüm varlıkları ile kayıt ve belgelerinin güvenliğini sağlamak üzere gerekli her türlü tedbiri almaya ve bu amaçla sınırlı olmak üzere kamu kurumlarının yardım ve desteğinden yararlanmaya yetkilidir. Fon, yapacağı anlaşmalar çerçevesinde bu desteği özel kuruluşlardan da sağlayabilir(m.14/7).

**a) Fonun Yönetim ve Denetimi Kendisine Devredilen Bankayla İlgili Yetkileri**

Fonunu yönetim ve denetimi kendisine devredilen banka ile ilgili yetkileri 14. maddenin 5. fıkrasında ele alınmıştır. 14. maddenin 5a bendine göre Fon, yukarıda bahsettiğimiz hükümler çerçevesinde temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankanın devir tarihi itibarıyla düzenlenecek bilançosunu esas almak suretiyle, aşağıda açıkladığımız kararları alabilecektir.

**aa) Bankanın Uygun Göreceği Aktif ve Pasifini, Teşkilatını, Aksine Talebi Olmayan Personeli ile Tasarruf Mevduatını Kurulacak Bir Bankaya ya da Mevcut Bankalardan İstekli Olanlara Devretmek**

Bankanın uygun göreceği aktif ve pasiflerini, teşkilatını ve aksine talebi olmayan personeli ile devir tarihi itibarıyla mevduat toplamları en yüksek beş bankaca uygulanan faiz oranları ortalamasını geçmemek üzere işlemiş faizleriyle birlikte sigortaya tabi tasarruf mevduatını ve pasifte yer alan karşılık kalemlerini, kurulacak bir bankaya ya da mevcut bankalardan istekli olanlara devretmeye

Fonun, yönettiği bir bankanın uygun göreceği aktif ve pasifini istekli bir diğer bankaya devri halinde; bu karşılıklı anlaşmayı gerektirir. Hangi aktif ve pasiflerin devredileceği Fon ile devralacak banka arasındaki görüşme-

<sup>39</sup> REİSOĞLU, s.619,620.

lerde belirlenecektir. Ancak bu fıkraya göre yapılacak devir işlemlerinde alacaklıların ve borçluların rızaları aranmayacaktır. Fonun yönetim ve denetimine veya hisselerine sahip olduğu birden fazla banka arasında, alacaklıların veya borçluların belli bankalarda toplanması şeklinde tek başına alacağı kararların da, alacaklıların ve borçluların rızaları aranmaksızın geçerli olacağı ve uygulanacağı sonucuna varılacaktır. Devredilmesi uygun görülmemeyen aktifler ve pasifler tüzel kişiliği devam eden bankada kalacaktır. Hisseleri Fona geçmemiş olan sadece izni kaldırılan bankaların uygun görülen aktiflerinin bir diğer bankaya devri bankanın hissedarları açısından sorun yaratabilecektir. Zira Fon tarafından yönetilen bankanın ortakları bankanın maliki olmakta devam etmekte, temettülerini almakta, sadece diğer ortaklık hakları -genel kurulda oy kullanma, yönetim kurulu üyeliğine seçilme gibi- ve bankanın yönetim ve denetimi Fona geçmiş bulunmaktadır. Yasa koyucunun banka ortaklarının mülkiyet haklarını gözardı ederek bankanın aktiflerini bir diğer bankaya devir hakkını Fona tanınması, banka ortaklarının zarara uğradıkları, bankanın mal varlığını devir sonucu hisse senetlerinin değer yitirdiğini ileri sürmelerine ve Fona karşı dava açmalarına neden olabilecektir. O taktirde Fon, devir tarihindeki bilançoya göre, hisselerin tüm değerlerini yitirdiğini ispat zorunda kalacaktır<sup>40</sup>.

Fonun, yönetimi kendisine geçen bankanın uygun gördüğü aktif ve pasiflerini bir diğer bankaya devredebilmesi için bankanın devredilen aktiflerinin toplamının, devredilen pasiflerinin toplamından fazla olması, en azından karşılanması gerekir. Aksi halde, aradaki fark Fon tarafından karşılanır. Bankanın başka bir bankaya devredilen aktiflerinin toplamının, devredilen pasiflerinin toplamını karşılamaması halinde Fonun devralan bankaya aradaki farkı ödemesi nedeniyle, yönettiği bankaya karşı bir alacağı oluşacaktır. Fon bu alacağı dolayısıyla bankanın iflasını isteyebilecektir. Buna karşılık 16. maddenin 3 numaralı fıkrası uygulanmadığından burada Fonun iflas talep zorunluluğu yoktur. Fon bankayı alacakları dolayısıyla icra yoluyla da takip edebilir(m.14/5a-son).

Fon tarafından yönetilen bankanın uygun görülecek aktif ve pasifinin başka bir bankaya devri halinde Fon tarafından yönetilen bankanın tüzel kişiliği sona ermeyeceğinden, bu bankanın ne olacağı üzerinde durmak gerekir. Fon tarafından uygun görülen aktifi pasifi, teşkilatı ve personeli başka bir bankaya devredilen bankanın artık banka olarak devamı düşünülemeyeceğinden öncelikle Fonun bu bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasını Kuruldan istemesi gerekecektir.

---

<sup>40</sup> REİSOĞLU, s. 629.

**bb) Sigorta Kapsamında Bulunan Mevduat Tutarını Aşmamak ve Hisselerin Tamamına Sahip Olmak Kaydıyla, Sermayesine Tekabül Eden Zararını Devralmak**

**aaa) Genel Olarak**

Fonun 3 numaralı fıkra hükmüne göre yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankanın devir tarihi itibariyle düzenlenecek bilançosunda belirlenen zararını devralabilmesi için iki hususun birlikte bulunması şarttır. Bunlardan ilki; bankanın sermayesine tekabül eden miktarda zarar Fon tarafından devralınmalıdır. Bankanın daha fazla zarar etmesi halinde Fon tarafından devralınıp bankaya ödenecek zarar bankanın sermaye tutarıyla sınırlı olacaktır. İkinci şart ise, devralınacak zararların bankanın sigorta kapsamında bulunan mevduat tutarını aşmamasıdır.

Devralınan zararlara istinaden yapılacak ödemelerin karşılığını temsil eden hisseler başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Fona intikal eder(Ban.K.m.14-5/a,aa,ab). Bir bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fona devri veya hisselerin Fona intikali hallerinde, banka tüzel kişiliği aynen devam etmektedir. Hisse senetlerinin tümünün Fon tüzel kişiliğine geçmesi nedeniyle oluşan değişiklik, bankanın sahibinin değişmesi ve TTK'nda bir anonim şirketin en az beş ortağının olması şartı aranmaksızın Fonun tek başına yüzde yüz bankaların ortağı olmasıdır. Bunun dışında bu bankaların bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerinde, hak ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır<sup>41</sup>.

Fon yönetim ve denetimi 3.fıkraya göre kendisine geçmiş olan bir banka hakkında 5/ab'ye dayanan yetkisini kullanarak bankanın borçlarını devralsın ve bu şekilde hisse senetlerinin tümü kendisine geçse dahi, Fonun 5/aa hükmünü uygulama, dolayısıyla uygun gördüğü aktiflerini, personelini, sigortalı tasarruf mevduatını, teşkilatını ve pasiflerini istekli olan bankaya devredebileceği gibi, hisselerini devralmış olmasına rağmen bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme yetkisinin kaldırılmasını Kuruldan isteme yetkisi bulunacaktır<sup>42</sup>.

Tüm hisse senetlerinin mülkiyetinin Fona geçmesi ile, bankanın ortaklarının elindeki hisse senetleri -küçük hissedarların borsada veya borsa dışında iktisap ettikleri hisseler dahil- değerlerini tamamen yitirmekte, yasadan ötürü bu senetler geçersiz hale gelmektedirler. Anayasa ile korunan mülkiyet hak-

<sup>41</sup> Ayrıca bkz., § 2, II, B, 1.

<sup>42</sup> REİSOĞLU,s.651.



kının bu şekilde sona ermesi, Yasada Fonun bankanın sermayesine tekabül eden zararları devralarak ödemesi ve böylece bu ödemelerin karşılığını oluşturan hisse senetlerinin tamamının ivaz karşılığı devralındığı şeklinde savunulabilir. Bankanın mal varlığı taahhütlerini karşılamıyorsa hisse senetlerinin değeri sıfır olacağından, ortakların bir talep hakkı olmayacaktır. Buna karşılık hisse senetlerinin bir değeri varsa, bankanın sermayesine karşılık bir ödemenin Fon tarafından kendilerine değil de bankaya yapılması hissedarların talep haklarını ortadan kaldırmayacak, hissedarlar hisse senetlerinin - varsa- değerinin kendilerine ödenmesini isteyebileceklerdir<sup>43</sup>.

**bbb) Fonun (5) Numaralı Fıkra Hükümlerine Göre Hisseleri Kendisine İntikal Eden Bankaya Yönelik Yetkileri**

Fon, 5 numaralı fıkra hükümlerine göre hisseleri kendisine intikal eden bankaya yönelik gerekli göreceği her türlü tedbiri almaya yetkidir. Bununla birlikte Kanun alınabilecek bazı tedbirleri özel olarak belirlemiştir. Kanunun 14. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen bu tedbirler şunlardır:

**i- Fonun Bankanın Varlık ve Yükümlülüklerini İstekli Olan Bankalara veya Kurulan Bir Bankaya Devretme Yetkisi (m.14/6a)**

5 numaralı fıkranın a bendinin aa alt bendindeki Fonun bankanın uygun gördüğü aktif ve pasiflerini istekli olan bir bankaya devrine benzer bir yetki 6. fıkroda Fona tanınmıştır.

Fon bankanın aktif ve pasifini 5/aa bendine göre devir yerine aynı fıkranın ab alt bendini uygulayarak banka zararlarını da devralmayı ve hisselerin kendisine intikalini tercih ettikten sonra dahi, 6.fıkroyı uygulayarak bankanın varlık ve yükümlülüklerini istekli bir bankaya devredebilecektir. Devir işlemlerinde alacaklı ve borçluların rızası gerekmemektedir. Varlık ve yükümlülüklerin devrinde 5/aa bendinde olduğu gibi bankanın tüzel kişiliği devam edecektir.

**ii- Fonun Bankayı İsteklisi Bulunan Başka Bir Banka ile Birleştirmesi (m.14/6a)**

Fon hisse senetleri kendisine devredilmiş olan bankayı isteklisi bulunan bir başka banka ile birleştirme yetkisine sahiptir<sup>44</sup>. Hisseleri Fona devredil-

<sup>43</sup> REİSOĞLU,s.635.

<sup>44</sup> Banka birleşmeleri bazı ülkelerde kamu yaptırımı olarak (örneğin Çin) bazı ülkelerde ise bankaların kendi istekleri doğrultusunda gerçekleşmiştir. (örneğin Kore), bkz, Aydan Aydın - Alpan İnan - Burçak Tulay-Pelin Ataman, Bankacılıkta Mali Bünye Sorunları ve Yeniden Yapılandırmada Ülke Uygulamaları, TBB. Bankacılar, S, 32, Mart 2000. Bizde

miş bir bankanın istekli başka bir bankaya devri veya birleştirilmesi halinde, devredilmiş bankanın tüzel kişiliği sona erecektir. Fona tanınan bu yetkinin kullanılması durumunda anonim şirketlerin devir ve birleşmelerine ilişkin TTK.451 vd. maddeleri uygulanmayacaktır. Fon yönetim kurulu aldığı devir kararında devir şartlarını da belirleyecektir. Fon özel yetkisine istinaden satışı yaptığından ve satış bedeli Fonun harcamalarının karşılığını oluşturduğundan, sözkonusu satış özelleştirme yasası hükümlerine tabi olmayacaktır<sup>45</sup>.

Fon mali durumu düzelen bir bankayı istekli bir diğer banka ile birleştirilebileceği gibi bankanın hisse senetlerini satmak suretiyle de üçüncü kişilere devredilecek ve yaptığı mali desteği geri alabilecektir. Hisse senetlerini devralacak kişilerin kurucularda aranan şartları taşımaları gerekir<sup>46</sup>.

### iii- Fona Bankanın Mali Bünyesinin Güçlendirilmesi ve Yeniden Yapılanması İçin Tanınan Yetkiler (6/b)

Kurulca gerekli görülen hallerle sınırlı olmak üzere Fon, hisseleri kendisine nakledilen bankanın mali bünyesinin güçlendirilmesi ve yeniden yapılandırılması için gerekli gördüğü her türlü tedbiri alabilir. Ancak Kanun, konunun önemi nedeniyle Fonun alabileceği bir takım tedbirleri bizzat belirlemiştir. Buna göre Fon; gerektiğinde bankanın sermayesini artırabilir<sup>47</sup>; Merkez Bankasının görüşünü almak suretiyle bankanın kanuni karşılık yükümlülüklerini cezai faizlerini de kaldırmak suretiyle erteleyebilir veya düşürebilir; iştirak, gayrimenkul ve diğer aktiflerini satın alabilir<sup>48</sup>; aktiflerini

---

ise son yasal değişikliklerle, önceki düzenlemelerden farklı olarak Bakanlar Kurulu Kararı ile mali durumu bozuk bir bankayı tüm aktif ve pasifleri ile birlikte bir diğer bankaya zorunlu devir veya birleştirmeye yer verilmemiştir. Bankalar hakkında zorunlu devir ve birleşme, mevzuatımızda ilk olarak 70 sayılı KHK'nin 63. maddesinde düzenlenmiştir. Geniş bilgi için bkz., TÜRK, Hikmet Sami, Bankaların Zorunlu Devir ve Birleşmesi, Bankalar ve 70 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Sempozyum- Aralık 1983, Ankara 1984, s.203 vd.

<sup>45</sup> REİSOĞLU, s. 651, 652.

<sup>46</sup> Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, yeni banka kuruluşu için Kuruma başvuran, hisse devri talebinde bulunan veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu bünyesinde bulunan bankaların hisselerini satın almak üzere teklif verecek yatırımcılarda aranacak koşulların neler olduğunu belirlemiştir. Bkz., Banka Kuruluşunda Veya Mevcut Bankaların Hisselerinin Devralınmasında Ya Da Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Bünyesinde Bulunan Bankaların Hisselerini Satın Almak Üzere Başvuracılarda Aranacak Koşullara İlişkin Karar, RG., 5 Kasım 2000 Tarih, Sayı, 24221.

<sup>47</sup> Fon tek başına alacağı kararla bankanın sermayesini artıracak, bu konuda TTK'nun anonim şirketlerin sermaye artırımı hükümleri uygulanmayacaktır.

<sup>48</sup> Fon tek başına belirleyeceği fiyatla bankanın gayrimenkullerini satın alacak ve tapu sicil muhafızlığı Fonun yazısı üzerine gayrimenkulü Fon adına tescil edecektir.

teminat olarak alıp karşılığında avans verebilir; bankaya mevduat yapabilir; alacaklarını, zararlarını devralabilir; sahip olduğu bankanın aktiflerini veya bankanın hisse senetlerini iskonto veya sair suretlerle üçüncü kişilere satabilir; vadeleri uzatmak kaydıyla bankanın borçlarını garanti edebilir; bankanın hertürlü alacak ve varlıklarının nakde tahvilini kendisi sağlayabileceği gibi, yapacağı anlaşmalar çerçevesinde kamusal sermayeli bankalar da dahil olmak üzere diğer bankalar aracılığı ile Fon nam ve hesabına nakde tahvil edebilir; banka hakkında 5/aa hükümlerini uygulayabilir.

Fonun bu yetkilerini kullanırken genel hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bu bentte bir açıklık yoktur. Fonun kamu erkini kullandığı göz önünde tutulduğunda, genel hükümlerin uygulanmayacağı sonucuna varılacaktır. “Bu fıkra ve (5) numaralı fıkra hükümlerine göre yapılan devir işlemlerinde alacaklı ve borçluların rızası aranmaz” şeklindeki hüküm de Fonun yetkilerini kullanırken genel hükümlerin uygulanmayacağını göstermektedir<sup>49</sup>.

Fon kanunda öngörülen yetkiler çerçevesinde kendisine verilen görevleri doğrudan yerine getirebileceği gibi, sermayesinin tamamına sahip olduğu kamu tüzel kişiliğini haiz bir şirket aracılığıyla da gerçekleştirebilecektir. Fona, yasa ile sermayesinin tamamı kendisine ait bir kamu tüzel kişisi kurma yetkisi verilmiştir(m.14/6 son)

Fon tarafından kurulacak tüzel kişi Fonun sahip olduğu tüm hak ve menfaatlerden ve muafiyetlerden aynen yararlanacak, kuruluşu ve sermaye artırımını TTK hükümleri ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 29. maddesinden muaf olacaktır.

#### **cc) Bankacılık Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzninin Kaldırılmasını İsteme**

Fon 14-5/aa hükmü gereğince bankanın bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasını Kuruldan isteyebilir<sup>50</sup>.

Mevduat kabul eden bankalarda normal olarak hem bankacılık işlemleri yapma, hem de mevduat kabul etme izni birlikte; mevduat kabul etmeyen kalkınma ve yatırım bankalarında ise sadece bankacılık işlemleri yapma yetkisi kaldırılmaktadır.

---

<sup>49</sup> REİSOĞLU, s.653.

<sup>50</sup> Mevduat kabul etmeyen bankaların -kalkınma ve yatırım bankalarının- izinlerinin kaldırılması sonucu bu bankalar 20/2 maddeye göre genel hükümlere göre tasfiye olmak zorundadırlar.

Yönetim ve denetimi Fona devredilen bankanın daha sonra izninin kaldırılması istenebilir. Fon yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankanın devir tarihi itibarıyla bilançosunu çıkaracak ve bilanço bankanın aktif ve pasifinin diğer bir bankaya devrine müsait değilse, bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme izninin kaldırılmasını Kuruldan talep edecektir. Fonun bankanın izninin kaldırılması talebinin genelde Kurul tarafından kabul edileceği söylenebilir ise de, Kurulun bu talebi reddetmesi durumunda ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Kurulun bankanın iznini kaldırmaması halinde, Fonun bankanın uygun göreceği aktif ve pasifini istekli bir bankaya, isteklisi çıkmazsa kuracağı bir bankaya devretme çabalarının devam edeceği, başarılı olmazsa yeniden Kurula başvurmasında bir engel bulunmadığı söylenebilir<sup>51</sup>.

Bankaların bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasının sonuçları 16. maddede düzenlenmiştir. 16. maddeye göre, Kurul tarafından bankanın izninin kaldırılması halinde banka Fona intikal etmekte ve Fon, her türlü tedbiri alarak bankanın iflasını istemekte, banka kural olarak 16. maddeye göre tasfiye edilmektedir. Ancak yasa koyucu, uygun görülen aktif ve pasifi, sigorta kapsamındaki tüm tasarruf mevduatı nakledilen bir bankanın izninin kaldırılması halinde bu bankaya 16. maddenin 2 ve 3 numaralı fıkralarının uygulanmayacağını belirtmektedir. Diğer bir deyişle aktif ve pasifi, sigortalı tasarruf mevduatı devredilmiş, sadece tüzel kişiliği devam eden bankanın iflası doğrudan ve munhasıran Fon tarafından istenmeyecek, izni kaldırılan banka hakkında 16.maddenin 2 ve 3.numaralı fıkraları uygulanmayacağından -tüm borçlarının bir diğer bankaya devredilmemesi halinde- diğer alacaklıları bu banka hakkında icra ve iflas takibi yapabilecektir. Fonun, bankanın iflasını istemesi halinde 16. maddenin diğer fıkralarının uygulanacağından, mahkemenin iflasa karar vermesi durumunda da Fon, iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresinin görev ve yetkileriyle bankayı tasfiye edecektir (Ban.K.m.16/4). Aktif ve pasifi devredilmeden izni kaldırılan banka 16. maddenin tüm hükümlerine tabi olacaktır<sup>52</sup>.

## **2- Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzninin Kaldırılması**

Ban.K. 14. maddenin 3.fıkrasında Kuruma tanınan ikinci yetki, Kurulun bankanın bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini kaldırmasıdır. Kurul, temettü hariç ortaklık hakları ve bankanın yönetim ve denetimini Fona devredebileceği gibi, bu devrin fayda sağlamayacağı sonu-

---

<sup>51</sup> REİSOĞLU, s.632.

<sup>52</sup> Bkz. REİSOĞLU, s.630, 631.

cuna varırsa, doğrudan bankanın bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini de kaldırabilmektedir (m.14/3,son).

Burada Kurul, 14-3/son hükmü gereğince, bankanın yönetim ve denetimi henüz Fona devredilmeden ve dolayısıyla Fonun böyle bir talebi olmamasına rağmen bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırmaktadır. Oysa daha önce incelediğimiz m.14/5aa hükmüne göre, Fonun talebi üzerine Kurul tarafından bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılması söz konusu olmaktaydı.

Bankaların bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasının sonuçları 16. maddede düzenlenmiştir. 16. maddeye göre; Kurul tarafından bankanın izninin kaldırılması halinde banka Fona intikal etmektedir. İzin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren banka hakkındaki ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatı durur. Bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten itibaren bankanın alacaklıları, alacaklarını temlik edemez veya bu sonucu doğurabilecek işlemleri yapamazlar. Fon, yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankadaki sigortalı mevduatı doğrudan veya ilan edeceği başka bir banka aracılığı ile ödeyerek, mevduat sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister. Bu görev ve yetki münhasıran Fona aittir. İflas kararı alınması halinde Fon, iflas masasına imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder ve iflas dairesi ve alacaklılar toplantısı ile iflas idaresi görev ve yetkilerine de sahip olarak bankayı tasfiye eder. İflasına hükmolunan bankanın Fona olan borçları, masanın nakit durumuna göre sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir. Fon, iflas idaresi sıfatıyla ve masanın menfaatine olduğu takdirde her türlü alacaklar bakımından tahkim, sulh, kabul ve feragat yetkilerini haizdir.

### **§.3- YÖNETİCİLERİN BANKA KAYNAKLARINI KENDİ LEHLERİNE KULLANMALARI VEYA BANKAYI ZARARA UĞRATMALARI**

#### **I- GENEL OLARAK**

Kurum, bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakların (hakim ortaklar), banka kaynaklarını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehlerine kullandıklarını veya bankayı bu suretle zarara uğrattıklarını tespit ettiği takdirde Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar bunların temettü hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetimini Fona devretmeye yetkilidir(m.14/4).

Ban.K.m.14'ün 4. fıkrasının geçerlilik kazanabilmesi için iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, banka kaynaklarının yöneticiler tarafından kendi lehlerine kullanılması ikincisi ise, bankanın zarara uğratılmasıdır.

Hakim ortakların banka kaynaklarını kendi lehlerine kullanmaları, doğrudan değil, fakat banka yönetim kurulunun veya bankayı borçlandırmaya yetkili görevlilerinin aldığı kararlar, örneğin açtığı krediler yoluyla olmaktadır<sup>53</sup>.

Kurulun öncelikle bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakları tanımlaması ve belirlemesi, bu kıstasa göre bu tür ortakların bulunup bulunmadığını ve kimler olduğunu saptaması gerekir

4389 sayılı Yasanın 8. maddesinin 2/d bendinde “dolaylı pay sahipliği” tanımı bulunmaktaydı. 4491 sayılı kanun ile bu bent yürürlükten kaldırıldı ve Bankalar Kanununun tümü için bir “dolaylı ortaklık” tanımının Kurul tarafından yapılması kabul edildi.(m.11/3) Ancak 8. maddenin 2/d bendinde açıkça “bu madde uygulanmasında dolaylı pay sahipliği” dendiğinden; 14. madde açısından yürürlükten kaldırılan bu bentten yararlanılamayacak; Kurul tarafından “dolaylı pay sahipliği” nin öncelikle tanımlanması gerekecektir. Bu tanım yapılmadan 14. madde hükümleri tümüyle uygulanamayacağından; bankaların bu maddeye göre Fona devredilmesi, daha sonra tanım yapılmasına engel oluşturmayacaktır. Sadece, yapılan tanımın, yasa koyucunun amacını aştığı, iddiaları ileri sürülebilecektir. Hazine müsteşarlığının T.Bankalar Birliğine gönderdiği yazıda 4389 sayılı Kanunda 4491 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle dolaylı pay sahipliğinin Kanundan çıkartıldığına, bu hususlarda düzenleme yapma yetkisinin Kurula verildiğine ve 4389 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin a) bendine değinilmekte ve bu itibarla bir düzenleme yapılınca kadar mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununa istina-

<sup>53</sup> Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Kararı:

Kurul Başkanlığının 27.10.2000 tarihli yazısı ekinde gönderilen Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun 27.10.2000 tarih ve BDDK.DEG/16.2/1189 sayılı yazısı ve eki raporların incelenmesi sonucunda; Mali bünyesindeki olumsuzlukların giderilmesini teminen 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında alınması istenen tedbirleri almayan, yükümlülüklerinin değeri varlıklarının toplam değerini aşan, faaliyetlerini sürdürmesi mevduat sahiplerinin haklarını ve mali sistemin güven ve istikrarını tehlikeye düşüren ve kaynaklarını Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde hissedarlarının oluşturduğu sermaye grubuna aktaran, ...bank A.ş.'nin, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarına istinaden Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesine karar verilmiştir. Karar No: 86, RG., 27 Ekim 2000, Sayı, 24213 1. Mükerrer.

den çıkarılan 11 sayılı tebliğin 12. maddesinde yeralan dolaylı kredi ve dolaylı iştirak tanımlarının uygulanmasına devam olunacak, dolaylı pay sahipliği de bu tanımlara göre belirlenecektir<sup>54</sup> denilmektedir<sup>55</sup>.

## **II- TEDBİRLER**

Bankalar Kanununun 14. maddesinin 4. fıkrası, bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakların, (hakim ortaklar) banka kaynaklarını kendi lehlerine kullanmaları halinde Kurula bu ortakların temettü hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetimini Fona devretme yetkisini vermektedir.

Bir bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fona devri veya hisselerin Fona intikali hallerinde, banka tüzel kişiliği aynen devam edecektir. Tek değişiklik, bankanın sahibinin değişmesi ve Fonun tek başına bankaların ortağı olmasıdır. Ortak Değişikliği dışında bu bankaların bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerinde, hak ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır<sup>56</sup>.

Fon, yönetim ve denetimi m.14/4 gereğince kendisine devredilen banka konusunda aşağıdaki yetkilere sahip olur.

### **A- ZARARIN TAZMİNİ**

Fon; kullanılan kaynakların ve/veya verilen zararların belirleyeceği süre içerisinde iadesini ve tazminini bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklardan talep hakkına sahiptir. 4 numaralı fıkraya göre hakim ortakların, banka kaynaklarını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehlerine kullanmaları yeterlidir. Bu nedenle banka için henüz hiçbir zarar meydana gelmese bile Fon, kaynakların iadesini talep yetkisine sahiptir.

Kaynakların Fona iadesi, bankayı zarara uğratmayacak şekilde olmalıdır. Örneğin bankanın müşterilerine uyguladığı faizin çok altında veya sıfır faizle hakim ortaklarına kredi kullandırması halinde kaynak iadesinde faizler de

---

<sup>54</sup> 4389 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan 8. maddesinin 2/d bendindeki dolaylı pay sahipliği tanımı, 3182 sayılı Kanunun 5. maddesindeki tanımla aynıdır. ve her ikisi de "dolaylı kredi" tanımına atıf yapmaktadır. Ancak "dolaylı pay sahipliği" tanımı yasada sadece 8. madde açısından getirilmiş iken; müsteşarlık yazısında 8. maddeye atıf yapılmamış ve genel olarak "dolaylı pay sahipliğinden" söz edilmiştir. Bu durumda bu maddedeki "dolaylı pay sahipliği" tanımının da "dolaylı kredi" tanımına bağlı olarak yapılacağı söylenebilir.

<sup>55</sup> REİSOĞLU, s.623, 624.

<sup>56</sup> Bkz., § 2, II, B, 1.

gözönüne alınacaktır. Keza, uğranılan zarar gecikme faizi ile birlikte iade edilecektir. Kullanılan kaynakların ve/veya uğranılan zararların verilen süre içinde tümüyle iadesi ve tazmini halinde, 4 numaralı fıkranın uygulanma nedeni ortadan kalktığı için; -eğer aynı zamanda 3.fıkra da uygulanmamış ise- Fonun ortaklık haklarıyla birlikte yönetim ve denetim yetkisinin Kurulca kaldırılması istenebilecektir<sup>57</sup>.

### **B-HİSSELERİN DEVRİ**

Kurul ayrıca, hakim ortakların hisselerini uygun göreceği kişilere devretmesini de isteyebilir. Ancak bu talebin yerine getirilmemesinin veya hisselerin devredileceği uygun bir kişinin Kurula önerilmemesinin yasa da herhangi bir özel yaptırımını bulunmamaktadır (15/5ba).

### **C-MAL BEYANNAMESİ İSTENMESİ**

Fon, bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklardan ve tüzel kişi ortakların sermayesinin %10dan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarlarından mal beyannamesi vermelerini talep etmeye yetkilidir (m.14/5bb).

Tüzel kişi ortakların yüzde onundan fazla gerçek kişi hissedarları tespit için, anonim şirketler açısından hisse senetlerinin nama yazılı olması gerekir. Fıkroda, “tüzel kişi ortakların %10undan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarları” ile bankanın sermayesindeki payı ne olursa olsun, herhangi bir tüzel kişi ortağın sermayesinin %10dan fazlasına sahip gerçek kişilerin mi? yoksa, bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı tek başına veya birlikte elinde bulunduran tüzel kişi ortakların mı kastedildiği tereddüt doğurmaktadır. İlk görüş kabul edilerek Fon, banka sermayesinin %0,1'ine sahip birtüzel kişinin %10dan fazla sermayesine sahip gerçek kişilerden “mal beyanında” bulunmasını isteyebilecek midir? Bu tür bir yorumun savunulması güçtür. Karşıt görüş burada “tüzel kişi” ile; “bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı, tek başına veya birlikte elinde bulunduran” tüzel kişilerin kastedildiğidir. Bu durumda ancak bu tüzel kişinin sermayesinin %10undan fazlasına sahip olan gerçek kişilenden mal beyannamesi istenebilir. Bu yorumun önemi “bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı tek başına veya birlikte elinde bulundurmanın” belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Bu yorum kabul edildiği takdirde yapılan bu ayırım nedeniyle bankanın hakim ortakları olan tüzel kişilerin gerçek kişi ortakları hiçbir şekilde bankanın dolaylı ortağı sayılmayacak, bunlardan sadece mal beyanı istenebilecek, örneğin bu gerçek kişiler hakkında 17.madde uygulanarak

<sup>57</sup> REİSOĞLU, s.636,638.



iflas istenemeyecek; mal bildiriminde bulunan bu gerçek kişiler hakkında mahkemeden ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, yurt dışına çıkma yasağı talep edilemeyecektir. Ancak hiçbir hukuki sonucu olmadığı halde yasa koyucunun tüzel kişilerin gerçek kişi hissedarlarından “mal bildirimi” isteyeceği sonucuna varmak da, fıkranın kabul edilemeyecek lafzi bir yorumu olur<sup>58</sup>.

Dolayısıyla Kanunun amacına uygun olarak, “tüzel kişi” ile; bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı, tek başına veya birlikte elinde bulunduran tüzel kişilerin kastedildiğinin kabulü gerekir. Bu görüşün kabulü, bankanın hakim ortakları konumunda olan tüzel kişilerin, gerçek kişi ortaklarının hiçbir şekilde bankanın dolaylı hakim ortağı sayılmayacağı, bunlardan sadece mal beyanı istenebileceği anlamına gelmez. Zira kanun koyucu, tüzel kişilerde % 10 pay sahibi olanların, tüzel kişi üzerinde belli oranda etkili olabileceği, dolayısıyla onlara ilişkin varlık bilgilerine sahip olmanın yararlı olacağını düşünmüştür. Bankanın yönetiminde etkin olan tüzel kişide % 10 dan fazla paya sahip olanlar, dolaylı olarak bankanın hakim ortağı konumunda olabilecekleri gibi, olmayabilirler de. Ancak bu kişilerin hakim ortak durumunda olup olmadıklarına bakılmaksızın mal bildirimi vermeleri gerekir.

Mal beyannamesinde gerçek ve tüzel kişi ortakların kendilerine veya gerçek kişi ortakların eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına ait; taşınmaz mal ve iştiraklerini; haczi caiz olan taşınır mal, hak ve alacaklarını; menkul kıymetlerini; hertürlü kazanç ve gelirini; bildirimden önceki iki yıl içinde ivazlı ve ivazsız olarak iktisap ettikleri veya devrettikleri taşınmaz mal, haczi caiz taşınır mal, hak, alacak ve menkul kıymetlerini göstermeleri gerekir.

Mal beyannamesinin en geç yedi gün içinde Fona verilmesi zorunludur. Mal beyanının hüküm ve sonuçları hakkında İcra İflas Kanununun ilgili hükümleri (bkz. İİK.m.76, 337,338) uygulanacaktır.

#### **D- MUHAFAZA TEDBİRLERİ**

Bankalar Kanunu m. 14/5’in (b) bendinin (bc) alt bendinde Fonun bankanın yönetim ve denetimini birlikte veya tek başına elinde tutan ortaklarının mal varlıkları üzerine teminat aranmaksızın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararı verilmesini mahkemeden talep edebileceği kabul edilmiştir<sup>59</sup>.

(b) bendi hükümleri çerçevesinde ihtiyati tedbir ve haciz kararları karar tarihinden itibaren altı ay içinde dava veya icra iflas talebine konu olmazsa

<sup>58</sup> REİSOĞLU, s.639.

<sup>59</sup> HUMK. 110. maddesine göre; “ihtiyati tedbir kararını talep eden taraf bundan dolayı diğer tarafın ve üçüncü şahsın duçar olması muhtemel zarar ve ziyanlarına mukabil teminat .....mecburdur”

kendiliğinden ortadan kalkacaktır<sup>60</sup>. İhtiyati tedbir ve ihtiyati hacizde teminat aranmaması ve on günlük kısa sürelerin altı aya çıkarılması dışında, HUMK ve İİK'nun ilgili diğer hükümleri geçerliliklerini sürdürecektir.

Fon ilgili mahkemeden, hakim ortakların yurt dışına çıkmaları dahil, bankadan alacaklı olanların menfaatlerinin korunması için her türlü tedbirin alınmasını isteyebilir. Yasalarla düzenlenmesi zorunlu veya yasalarla yasaklanmış olanlar dışında, mahkemeler Fonun talep ettiği her türlü muhafaza tedbirlerini alabilirler. İlgili mahkeme ile hukuk mahkemeleri kastedilmektedir. Yine, (b) bendine göre, Fonun İİK.277 vd. maddelerine göre ilgililer hakkında iptal davası açması için gerekli "aciz vesikası" şartı aranmayacaktır.

### E- HİSSELERİN FONA İNTİKALİ

Kurulca verilen süre içinde hakim ortaklarca kullanılan kaynaklar bankaya iade edilmezse ve/veya bu şekilde bankaya verilen zararlar tazmin edilmez ise, bu zarar veya kullanılan kaynakların miktarına bakılmaksızın, bu ortaklara ait hisseler Fona intikal eder. Bu kaynaklar veya uğranılan zarar, verilen süre içinde iade veya tazmin edilse dahi uğranılan bakiye zararın özkaynakları aşmışının tespiti halinde ise, bankanın hisselerinin tamamı başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Fona intikal eder. Bakiye zararın özkaynakları aşmasından kasıt; kaynakların iadesinden ve/veya bu nedenle uğranılan zararların tazmininden sonra kalan banka zararlarının hala banka özkaynaklarını aşması durumunun söz konusu olmasıdır. Şayet bakiye zarar özkaynakları aşmıyorsa hisselerin Fona intikali söz konusu olmaz<sup>61</sup>.

Fon, hisse senetleri kendisine intikal eden banka hakkında 6 numaralı fıkrada öngörülen yetkileri kullanabilecektir. Bu konuda daha önce yaptığımız açıklamalar aynen geçerli olacaktır<sup>62</sup>.

Gerek hakim ortakların, gerekse bankanın tüm ortaklarının hisselerinin b bendinin son paragrafında düzenlendiği şekilde bankaya intikalinin çeşitli açılardan hukuka ve Anayasanın mülkiyet hakkını koruyan 35.maddesine aykırılığı ileri sürülebilecektir. Gerçekten de ortakların hisse senetlerinin

<sup>60</sup> HUMK.m.109'a göre; ihtiyati tedbir kararı verilmesinden itibaren on gün içinde esas hakkında dava açılması ve dava açıldığıın belgesini kararı tatbik eden memura ibraz ile dosyaya kayıt mukabilinde ilmuhaber alınması, İİK.m.261'e göre de, ihtiyati haciz kararı verilmesinden itibaren on gün içerisinde kararı veren mahkemenin yargı çevresinden kararın infazını, haczin tatbikinden itibaren de yedi gün içinde ya takip talebinde bulunmaya ya da dava açmaya mecburdur. Aksi taktirde verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları geçersiz olur.

<sup>61</sup> REİSOĞLU, s.637.

<sup>62</sup> Bkz., §. 2, II, B, 2.

Fona devri için bu hisse senetlerinin intikal tarihlerinde değerlerinin sıfır olması gerekir. 5/b fıkrasının son paragrafında yer alan -verilen süre içinde kaynakların iade ve zararların tazmin edilmesine rağmen, eğer uğranılan bakiye zararlar özkaynakları aşıyorsa, sadece hakim ortakların hisselerinin değil, bankanın hisselerinin tamamının başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Fona intikal edeceği şeklindeki- düzenlemede, zararların özkaynakları aşması sonucu, banka hisselerinin değerinin sıfır olduğu ve değersiz hisselerin Fona, başka bir işleme gerek olmaksızın geçmesinin, ortakların mülkiyet hakkını ihlal etmeyeceği söylenebilir. Buna karşılık, kullanılan kaynakların veya uğranılan zararların verilen süre içerisinde iade edilmemesi halinde, bunların miktarına bakılmaksızın hisselerin Fona devri durumunda, mülkiyet hakkı kişilerin elinden alınmış olur. Anayasanın 35.maddesinde yer alan ve mülkiyet hakkının “ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği” hükmü mülkiyet hakkının kullanılmasıyla ilgilidir. Söz konusu durum ise, mülkiyet hakkının sınırlandırılması değil, ortadan kaldırılmasını ifade eder. Dolayısıyla, bu düzenlemenin Anayasaya uygunluğunu savunmak güçtür.<sup>63</sup>

## SONUÇ

Bankalar Kanununda yapılan değişikliklerle, bankaların kurulması, faaliyetlerinin denetlenmesi ve bankacılık faaliyetlerinin düzenlenmesine ilişkin görevlerin idari, mali ve fonksiyonel açıdan bağımsız bir organ olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna bırakılmış olması, Kurula ve Fona çok geniş yetkiler tanınması, bankacılık sektörü açısından önemli ve olumlu bir değişmeyi ifade etmektedir.

Bankacılık sektörü kendisinden kaynaklanan yapısal sorunlar ve ekonominin dönemsel etkilerine maruzdur. Bankalar büyüklük, faaliyet alanları, risk eğilimleri itibarı ile farklılıklar göstermektedir. Her bankaya uyacak türden bir denetim yaklaşımı etkin olmamaktadır. Gözetim ve denetim sistemi ne kadar gelişmiş olursa olsun mali sektörün kendisi kadar hızlı değişim gösterememektedir. Oysa, sorunlu bankalar hakkında ne kadar çabuk önlem alınırsa, toplumsal maliyeti o kadar az olmakta, önlemlerin alınmasında gecikilmesi nedeniyle maliyet artmaktadır. Bankaların faaliyetleri karmaşıklaştığı ölçüde denetimin de daha kapsamlı, daha geniş hareket olanağı tanıyan yöntemler ile yapılması gerekmektedir. Bu nedenlerden dolayı, Denetleme Kurumuna geniş yetkiler verilmesi, bağımsızlığının sağlanması ve hızlı müdahale imkanlarının tanınması yerinde olmuştur. Bu aşamada yapılan düzenlemelerden sonuç alınabilmesi, Kanunun etkinlikle uygulanmasına kalmaktadır.

---

<sup>63</sup> REİSOĞLU, s.637,638.

Yapılan değişiklikleri şekli açıdan, düzenleme tekniği yönünden değerlendirdiğimizde; bazı hükümlerin çok uzun kaleme alındığı ve çok sayıda fıkra ve bentlerden oluşturulduğu; doğrudan ilgili veya bağlantılı olan konuların farklı fıkra içinde düzenlendiği; konu veya hüküm tekrarına gidildiği görölmektedir. Bu nedenle, bankalar hakkında tedbir alınmasını gerektiren üç durumun ayrı kanun maddeleri haline getirilerek, söz konusu durumda alınacak tedbirlerin ilgili maddede düzenlenmesi, kanun sistematığı açısından daha yerinde olacaktır.

Bankalar Kanunu'nda yapılan değişiklikler, uluslararası düzenlemelere uyum sürecinde önemli gelişmeler sağlamıştır. Son yapılan düzenlemeler ile Basle Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi tarafından yapılan tavsiyelere büyük oranda uyulduğu, ayrıca Avrupa Birliği direktiflerine pek çok alanda paralelliğin sağlandığı görölmektedir.

# MEDENİ USUL HUKUKUNDA SENET ve SENETLERLE YAZILI ŞEKİL ARASINDAKİ İLİŞKİ

*Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN\**

## Ş1. SENET KAVRAMI, ÖNEMİ ve ÇEŞİTLERİ

### A- SENET KAVRAMI ve ÖNEMİ

#### I - Senet Kavramı

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda senet tarif edilmemiştir. Böyle olunca senedin tarifini yapmak doktrine düşmektedir.

Senet kavramı, biri genel (geniş) , diğeri hukuki (dar) anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılır<sup>1</sup>. İnceleme konumuz bakımından, genel anlamda senet kavramını kısaca tanımlanacak, esas olarak, hukuki anlamda senet kavramı üzerinde durulacaktır.

Almanca dilinde senet karşılığı olarak kullanılan Urkunde, “ur” ve “Kunde” eklerinin bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Ön ek olan “ur” geçmiş, önceyi ve uzaklığı ifade eder. “Kunde” ise haber, malumat, bir şeyi ifade etmek<sup>2</sup> manalarına geldiğine göre, Almanca lafızdan hareketle senet, geçmişte gerçekleşmiş bir şey veya olaydan bilgi veya haber verme şeklinde tanımlanabilir.

---

\* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> HELWIG, K., System des deutschen Zivilprozessrechts, Aalen 1968, s. 691; BERKİN, M. N., İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, (İstanbul Üni. Huk. Fak. Mecm. 1946/4, s. 1175-1192), s. 1177; BERKİN, M. N., Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti, İstanbul 1948, s. 9; SCHREIBER, K., Die Urkunde im Zivilprozess, Bochum 1982, s. 19.

<sup>2</sup> GÖTZ, D./HAENSCH, G./WELLMANN, H., Langenscheid Grosswörterburch Deutsch als Fremdsprache, Berlin-München-Wien-New York 1997, s. 1030, 587; HÜRLIMANN H., Der Urkundebeweis im Zivilprozess, mit besonderer Berücksichtigung der ZPO für den Kanton Zug, Diss, Freiburg 1944, s. 46.

Yazılı (şey anlamında) şahit manasına da gelen senet, aynı zamanda dayanak ve bir hakkı ispata yarayan belge anlamına gelmektedir<sup>3</sup>.

Konuşma dilinde ise, senet, kendi kendine bir şeyi ispat edebilen belge demektir<sup>4</sup>.

### 1- Geniş Anlamda Senet Kavramı

Genel (geniş) anlamda senet, fikir ve düşüncelerin yazı veya belirli işaretler altında şekillendirilmeleri, maddileştirilmeleridir (dışa vurulmasıdır)<sup>5</sup>. Bu anlamda, geçmişte olan bir olayı gösteren her türlü şeye senet nazariyle bakılabilir. Ancak aşağıda belirtileceği üzere böyle bir senedi hukuki anlamda senet saymak mümkün değildir.

### 2- Dar Anlamda Senet Kavramı

Dar veya hukuki anlamda senet, bir kimse tarafından bir vakıanın gelecekteki delilini teşkil etmek üzere<sup>6</sup> yazıp veya yazdırılıp<sup>7</sup> imzalanan ve imzalayan aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> BELGESAY, M. R., Yazılı Deliller, (Adalet Ceridesi. 1943, s. 333-340), s. 333; BERKİN-Yazılı Şekil s. 1174.

<sup>4</sup> BERKİN-Senetler s. 7.

<sup>5</sup> FASCHING, H., zu den Zivilprozessgesetzen, III. Band Zivilprozessordnung, Wien 1966, s. 358; ANSAY, S. Ş., Hukuk Yargılama usulleri, Ankara 1960, s. 286; ROSENBERG, L./SCHWAB, K. H./GOTWALD, P., Zivilprozessrecht, München 1993, s. 697; ALANGOYA, H. Y., Medeni Usul Hukuku Esasları I, İstanbul 2000, s. 278; SCHREIBER, s. 19; WETZELL, G. W., System des ordentlichen Zivilprozess, Aalen 1969, § 24; HÜRLIMANN, s. 46; ZÖLLER R./GEİMER, R./GREGER, R./GUMMER, P./HERGET, K./PHILIPPI, P./STÖBER, ./VOLKOMMER, M., Zivilprozessordnung, Köln 1997, s. 1072; KUMMER, M., Grundriss. des Zivilprozessrecht, Bern 1978, s. 130;; POLLAK, R., Zivilprozesrecht, Wien 1932, s. 677; SCHÖNKE, A./KUCHINKE, K., Zivilprozessrecht, Karlsruhe 1969, s. 287; STEIN, F./JONAS, M., Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen 1972, s. 80.

<sup>6</sup> Bu yüzden, belirli fikirleri; kanaatleri içeren veya adiyen tespit eden yazılar senet sayılmazlar. Çünkü, bunlar bir işlemin ilerideki delilini teşkil etmek üzere düzenlenmemişlerdir. Örneğin, altında imzasını taşısa bile bir mimar tarafından çizilmiş kroki ve planlar senet sayılmazlar (BERKİN-Yazılı Şekil s. 1178).

<sup>7</sup> Senet vererek taahhüt altına giren kimse, vereceği senedi bizzat kendisi yazabileceği gibi, başkasına, hatta taahhüt altına girdiği kimseye yazdırıp imzalamasına hukuken bir engel bulunmamaktadır. Önemli olan, senet içeriğinin senetle borç altına giren kimsenin iradesine uygun olması ve iradesinin herhangi bir şekilde fesada uğramamasıdır (BERKİN-Senetler s. 9)

<sup>8</sup> POSTACIOĞLU İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975. Benzer tanımlar için bkz. BERKİN-Senetler s. 9; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s. 621.

Usul Kanunu sadece yazılı belgeleri senet olarak kabul etmektedir. Usul Kanunu anlamında senetten söz edebilmek için, bir düşüncenin alışılmış veya kararlaştırılmış şekillerle yazılı hale getirilmesi gerekir<sup>9</sup>.

Buna göre, senet yazılı bir belgede açıklanan irade beyanıdır<sup>10</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararında bu hususu şöyle belirtmiştir: "... (senet) sözü edilenlerden biri tarafından diğerine yöneltilmiş, yahut sözü edilenlerce birbirlerine karşılıklı olarak yöneltilmiş irade bildirimlerini (beyanlarını) kapsar kağıtlardır"<sup>11</sup>.

Senedin, senedi vücuda getirenin (düzenleyenin) onu kendi aleyhine delil teşkil etme iradesiyle, düzenlenmiş olması şart değildir<sup>12</sup>. Çünkü, senedi vücuda getirenin, onun kendi aleyhine<sup>13</sup> delil teşkil etmesini düşünmediği hallerde de, yazılı belge senet sayılır<sup>14</sup>. Aksi takdirde tesadüfi senetlerin<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 697; MUSIELAK H. J., Zivilprozessordnung, Kommentar, München 1999, s. 1030; BGHZ 65, 300 (MUSIELAK, s. Neue Juristische Wochenschrift 1976, 294).

<sup>10</sup> ZEISS, W., Zivilprozessrecht, Tübingen 1971, s. 187; LENT, F./JEUERNIG, O., Zivilprozessrecht, München 1972, s.169-170; BAUMBACH, A./LAUTERBACH, W./ALBERS, J./HARTMAN, P., Zivilprozessordnung, München 1999, s. 1311; FASCHING, s. 358; KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 1990, s. 1427; SHREIBER, K., Münchener Kommentar, Zivilprozessordnung, Band 2, München 1992, s. 255.

<sup>11</sup> HGK 18.9.1963, T-10/27 (AD 1964/5-6, s. 601-604; Sİ 1964/199, s. 6034-6038; İKİD 1963/35, s. 2570-2575).

<sup>12</sup> ALANGOYA-Usul, s. 279; AMMAN, G., Die Pflicht Zuredition von Urkunden und Das Verfahren nach Schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1931, s.3.

<sup>13</sup> Bir kimsenin düzenlemiş olduğu belgenin kendi lehine delil (senet) sayılması kural olarak mümkün değildir. Sadece, tacirler arasında ticari muamelelerden dolayı çıkan ihtilaflarda ticari defterler sahibi lehine delil delil (senet) sayılabilir (15.03.1950 gün ve 28/6 sayılı İBK: RG 30.06.1950, S. 7546).

<sup>14</sup> HÜRLIMANN s. 54; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 697; MUSIELAK, s. 1030.

<sup>15</sup> "Zufallsurkunde", bunun karşılığını ise "Absichtsurkunde" (iradi senetler) oluşturur. Bazı yazarlar Zufallsurkunde'nin yerine "geborene Urkunde" Absichtsurkundenin yerine de "gekorene Urkunde" tabirlerini de kullanmaktadırlar (SCHREIBER-Urkunde s. 24). "Zufallsurkunde" de delil tedarik etme iradesi ile hareket edilmemektedir (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 697; STEIN/JONAS, s. 80; HOLZHAMMER, R., Österreichisches. Zivilprozessrecht, Wien-New York 1976, s. 257; BİLGE, N./ÖNEN, E., Medeni Yargılama Hukukuk Dersleri, Ankara 1978s. 554, dn. 3). Bu konuda geniş bilgi için bkz. HÜRLIMANN s. 63.

kabul edilmemesi gerekirdi<sup>16</sup>. O halde, delil teşkil etme amacına yönelik olsun olmasın yazılı olarak düzenlenmiş olan bir belge senet sayılır.

Bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için ayrıca onu vücuda getirenin imzasını<sup>17</sup> da taşıması gerekir<sup>18</sup>. İmzasız hiçbir belge senet olarak kabul edilemez<sup>19</sup>.

İmza senedin kişi ile özdeşleştirilebilmesini sağladığı için zorunludur. Zira ancak imza sayesinde senedi düzenleyen kişi somut olarak tanınabilmektedir<sup>20</sup>. Altı imzalı olmayan belge, senet sayılmaz.

Senet metni borçlu (senet aleyhine olan kişi) tarafından (el ile) yazılmış olsa bile, yazılı belgenin (senedin) altında borçlunun imzası yoksa veya imza sahte ise, böyle bir belge senet sayılmaz<sup>21</sup>.

Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu şöyle belirtmiştir. Buna göre: "...HUMK'nun 287 ve sonraki maddeleri hükümlerinin birlikte incelenmesinden çıkan sonuca ve olayda uygulanması mümkün olan BK'nun 13. maddesine nazaran, senet, borçlu tarafından imza edilmiş veya mühürlenmiş ya da parmak izi ile işaretlenmiş olmak gerekir, bir belgede imza, mühür veya işaret bulunmazsa o belgenin senet niteliği yoktur. Belgedeki yazı kısmının

<sup>16</sup> HOLZHAMMER s. 257; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD s. 697; AMMAN s. 3; KURU-Usul II s. 1429.

<sup>17</sup> Mühürünü veya el ile yapılmış bir işaretini taşıması gerekir (KURU-Usul II s. 1428).

<sup>18</sup> HÖFER, G./HUHN, D., Beurkundungsgesetz und ergaenzende Vorschriften, Athanaeum 1972, s.137.

<sup>19</sup> BERKİN-Yazılı Şekil s. 1178; POSTACIOĞLU-Usul 597; KURU-Usul II s. 1428 ; SCHELHAMMER'e göre imza gerekli değildir (SCHELHAMMER, K., Zivilprozess, Heidelberg 1984, s. 298).

<sup>20</sup> SCHREIBER-Urkunde s. 24.

<sup>21</sup> OĞUZMAN, K./ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 114-115; EREN F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I. Ankara 1994, s. 337; KURU-Usul II s. 1432. "Davacı, davalıların taşınmazlarına dükkan inşa ettiğini ve bunu davalılara teslim ettiği halde eser bedeli olarak aralarında kararlaştırdıkları ... liranın ödenmediğini, bu nedenle bu miktarın davalılardan alınmasına karar verilmesini istemiştir. Davalılar, yapılan eser bedeli ... liranın para ve arsa verilmek suretiyle tamamen ifa edildiğini savunmuşlar ve davacının imzasını taşıyan bir ibra senedine dayanmışlardır. Mahkeme, belgedeki metin kısmının davacı tarafından yazıldığının anlaşıldığını, bu durumda davacıya ait olduğu bildirilen imzanın sahte olmasının bir önemi olmayacağını kabul ederek, davanın reddine karar vermiştir. ... Senet, borçlu tarafından imza edilmiş veya mühürlenmiş, ya da parmak izi ile işaretlenmiş olmak gerekir; bir belgede imza, mühür veya işaret bulunmazsa o belgenin senet niteliği yoktur" 15. HD 5.5.1975, 739/2404 (YKD 1976/6 s. 872-874; İBD 1976/7-8, s. 52-54).



borçlunun el yazısı ile hazırlanmış ve yazılmış olması halinde de bu belge senet olarak hüküm ifade etmesi için borçlu tarafından imzalanmış olmalıdır<sup>22</sup>.

İmza, kişinin kimliğini, hüviyetini gösteren, onu belirleyen ve diğer kişilerden ayıran bir işarettir<sup>23</sup>. İmzanın senet metnini kapsayacak şekilde ve doğrudan senet metnini ihtiva eden malzemeye atılması gerekir. Buna göre, karbon kağıdı aracılığı ile atılmış imza geçerli değildir<sup>24</sup>.

Fotokopi, düzenleyenin el ile atılmış imzasını taşımadığı<sup>25</sup> ve sadece şekil söz konusu olduğu, irade beyanı eksik olduğu için<sup>26</sup> senet sayılmaz<sup>27</sup>. Ancak aleyhine ibraz edilen taraf fotokopinin ve altındaki imzanın doğru (kendisine ait) olduğunu kabul ederse fotokopi senet sayılır<sup>28</sup>.

Alman hukuku da, esas itibariyle senedi veren kimsenin imzasına (Unterschrift) önem vermiştir<sup>29</sup>.

Daktilo ve tıpkı basım (çoğaltma) dışında kurşunkalem dahil el ile kullanılan her türlü (mürekkepli kalem, tükenmez kalem vs.) kalemle atılan imza geçerlidir<sup>30</sup>.

Senet metninin, senet kendisine karşı delil teşkil edecek kişi tarafından yazılmış olması gerekli değildir; senedin o kişinin imzasını taşıması yeterlidir<sup>31</sup>.

22 15. HD 5.5.1975, 739/2404 (YKD 1976/6 s. 872-874; İBD 1976/7-8, s. 52-54).

23 EREN s. 338; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 149.

24 ALANGOYA-Usul, s.280.

25 TD 12.3.1963, 3913/1399 (KURU-II, s. 1428). Aynı şekilde: 13. HD 17.4.1995, 4379/3822 (ALANGOYA-Usul, s. 283).

26 MUSIELAK, s. 1030.

27 Bazı yazarlar fotokopinin yazılı delil başlangıcı sayılacağını kabul ederken, diğer bazı yazarlar fotokopinin yazılı delil başlangıcı sayılmayacağını kabul etmektedirler. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Konurap, H., Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1989, s. 53 vd.

28 KURU-Usul II, s. 1429 ve TD'nin yukarıda belirtilen 12.3.1963 tarihli kararı.

29 Bazı yazarlara göre, şayet senet, metninde onu düzenleyen kişi anlaşılıyorsa (ortaya çıkmıyorsa), bu durumda imza zorunludur. O halde, bu görüş, senet metninden borçlu teşhis edilebiliyorsa, bu senet borçlunun imzasını taşımasa bile, geçerli olarak kabul edilmektedir (ZÖLLER s. 1074).

30 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD s. 697; ZÖLLER s. 1072; EREN s. 338.

31 KURU-Usul II s. 1433. İki gözü görmeyenlerin imzaları, usulen onanmadıkça veya imza ettikleri zaman işlemin (senedin) metnini bildikleri sabit olmadıkça kendilerini ilzam etmez (BK m. 14, III). Bu doğrultuda bkz. İİD 17.2.1969, 1922/1834 (RKD 1969/10, s. 85).

İmza yerine, mühür veya bir alet vasıtasıyla imza konulması, ancak HUMK m. 297'deki hallerde mümkündür<sup>32</sup>.

Senedin yazıldığı maddenin (senet materyalinin) kağıt, tahta, kumaş, metal vs. olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>33</sup>. Yani senedin belirtilen maddeler üzerine yazılması senet olarak aralarında herhangi bir fark doğmasına sebep olmaz. Ancak, senet genellikle kağıt üzerine yazılır<sup>34</sup>. Senedin kağıt dışında bir maddeye yazılması durumunda, senet kendisinden sadır olan tarafın beyanının ciddi olduğu hususunu ortadan kaldırarak bir durum olmamalıdır<sup>35</sup>.

Usul hukukunda bir senedin kullanılabilmesi için, onun objektif olarak anlaşılabilir bir içerikte düzenlenmiş olması gerekir. Bu anlaşılabilirliğin herkes için olması zorunlu değilse de objektif ölçülere göre anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması gerekir<sup>36</sup>.

Bazı yazarlar<sup>37</sup> yazılı irade beyanının mahkemece anlaşılır olmasının zorunlu olduğunu kabul etmektedirler. Kanımca buna gerek olmamalıdır. Çünkü objektif olarak anlaşılabilir olan bir belge mahkeme için de anlaşılabilir niteliktedir. Senedin anlaşılabilirliği her şeyden önce kendisinde tecesüm eden yazının doğrudan doğruya, başka bir ifade ile yardımcı bir teknik aracın yardımına gerek olmaksızın okunabilmesi ile mümkündür<sup>38</sup>.

32 İmza atmaya muktedir olmayan veya yazı bilmeyen bir kimse, senedi imza edemeyeceğinden, imza yerine el ile yapılmış bir işaret veya mühür kullanabilir. Yalnız, senetteki bu işaretin veya mühürün, köy veya mahalle ihtiyar heyeti ve iki tanık tarafından onaylanması gerekir (HUMK m 297 c. 2).

33 MUSIELAK, s. 1030; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD s. 697.

34 KURU-Usul II s. 1427.

35 ALANGOYA-Usul, s.279.

36 REITHMANN, C., Allgemeines. Urkundenrecht Begriff und Beweisregeln, Köln-Marienburg 1972, s. 2.

37 BLOMEYER, A., Zivilprozessrecht-Erkennissverfahren, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1963, s. 383; SCHREIBER'e göre ise, senet metnin objektif olması veya en azından mahkemece anlaşılabilir nitelikte olması gerekir. Yazar bu yüzden şifreli (gizli) yazıların usul hukukunda senet olmadığını belirtmektedir (SCHREIBER-Urkunde s. 28). MUSIELAK'a göre ise, metnin genel olarak veya mahkemece (duruma göre, bilirkişi veya tercüman aracılığıyla) anlaşılabilir olması gerektiğini kabul etmektedir (MUSIELAK, s. 1030).

38 STEIN/JONAS s. 80.

Senedin içeriği objektif olarak anlaşılabilir olduktan sonra onun yabancı bir dilde yazılmış olması senet olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez, yani senet herhangi bir dilde yazılabilir<sup>39</sup>.

Bir senedin gerçekliği onun ispat gücü ile ilgili olup, senet kavramının bir şartı (unsuru) değildir. Başka bir ifade ile, bir belgenin senet sayılabilmesi onun gerçekliği ile ilgili değildir<sup>40</sup>.

## II- Senedin Önemi

Senet, genel olarak, çok güvenilir bir ispat aracıdır<sup>41</sup>. Bunun sebebi, senet delilinin diğer delillere nazaran daha emin, doğru ve objektif nitelikli olmasıdır<sup>42</sup>.

Senet, çok güvenilir bir ispat aracı olmasının sonucu olarak, yüksek bir ispat değerine sahiptir<sup>43</sup>.

Senet, tevsik ettiği hukuki muameleleri basit olarak belirttiği için, ihtilafları önlemekte ve bu sayede mahkemelerin işlerini azalttığı gibi, işlem ve muamelelerde emniyeti de sağlar. Çünkü, hakkını senede bağlamış olan kimse elinde bulundurduğu senedine ve dolayısıyla subjektif hakkına güvenebilir. Bu güvenlik, karşı taraf senedi inkar etmedikçe senedin hakkın gerçekliğinin kesin delili olmasından ileri gelir<sup>44</sup>.

Hukukumuzda senet, en önemli kesin delildir. Çünkü, kesin delil (senet) ile ispatı gereken (zorunlu olan)<sup>45</sup> hukuki işlemlerin uygulama alanı çok geniştir<sup>46</sup>. Kesin delil ile ispat zorunluluğu olan hallerde, senet dışındaki diğer kesin delillerle de ispat mümkün olsa bile, ikrar ve yemin karşı tarafın iradesine (arzusuna) bağlı olduğundan, kesin hüküm delili ise, aslında genel-

39 KURU-Usul II s. 1427.

40 SCHREIBER-Urkunde s. 23.

41 SCHREIBER-Urkunde s.209.

42 SCHNEIDER, E., Beweis. und Beweiswürdigung, München 1971, s. 209; ANSAY, s. 286; KURU-Usul II s. 1431. Bazı yazarlar senetin bu özelliğinde hareketle seneti şu şekilde tarif etmişleridir: Senet, değişebilen insan sözlerinden, bunları duyan şahitlerin zayıf hafızalarının etkilerinden bir hakkı korumak için yine insan muhakemesinin bulunduğu ve ona kuvvet verdiği hukuki bir dayanaktır (BERKİN-Senetler s. 8).

43 MUSIELAK, s. 1030.

44 BERKİN, M. N., Senetle İspat Mecburiyeti ve Bu Kaidenin İstisnaları, (İÜHF 1950/3-4, s. 800-805), s. 805.

45 Bkz. HUMK m. 288, m. 290.

46 BİLGE/ÖNEN s. 553; KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 434.

likle başka kesin delillere dayandığından, hukukumuz bakımından senet, en önemli kesin delildir<sup>47</sup>.

Bundan başka, senet icra iflas hukukunda da çok büyük bir önemi haizdir. Şöyle ki, senet itirazın kesin olarak kaldırılmasını, takibin iptal ve talikini, icranın geri bırakılmasını sağlar, hatta kanun tarafından bazı senetlere ilâmlar gibi icra edilebilme gücü tanınmıştır.

## B- SENET ÇEŞİTLERİ

Senetler, düzenleyen kişilere ve ispat güçlerine göre, adi (hususî) ve resmî senetler olmak üzere ikiye ayrılır<sup>48</sup>. Alman hukukunda da senetler, adi<sup>49</sup> ve resmî senetler<sup>50</sup> olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>51</sup>. Avusturya hukukunda da senetler, adi senetler ve resmî senetler olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>52</sup>.

### I- Adi Senetler

Resmî bir makam veya memurun iştiraki olmaksızın, taraflarca düzenlenen senetlere adi senet adı verilir<sup>53</sup>. Senedin özel bir şahıs tarafından düzenlendiği bütün durumlarda adi senet sözkonusudur<sup>54</sup>.

Alman hukukunda adi senet, resmî olmayan tüm senetler olarak tanımlanmaktadır<sup>55</sup>. Bu nedenle adi senetlere gayri resmî (resmî olmayan) senetler de denir<sup>56</sup>.

47 KURU-Usul II s.1431; ÖNEN E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 240.

48 POSTACIOĞLU-Usul s. 597; BİLGE/ÖNEN s.556; KURU-Usul II s. 1431; KURU/ARSLAN/YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2000, s. 444 ; ALANGOYA-Usul, s. 281. ÜSTÜNDAĞ ise, senetleri adi ve resmî olarak ayırdıktan başka, bir de mühürlü senetler var demektedir ÜSTÜNDAĞ-Usul s. 622). Bu ifadeden sanki mühürlü senetlerin ayrı bir kategori oluşturduğu anlaşılmaktadır. Oysa, mühürlü senetler ayrı bir senet çeşidi değil, adi senetlerin bir türüdür. Bu senetlerdeki mührün noterce onanması durumunda ise mühürlü senet artık resmî senet niteliğini kazanır.

49 "Privaturkunden" (adi senetler)

50 "Öffentliche Urkunden" (resmî senetler)

51 LENT/JEUERNIG s. 170; AMMAN s. 4; HELWIG s. 692; ZÖLLER s. 1072; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMAN s. 1311; MUSIELAK, s. 1030.

52 POLLAK s. 679; HOLZHAMMER s. 257-258; FASCHING s. 358.

53 OĞUZMAN/ÖZ s. 114; TUĞ A, Türk Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 53; BİLGE/ÖNEN s. 556; KURU-Usul II s. 1432; KURU/ARSLAN/YILMAZ-Usul s. 445; KURU-El Kitabı s. 435.

54 HÜRLIMANN s. 61.

Bu anlamda, ceza hukukundan farklı olarak, bono da (emre muharrer senet de) medeni usul hukukunda adi senettir<sup>57</sup>.

Adi senet, genellikle taraflarca düzenlenir. Fakat taraflar, senedi bir başkasına yazdırarak altını imza etmekle de yetinebilirler<sup>58</sup>.

Adi senetlerin yazı kısmının el ile, makine ile veya matbu şekilde hazırlanmış olmasının, yabancı dilde veya yabancı harflerle yazılmasının önemi yoktur<sup>59</sup>. Ancak Türkiye’de (Türkçe olarak) düzenlenecek senetlerin Türk harfleri ile yazılması zorunludur. Türkiye’de (Türkçe olarak) arap harfleri (eski yazı) ile düzenlenmiş olan belgeler, senet (kesin delil) sayılmaz. Çünkü, 3 Kasım 1928 tarihinden itibaren Devletin bütün daire ve kurumlarında Türk harfleriyle yazılmış olan yazıların kabulü ve işleme konulması zorunludur (1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun m. 2). Buna göre, 3 Kasım 1928 tarihinden sonra eski yazı (arap harfleri) ile düzenlenecek belgeler senet sayılmayıp, bu belgeler ancak yazılı delil başlangıcı sayılabilir<sup>60</sup>.

3 Kasım 1928 tarihinden önce eski yazı (arap harfleri) ile düzenlenmiş belgeler Türkçeye çevrilmesi şartıyla geçerlidir. Çünkü, bu durumda, sadece yabancı bir dilde yazılmış senet söz konusudur.

Yargıtay verdiği bir kararında dolaylı olarak bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “İbraz edilen arap harfleri ile yazılı senet, Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkındaki 1353 sayılı Kanun hükümlerince yeni harflere çevrilip ibraz ettirilmemiştir. Böyle bir belge inceleme konusu yapılamaz...”<sup>61</sup>.

Hukukumuzda, adi senetlerin şekil ve şartlarının tayini Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndan çok Borçlar Kanunu hükümleriyle düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu’nda, kanun aksini emretmedikçe sözleşmelerde irade

---

55 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD s. 698; ZÖLLER s. 933. Bazı yazarlar ise adi senedi, bir beyan içeren ve resmi olmayan senetler şeklinde tanımlamaktadır (bkz. MUSIELAK, s. 1032).

56 KURU-Usul II s. 1432; KURU/ARSLAN/YILMAZ-Usul s. 445; KURU-El Kitabı s. 435.

57 KURU-El Kitabı s. 435.

58 KURU/ARSLAN/YILMAZ-Usul s. 445.

59 ALANGOYA-Usul, s. 279. Yalnız mahkemeye ibraz edilirken Türk harfleriyle yazılmış onaylı suretinin gösterilmesi gerekir. (BİLGE/ÖNEN s. 556). 2. HD 25. 4.1974 1860/2438 (YKD 1975/7, s. 47; ABD 1974/3, s. 593).

60 KURU-Usul II, s. 1428. Ayrıca, 10.04.1926 tarih ve 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun” için bkz. ALANGOYA-Usul, s. 279, dn. 10.

61 7. HD 29.5.1973, 4088/4498 (KURU-Usul II, s. 1428).

serbestliği ve sözleşme özgürlüğü kabul edilmiştir (BK m. 11, m. 19)<sup>62</sup>. HUMK'na, taraflar arasındaki hususi senet düzenlemeye dair özel hükümler konulmamış olması, senetlerin düzenlenmesi bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun da irade muhtariyetine bağlı kalmak istemesinin bir sonucudur<sup>63</sup>.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, senette nelerin bulunması ve senedin şeklinin nasıl olması gerektiğini tam olarak belirtilmediğine göre, bu hususun Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Buna göre, senet metninin, belgelendirdiği husus (hukuki işlem) hakkında tam bir bilgi içermesi ve senedin altının, senet aleyhine delil teşkil edecek kimse tarafından imza edilmesi gerekir (BK m.13, m. 14)<sup>64</sup>.

Adi senetlerle ilgili olarak son olarak şunu da belirtelim ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 296, II'de "mahkeme huzurunda ikrar olunan (adi) senetler resmi (senet) hükmündedir" denilmekte ise de, bununla adi senedin ispat gücü kastedilmiş olup, mahkeme huzurunda ikrar olunan adi senetler, senedi düzenleyen kişi bakımından adi senet kalmakta devam eder<sup>65</sup>.

## II- Resmi Senetler

### 1- Resmi Senet Kavramı

Doktrinde resmi senet şu şekilde tanımlanmaktadır: Resmi senet, resmi bir makam (organ) veya memurun katılması ile düzenlenen senetlerdir<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> EREN F., s. 20-21; TUNÇOMAĞ K., Türk Borçlar Hukuku, C. I Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 240; ALTAŞ H., Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 47.

<sup>63</sup> BERKİN-Senetler s. 40

<sup>64</sup> ANSAY, s. 287; KURU-Usul II 1432; BİLGE/ÖNEN s. 555. Yargıtay da adi senetleri yukarıda belirtildiği şekilde kabul etmektedir. Buna göre, "Taraflar bir kamyonun yarı yarıya paydaşlarıdır. Davacı davalıya ait yarı payı satın aldığı ileri sürerek kamyonun mülkiyetinin tamamının kendisine ait olduğunu tespitini istemiş ve davalının rızasını (ve imzasını) taşıyan adi bir belgeye dayanmıştır. ... Davacının dayandığı belge satış sözleşmesinin yapıldığını gösteren ve davalı tarafından davalıya verilmiş bulunan bir delil niteliğindedir. Bu durumda sözleşmenin gerçekleştiğinin kabulü zorunludur" (13. HD 10.1.1974, 932/9 : YKD 1975/3, s. 94-95; KURU-Usul II, s. 1432).

<sup>65</sup> KURU-Usul II s. 1461.

<sup>66</sup> ALANGOYA-Usul , s. 287; KURU/ARSLAN/YILMAZ-Usul s. 452; Resmi senetler, gelişen hukuki ve ekonomik ilişkiler arasında bağ oluşturur (FEYOCK, G., Grundlage der Stellung des Notars. im Rechtsleben, DnotZ (Deutsche Notar Zeitung). Sonderheft Deutscher Notartag 1952, s. 245).

Bazı yazarlar<sup>67</sup> resmi senedi, yetkili makam veya memurun görevi dahilinde ve kanunda öngörülen şekilde (usulüne uygun olarak) düzenlediği senetler olarak tanımlamaktadırlar. Bu görüşe göre, resmi senetlerin, resmi bir makam veya memur tarafından düzenlenme, bu düzenlemenin düzenleyen makam veya memurun yetkisi dahilinde olma ve usulüne uygun olarak düzenleme şeklinde üç unsurdan oluştuğu söylenebilir. Yargıtay'da verdiği bir kararında, resmi senedi bu görüşü destekler şekilde tanımlamıştır. Anılan karara göre: "... Resmi senet mahsus mer'urunun veya noterin yetkisine müsteniden muayyen şekilde tevsik ettiği senettir"<sup>68</sup>.

Kanımca, bu tanım, resmi senetleri adi senetlerden ayırmakta kolaylık sağlasa ve geçerlik şartı olan resmi senedi (şekli) tanımlasa bile, resmi senedi tam olarak kapsamamaktadır. Çünkü, resmi makamın doğrudan doğruya düzenlemeyip de sadece imzasını ve tarihini onayladığı senetler de -resmiyet sadece imza ve tarihi kapsasa bile- resmi senetlerdir<sup>69</sup>.

Bir kısım yazarlar<sup>70</sup> ise, resmi bir makamın doğrudan doğruya onaylamayıp sadece imza ve tarihini tasdik ettiği senetleri yarı resmi senetler olarak görmekte, diğer bir kısım yazarlar<sup>71</sup> ise, bu tür senetlerin adi senet niteliklerini koruduğunu belirtmektedirler.

Kanımca, yukarıda "resmi bir makam veya memurun katılması ile düzenlenen senetler resmi senettir" şeklindeki verdiğimiz tanım bizi, bu senetlerin de resmi senet olarak kabulü sonucuna götürür. Resmiyetin sadece resmi makam veya memurun katıldığı kısım için geçerli olması onun resmi senet niteliğini etkilemez. Bir başka ifade ile, resmi bir makam veya memurun senedin düzenlenmesine herhangi bir şekilde (yalnız imza ve tarih onaylanması suretiyle de olsa) katılmış olması halinde, senet ispat hukuku anlamında resmi bir senettir<sup>72</sup>. Aynı şekilde, adi senetleri de "resmi bir makam veya memurun katılımı olmaksızın düzenlenen senetler adi senettir"

---

<sup>67</sup> GULDENER, M., Schweizerisches. Zivilprozessrecht, Zürich 1958, s. 351; HÜRLIMANN s. 55; benzer tanımlar için bkz. POSTACIOĞLU-Usul S. 597; OĞUZMAN/ÖZ s. 117.

<sup>68</sup> 11. HD 29.11.1973, 4327/4786 (RKD 1974/3, s. 155).

<sup>69</sup> ÜSKÜL B. Meral, Noterlik İşlemlerinin Şekilleri ve Hükümleri, (Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 1993/79, s. 8-15), s. 10.

<sup>70</sup> BERKİN, M. N., Senetlerin Tanzimi ve Takip Hukuku Bakımından Ehemmiyeti, (İÜHF 1947/2, s. 622-656), s. 622.

<sup>71</sup> ONAR, S. S./BELGESAY, M. R., Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 107; BELGESAY, M. R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, I Teoriler, İstanbul 1948, s. 127,

<sup>72</sup> KURU-El Kitabı s. 440.

şeklinde tanımladığımız dikkate alınırsa sadece imza ve tarih kısmında da olsa, resmi bir iştirak söz konusu olduğu için bu senetlerin adi senet olmaya-acağı, resmi senet olacağı anlaşılır.

Sonuç olarak, resmi senet bir üst kavramdır ve bir ispat aracı olarak ön-görölmüş veya bir geçerlik şartının yerine getirilmiş olması resmi senet sayılması açısından bir fark meydana getirmez<sup>73</sup>.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO'nun) 415. maddesi<sup>74</sup> resmi senetleri düzenlemektedir. Bu maddeye göre, resmi bir makam<sup>75</sup> veya kamu güvenine mazhar<sup>76</sup> şahsın düzenlediği senetler resmi senetlerdir<sup>77</sup>. Aynı husus, Avusturya Usul Kanunu'nun (ZPO'nun) 292. maddesinde düzenlenmiştir<sup>78</sup>.

## 2- Resmi Senedi Düzenleyen Kişi veya Makamlar

Hukukumuzda resmi senetler, kural olarak, noterler tarafından düzenlenir (NK m. 60, m. 82 ve m. 84 vd.). Fakat kanunla başka bir makam, mercii veya kişiye de resmi senet düzenleme yetkisi verilebilir (NK m. 60/1 ve 2); örneğin, Tapu K. m. 26 ve MK m. 479'da olduğu gibi<sup>79</sup>. Tapu Kanunu m. 26'ya göre, gayrimenkul malların mülkiyetinin devrine ilişkin akıtlar sadece tapu sicil müdür veya memurları tarafından yapılabilir.

Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Yapılması kanunla başka bir makam, mercii veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek" noterlerin görevlerindedir. Ayrıca, yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre de, "Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemler bu kanun hükümlerine göre yapmak" da noterlere verilmiş bir görevdir.

<sup>73</sup> ALANGOYA, Y., (HUMK'nu Değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976) -Tartışmalar, s. 225.

<sup>74</sup> LANGHEIN'E göre, bu madde özel bir kanuni ispat kuralı içermektedir (LANGHEIN, H. G., Kollisionsrecht der Registerurkunden, Anglo amerikanische notarielle Beglaubigungen, Bescheinigungen und Belehrung im deutschen Registerrecht, Baden-Baden 1995, s. 29.

<sup>75</sup> "öffentliche Behörde" (resmi makamlar)

<sup>76</sup> "mit öffentlichen Glauben versehene Person" (kamu güvenine mazhar şahıs)

<sup>77</sup> ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD s. 698; BAUMBACH/LAUTERACH/ALBERS/ HARTMAN s. 1312-1313; ZÖLLER s. 1072; SCHELLHAMMER, s. s. 298; LANGHEIN s. 29; REITHMANN-Urkundenrecht s. 24; SCHNEIDER s. 209; SCHWAB/GOTWALD s. 116.

<sup>78</sup> Geniş bilgi için bkz. FASCHING s. 362.

<sup>79</sup> KURU-Usul II s. 1464.



Bu hükümlerden çıkan anlam, kanunla başka mercilere verilmiş olmadıkça, bir işleme resmiyet verebilmek ancak noterlerin tekeli altındadır<sup>80,81</sup>.

### 3- Mühürlü Senetler

İmza atmaya muktedir olmayan veya yazı bilmeyen bir kimse, senedi imza edemeyeceğinden, imza yerine el ile yapılmış bir işaret (örneğin parmak izi) veya mühür kullanabilir. Yalnız senetteki bu işaretin (parmak izinin) veya mührün köy veya mahalle ihtiyar heyeti ve iki tanık tarafından onaylanması gerekir (HUMK m. 297 c. 2).

HUMK m. 297 hükmüne benzer bir hükme, şeklin sıhhat şartı olduğu hallerde uygulanacak olan BK m. 15'de<sup>82</sup> rastlıyoruz<sup>83</sup>.

Bazı yazarlara göre, HUMK m. 297 BK m. 15'i değiştirmemiştir<sup>84</sup>. Diğer bazı yazarlar ise HUMK m. 297'nin BK m. 15'i değiştirdiğini kabul etmektedirler<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> ÜSTÜNDAĞ-Usul s. 622. Nitekim, Noterlik Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Bu kanun hükümlerine göre belgelendirilen işlemler resmi sayılırlar". Yine Noterlik Kanunu'nun 82. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Noterler tarafından bu kısmın ikinci bölümünün (NK m. 84-90) hükümlerine göre düzenlenmiş olan hukuki işlemler, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir" şeklindedir.

<sup>81</sup> Alman hukukunda resmi senedi, resmi bir makam (öffentliche Behörde) veya Kamu güvenine mazhar (mit öffentlichen Glauben versehene Person) şahıslar düzenler (ZPO. m. 415). Resmi makamlar (öffentliche Behörde), devletin egemenlik gücünü kullanan organlar resim organlardır. Bu anlamda tüm mahkemeler, tüm federal makamlar, Alman Federal Demiryolları, Alman Federal Posta İdaresi, tüm bölgesel ve yerel makamlar, resmi mesleki temsilcileri, kilise makamları, üniversiteler ve yabancı makamlardır. Kamu güvenine mazhar şahıslar (mit öffentlichen Glauben versehene Person) ise, noterler (der Notar), mahkeme kalemindeki tevsik memurları (der Urkundsbeamten der Geschaeftsstelle), icra memurları (Gerichtsvollzieher), nikah memuru (der Standesbeamte), mahkemenin tebliğ kontrol memurları (der Gerichtswachtmeister bei Zustellungen), posta idaresi müstahdemleri (der Postbedienstete) dir. (BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMAN, s. 1313). Avusturya Hukukunda resmi senedi düzenleyen makamlar konusunda bkz. FASCHING, s. 362 vd.).

<sup>82</sup> BK m. 15 hükmü şöyledir: "İmza vaz'ına muktedir olamayan her şahıs imza yerine usulen tasdik olunmuş ve el ile yapılmış bir alamet vazetmeğe, yahut resmi bir şahadetname kullanmağa mezundur".

<sup>83</sup> ÜSTÜNDAĞ-Usul s. 674.

<sup>84</sup> (BELGESAY, M. R., Mühürlü Senetlerin İspat Kuvveti, (İÜHF 1939/1-4, s. 215-227), s. 223; BERKİN, M. N., Mühürlü Senetlerin İspat Kuvveti, (İBD 1948/2, C. XX), s. 56.

<sup>85</sup> GORBON, A. R., Mühürlü Senetlerin Delil Kuvveti, (İBD 1939/8, s. 666-675), s. 468.

Kanımcı da, HUMK m. 297 BK m. 15'i değiştirmiş değil, bilakis tefsir etmiştir<sup>86</sup>.

HUMK m. 297'de açıkça belirtildiği gibi, köy veya mahalle ihtiyar heyeti ancak imza atamayan (örneğin, ilgilinin her iki kolunun da bulunmaması) veya yazı bilmeyen kişiler için senet düzenlemeye (onaylamaya) yetkilidir<sup>87</sup>.

İhtiyar heyetinin HUMK m. 297'ye göre onayladığı mühürlü (veya parmak izli) senetler resmi senettir<sup>88</sup>. Çünkü, burada ihtiyar heyeti, tıpkı noterler gibi, senetteki mührü veya parmak izini kanunla yetkili kılınan bir resmi organ olarak onaylamaktadır, yani, ihtiyar heyeti HUMK m. 297, 1'de "salâhiyettir memurlar" kavramına dahildir<sup>89</sup>.

İhtiyar heyeti yazı bilen veya imza atabilen bir kimsenin adi senet altındaki imzasını onaylayarak, senede resmîyet veremez<sup>90</sup>.

#### 4- Ceza Hukukunda Resmi Senetler

Medeni usul hukukundaki resmi senet kavramı ile ceza hukukundaki resmi senet kavramı aynı değildir. Resmi senet kavramı, ceza hukukunda daha geniştir<sup>91</sup>.

Ceza hukukunda, emre veya hamile olarak düzenlenen kambiyo senetleriyle emtiayı temsil eden evrak, resmi senet hükmündedir (TCK. m. 349, II)<sup>92</sup>. Ceza hukukundaki bu hüküm usul hukukunda uygulanmaz. Örneğin, imzası noterlikçe onaylı olmayan bono (emre muharrer senet) medeni usul hukukunda resmi senet değil, adi senettir<sup>93</sup>.

86 BELGESAY-Mühürlü Senetler, s. 223.

87 BERKİN-Mühürlü Senetler s. 55; KURU-Usul II s. 1268; ÜSTÜNDAĞ-Usul s. 674.

88 "İhtiyar Kurulunun yetkisi dahilinde usulüne uygun olarak onayladığı senetler resmi senet sayılır. Aksi ispat edilinceye kadar kesin delil teşkil eder (12. HD 27.1.1995 : YKD 1995/5, s. 758-759).

89 KURU-Usul II s. 1479. Karş. ÜSTÜNDAĞ-Usul s. 675.

90 Bkz. İİD 8.6.1964, 5516/5775 (ABD 1964/6, s. 747; aynı şekilde: İİD 24.1.1961, 1846/2354 (İBD 1961/3-4, s. 112-113).

91 Çünkü, ceza hukukunda ispata yönelik her türlü belge senettir (SCHREIBER-Urkunde s. 25). Ceza hukukunda suret ve fotokopi gibi belgenin belgesi de yine belge delilini teşkil eder (KUNTER, N./YENİSEY, F., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1998, s. 598).

92 SAVAŞ, V./MOLLAMAHMUTOĞLU, S., Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. III, Ankara 1995, s. 3057.

93 KURU-Usul II s. 1461.

Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu şöyle belirtmiştir: “Davanın müstenidi emre muharrer senettir. Bu itibarla resmi senet niteliği yoktur...”<sup>94</sup>.

Ceza hukukunda, resmi senet (evrak) adı (hususî) senet (evrak) ayrımı, sahtekarlık halinde verilecek ceza bakımından önemlidir<sup>95</sup>. Bundan başka, ceza hukukunda, sahteliği ispat edilmedikçe muteber olan resmi senetlerdeki sahtekarlık, diğer resmi senetlerden daha ağır cezayı gerektirmektedir<sup>96</sup>.

## Ş2. SENETLER İLE YAZILI ŞEKİL ARASINDAKİ İLİŞKİ

Senetler yazılı delillerdendir. Sözlü taahhütler geçerli sayılsa bile senet sayılmazlar<sup>97</sup>. Senetlerin yazılı delillerden olması doğal olarak senetlerle yazılı şekil arasında bir ilişki olması sonucunu doğurmaktadır.

Senedin şekil ile bağlantısı çok sıkı olduğundan şekil konusu üzerinde biraz etraflıca durulacaktır.

### A- ŞEKİL KAVRAMI VE TÜRLERİ

#### I- Şekil Kavramı

Hukuki işlemlerin meydana gelmesini sağlayan iradeler esas itibariyle kendisini anlaşılabilir hale getirecek herhangi bir vasıta ile açıklanabilir. İşte bir irade beyanını açıklamak üzere kullanılan vasıtaya “şekil” denir<sup>98</sup>. Bu anlamda, her irade beyanının bir şekli vardır<sup>99</sup>. Şekilsiz bir irade beyanı olmaz<sup>100</sup>.

Şekil, teknik anlamda ele alınınca, “Kanun veya taraflarca öngörülmiş iradelerin açıklanmasına yarayan vasıtaları, dış kalıbı, biçimi ifade eder”<sup>101</sup>.

Borçlar Kanunu’muz, yasada öngörülen istisnalar dışında kural olarak şekil serbestisi ilkesini kabul etmiştir<sup>102</sup>. Gerçekten, “Akitlerin şekli” başlı-

<sup>94</sup> 11. HD 29.11.1973, 4327/4786 (RKD 1974/3, s. 155).

<sup>95</sup> ÜSTÜNDAĞ-Usul 647. Gerçekten, resmi evrakta sahtekarlık suçunun cezası (TCK. m. 339 vd.) hususî evrakta sahtekarlık suçunun cezasından (TCK. m. 345) daha ağırdır.

<sup>96</sup> Bkz. TCK. m. 339, I c. 2; DÖNMEZER, E., Sahtekarlık Cürümleri, Ticari Ceza Hukuku, İstanbul 1987, s. 389.

<sup>97</sup> BERKİN-Senetler s. 13.

<sup>98</sup> Von TUHR (çev. EDEGE, C., s. 229; TUNÇOMAĞ s. 143; ÜSKÜL s. 8; ULUKAPI, Ö., Noter İşlemlerinde Şekil, (TNBHD 1998/98), s. 1; ALTAŞ s. 60-61.

<sup>99</sup> OĞUZMAN/ÖZ s. 111; TUĞ s. 3; EREN s. 326; TUNÇOMAĞ s. 143.

<sup>100</sup> EREN s. 326.

<sup>101</sup> TUNÇOMAĞ s. 215; İNAN s. 163; TUĞ s. 3; EREN s. 326; ALTAŞ s. 61.

ğını taşıyan BK m. 11, I'e göre, "Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tâbi değildir". Burada akdin sıhhatinden maksat, "akdin geçerliği"dir. Bu maddede yalnız akitten söz edilmekle birlikte, bundan, hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanlarında ve bu arada özellikle karar ve tek taraflı hukuki muamelelerde de şekil serbestisi ilkesinin kabul edildiği sonucu, kıyas yoluyla da olsa, çıkarılmalıdır. Hiç şüphesiz, kanunun özel bir hükümlerle şekil mecburiyeti koyduğu irade beyanları ve dolayısıyla hukuki muameleler bu ilkenin dışındadır<sup>103</sup>.

O halde, hukukumuzda şekil serbestisi ilke olup, şekil zorunluluğu yalnız istisnai hallerde kabul edilmiştir. Bu haller de kanunla<sup>104</sup> veya tarafların iradeleriyle öngörülen hallerdir (BK m. 11, m.16). Buna göre, kanunda açıkça belirtilen haller dışında şekle riayet tamamen ihtiyari olup akdin sıhhati için zorunlu değildir<sup>105</sup>.

## II- Şekil Türleri

Şekil, amaçlarına ve yapılış tarzına göre çeşitli türlere ayrılır<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> UYGUR, T., Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Açıklamalı-İçtihatlı), s. 50; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1988, s. 130; TUĞ s. 9; EREN s. 330; DALAMANLI, L./KAZANCI, F., İlimi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. I, İstanbul 1990, s. 60; ALTAŞ s. 47.

<sup>103</sup> EREN s. 330-331. Hukuki işlemlerin belirli bir şekle bağlı olarak yapılmasının zorunlu kılınması şeklin yarar ve sakıncaları ile yakından ilgilidir. Hukuki işlemlerin şekle bağlı olarak yapılmasının yararları şu şekilde ifade edilebilir: 1- Şekil hukuki işlemlere açıklık getirir. 2- Taraflara, irade beyanlarının üzerinde düşünme imkanını verir. 3- Hukuki işlemlerin ispatını kolaylaştırır. 4- Hukuki işlemlerin üçüncü şahıslar tarafından öğrenilmesini sağlar. 5- Sözleşmelerin yorumunu kolaylaştırır. Hukuki işlemlerin şekle bağlı olarak yapılmasının sakıncaları ise şu şekilde ifade edilebilir: 1-Şekil, hukuki işlemlerdeki sür'ati önler. 2- Hukuki işlemlerin yapılmasını güçleştirir. 3- Şekilde yapılan bir eksiklik hukuki işlemlerin butlanına sebebiyet verebilir. 4- Şekil, bazı hallerde ispat imkanını güçleştirir. 5- Şekil, hakimi gerçeğin dışında karar vermeye zorlar (TUĞ s. 46-47; YILMAZ-Noterlik İşlemleri s. 43).

<sup>104</sup> Nitekim, örneğin BK 213, I'e göre gayrimenkul satım akdinin geçerli olabilmesi için, resmi şeklide yapılması gerekir. Keza, gayrimenkul bir mala ilişkin bağışlama taahhüdünde geçerlik şartı olarak resmi şekle tabidir (BK m.238, II). Alacağın temlikinde de kanun, yazılı şekli geçerlik şartı olarak hükme bağlamıştır (BK m. 163, I). Borçlar kanunu dışında şekil şartları koyan kanun hükümleri için bkz. TUĞ s. 17 vd.

<sup>105</sup> BERKİN-Senetler s. 16; ÜSKÜL s. 8; ALTAŞ s. 47-48.

<sup>106</sup> Doktrinde, az farkla birbirinden değişik ayrımlar yapılmaktadır. Bu ayrımlar için bkz. İNAN s. 125 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 147 vd.; ESENER, T., Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1969, s. 168-169; TUĞ s. 49 vd.;

### 1- Amaçlarına Göre Şekil Türleri

Amaçlarına göre şekle ya geçerlik şartı olarak ya da ispat şartı olarak başvurulur<sup>107</sup>.

#### a- Geçerlik Şartı Olarak Şekil

Bazı hallerde şekil hakkın esasına etki eder ve hukuki muamelenin geçerliliği emrolunan şekle riayete bağlı olur. Bu durumda bir sıhhat şeklinden söz edilir<sup>108</sup>.

Borçlar Kanunu, yukarıda da belirtildiği gibi, akitlerde ilke olarak, şekil serbestisini kabul etmiştir. Buna karşılık, kanunun, herhangi bir şekli öngördüğü hallerde, kural, bu şeklin bir geçerlik şartı oluşudur. Bunun doğal sonucu ise, öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan bir akdin geçerli olmasındır<sup>109</sup>. BK m.11, II'ye göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları için başkaca bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadıkça, akit geçerli olmaz.

Şekil, geçerlik şartı olarak kanun tarafından öngörülebileceği gibi, bazı hallerde taraflarca da öngörülebilir (BK m. 16, I)<sup>110</sup>.

#### b- İspat Şartı Olarak Şekil

Şekil hukuki muamelenin ispatını mümkün kılmak veya kolaylaştırmak amacını güdüyorsa, bu durumda bir ispat şeklinden söz edilir. Bu hallerde, şekil adeta bir yargılama hukuku kuralı haline gelmektedir<sup>111</sup>.

İspat şartı olarak şekil, kanundan doğabileceği gibi, taraf iradelerinden de doğabilir. Bununla, taraflar uyumsuzluk halinde uyumsuzluğun belirli bir

---

UYGUR, s. 52; DALAMANLI/KAZANCI, s. 61 vd.; Eren s. 331 (Yazar bir de kaynaklarına göre ayırım yapmakta ancak bu ayırım diğerlerinden farklı olarak bir alt başlık altında incelenmemiştir); bazı yazarlar ise, amaçlarına ve kaynaklarına göre şekil türleri ayırımını yapmaktadırlar (ÜSKÜL s.18).

<sup>107</sup> YILMAZ, E., Müteahhidin Arsa Payı Karşılığında İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkını Üçüncü Kişiye Devretmesinde Uygulanması Gereken Şekil, (TNBHD 1995/88, s. 8-16), s. 8.

<sup>108</sup> Von TUHR (çev. EDEGE) s. 230; UYGUR s. 52.

<sup>109</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s.131; EREN s. 332; UYGUR s. 52; "...Geçerlik şekline bağlı sözleşmelerde kanunun öngördüğü şekle uyulmaması halinde sözleşme hükümsüz kalır. Böylece bir sözleşmenin varlığı artık başka bir delil ile ispat olunamaz. İkrar, yemin bu konuda delil olamaz ve geçersizliği hakim re'sen gözetir..." 13. HD 26.1.1976, 3715/389 (KURU-USul II s. 1430).

<sup>110</sup> TUNÇOMAĞ s. 219; EREN s. 333; UYGUR s. 52; ÜSKÜL s. 9.

<sup>111</sup> Von TUHR (Çev. EDEGE) s. 231; TUNÇOMAĞ s. 219-220.

şekil şartı, örneğin yazılı veya resmi şekilde ispat edilmesini kararlaştırabilirler<sup>112</sup>.

Bir hukuki işlemin geçerli olması için kural olarak yazılı şekilde yapılması şart değildir. Örneğin, ödünç (karz) sözleşmesi yazılı şekle tâbi değildir. Fakat, bu hukuki işlemin ispatı için senet düzenlenebilir. Senet düzenlenmemişse, hukuki işlem (örnekte ödünç sözleşmesi) yine geçerlidir; ancak, ispat etmek zordur.

İspat şartı olarak şekil, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu geçerliği için herhangi bir şekle riayet edilmesi gerekmeyen bir çok işlemin ancak senetle ispat edilebileceğini kabul etmektedir. Gerçekten, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesine göre, "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zaman miktar ve değerleri kırk milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma (ibra) gibi herhangi bir sebeple kırk milyon liradan aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz".

Aynı şekilde, "Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler kırk milyon liradan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz" (HUMK m. 290).

O halde, hukuki muameleden, özellikle sözleşmeden doğan ve miktarı kırk milyon lirayı aşan bir hakkını, davacının ispat edebilmesi için, kural olarak<sup>113</sup> yazılı bir delile, başka bir ifade ile yazılı şekle ihtiyaç vardır. Bu yüzden denebilir ki, usul hukukunda öngörülmüş olan bu ispat şartı, borçlar hukukunun kabul ettiği şekil serbestisini adeta ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Zira, miktarı kırk milyon liradan yukarı olan hukuki işlemler, istisnai haller hariç, inkar halinde bu muameleler senetsiz, şahitle ispat edilemez. İspat edilemeyen bir hakkın değeri ise oldukça şüphelidir<sup>114</sup>.

Bütün bunlardan sonra şöyle bir soru akla gelebilir: kırk milyon liradan yukarı hukuki muamelelerin ancak senetle ispat edilebilmeleri, bu işlemlerin geçerliği için yazılı şekil aranmayacağı kuralını etkisiz kılmıyor mu? Kısaca, yazılı şeklin ispat şartı olmasıyla sıhhat şartı olması arasında pratik bakımdan bir fark kalıyor mu?

112 EREN s. 335.

113 Bu kuralın istisnaları için bkz. HUMK m. 292-294.

114 BERKİN-Senetler s. 17; EREN s. 335-336.

Bu soruya cevap aranırken, ilk bakışta pratikte pek fark olmadığı düşünülebilir, ancak usul hukukundaki diğer kesin deliller (ikrar ve yemin) de hesaba katıldığında bu fark kendiliğinden anlaşılır. Şöyle ki; borçlunun ikrarı veya kendisine yöneltilen yeminden kaçınması halinde bir ispat şartı olan yazılı delile artık ihtiyaç kalmaz ve dava davacının (alacaklının) lehine sonuçlanır. Oysa, şekil geçerlik şartı olduğu takdirde, bu şekle riayet edilmeden yapılan işlem davalı tarafından mahkemede ikrar edilse bile yargıç davayı reddetmek zorundadır. Örneğin, kefalet akdinin geçerliği yazılı şekle tâbidir. BK m. 484)<sup>115</sup>. Bir kimseye, yazılı şekle riayet etmeden, kefil olan kimse, alacaklı tarafından aleyhine açılan alacak davasında “evet ben bir telefon konuşmasında söz konusu borca kefil olmuştum” dese, onun bu ikrarına rağmen, yargıç davayı reddetmek zorundadır. Zira, geçerlik şekli gerçekleştirilmeden yapılan, sonuç olarak da batıl olan, bir hukuki işlem, davalı tarafından ikrar edilmiştir diye hüküm kazanamaz. Keza davacı, yazılı bir kefaletname yapılmamış olmakla beraber davalının sözlü olarak kefil olduğunu ispat için davalıya yemin de teklif edemez<sup>116</sup> ve davalı böyle bir yeminden kaçındığı için dava onun aleyhine sonuçlandırılmaz<sup>117</sup>. Hakim geçerlik şartını resen göz önünde tutmak zorundadır<sup>118</sup>.

Yargıtay verdiği bir kararında, bu hususu gayet açık bir şekilde ifade etmiştir. Söz konusu karara göre: “...Geçerlik şekline bağlı sözleşmelerde kanunun öngördüğü şekle uyulmaması halinde sözleşme hükümsüz kalır. Böylece bir sözleşmenin varlığı artık başka bir delil ile ispat olunamaz. İkrar, yemin bu konuda delil olamaz ve geçersizliği hakim resen gözetir....”<sup>119</sup>.

---

115 “Kanunen şahit dinlenmesi caiz olan kardeşler arasında (m. 293/1) vaki olsa bile, tahriri şekilde yapılmadıkça kefalet sahih ve muteber değildir”. 4. HD 27.3.1972, 835/2608 (RKD 1973/2-3, s. 82-83).

116 “Usulün 288. ve sonraki maddeleri hükümleri incelendiği zaman bu hükümlerin muteberlik şekli olarak değil ancak ispat şekli olarak yazıyı derpiş ettiği görülmektedir. Bundan başka, Usulün 346. maddesinde bir muamelenin muteberlik şekli söz konusu olan hallerde yemin teklif edilemeyeceği zikredilmiştir. Bunun muhalif mefhumundan sadece ispat bakımından şekil şartı kabul edilmiş olan hallerde kat’i yeminin mümkün olduğu anlaşılmaktadır” 4. HD 7.10.1957, 4859/5879 (4. HD Emsal Kararları, s. 470; KURU-Usul II s. 1430).

117 YILMAZ, E., Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s. 94. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yemini düzenleyen hükümlerinden m. 346’ya göre, “Bir muamelenin sıhhat ve tamamıyeti için iki tarafın muvafakatları kanunen kafi görülmeyen hallerde yemin teklif olunamaz”. Aynı Şekilde: 4. HD 27.2.1945, 815/660 (HD 1945/13, s. 29-31; YILMAZ-Yemin s. 94, dn. 7)

118 KURU-Usul II s. 1429; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 133; EREN s. 336.

119 13. HD 26.1.1976, 3715/389 (KURU-Usul II s. 1430).

Diğer taraftan, geçerlik şekline ilişkin kurallar, emredici hukuk kurallarıdır. Taraflar bunların aksini kararlaştıramazlar<sup>120</sup>. Oysa, taraflar ispat şekline bağlı tutulan bir işlemin, serbestçe, yani bu şekle bağlı kalmadan ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler<sup>121</sup>. Bir başka ifade ile, ispat şekline ait kuralların sözleşme ile etkisiz bırakılmaları mümkündür. Zira, usul hukukunda senetle ispata ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin değildir<sup>122</sup>. Oysa, şeklin sıhhat şartı olduğu hallerde bu mümkün değildir.

## 2- Yapılış Tarzına Göre Şekil

Yapılış tarzına göre şekil değişik türlere ayrılmaktadır. Ancak biz, çalışmamızı ilgilendiren türler üzerinde duracağız. Bu anlamda adi yazılı şekli kısaca, resmi yazılı şekli ise biraz daha uzunca inceleyeceğiz<sup>123</sup>.

### a- Adi (Alelade) Yazılı Şekil

Tarafların, her hangi bir makamın veya şahsın tasdikine ve/veya katılıma gerek duymadan, sadece irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması (el ile, daktilo ile veya başka bir aletle herhangi bir şey üzerine) ve beyanda bulunan kimse tarafından imzalanması halinde adi (alelade) yazılı şekil gerçekleşir<sup>124</sup>. Bu şekil türü, esas itibarıyla, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir<sup>125</sup>. Ancak, diğer kanunlarda da bazı hukuki işlemler için bu şekil türünün öngörüldüğüne rastlanabilmektedir<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 134.

<sup>121</sup> HUMK m. 287 ve m. 289.

<sup>122</sup> KURU-Usul II s. 1531; KURU/ARSLAN/YILMAZ-Usul s. 466; KURU-EI Kitabı s. 450. HUMK'nun delil sisteminin niteliği konusunda ayrıca bkz. KONURALP H., Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, s. 29.

<sup>123</sup> Sözlü şekil, hukuk sistemimizde iki halde mümkündür. Bunlar: Evlenme sözleşmesi (MK m. 109) ile sözlü vasiyetname (MK m. 486) hakkındadır.

<sup>124</sup> OĞUZMAN/ÖZ s. 114; FEYZİOĞLU N. F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 313; TUNÇOMAĞ s. 221; İNAN s. 173; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 107; ESENER s. 172; SAYMEN, F. H., Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958, s. 209; EREN s. 337; TUĞ s. 52-53.

<sup>125</sup> Nitekim, alacağın temliki (BK m. 163/I), bağışlama vaadi (BK m. 238/I), hizmet sözleşmesi (BK m. 316), kefalet (BK m. 484), gayrimenkul tellallığı (BK m. /III), kaydı hayat ile irat sözleşmesi (BK m. 508), ölünceye kadar bakma sözleşmesi (BK m. 512).

<sup>126</sup> ULUKAPI-Şekil s. 2.



Şekil dendiği zaman, kural olarak adi yazılı şekil söz konusudur. Adi yazılı şekli meydana getiren unsurlar, metin ve imzadır. Ancak, adi yazılı şekilde yalnız imzanın el yazısı ile olması gerekir<sup>127</sup>.

#### **b- Resmi Şekil**

Resmi şekil, akdi oluşturan irade beyanlarının kanunda belirtilen usule göre resmi memur tarafından düzenlenen belgede açıklanması ile gerçekleşir<sup>128</sup>. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere adi yazılı şekil ile resmi şekil arasında bir mahiyet farkı yoktur. Ancak, adi yazılı şekil özel kişiler tarafından gerçekleştirilirken, resmi şekil resmi bir makam veya memur tarafından gerçekleştirilir<sup>129</sup>.

Bazı işlemlerin resmi şekilde yapılması hukukumuzda zorunlu kılınmıştır<sup>130</sup>. Bunun sebebi şudur: Bir kere, resmi memur yapılacak işlemin önemi hakkında taraflara bilgi vererek, onların düşünmeden karar vermelerini önler. Yine resmi memur, yapılan hukuki işlemin eksiksiz ve açık bir şekilde yapılmasını sağlar. Bir başka özelliği ise, resmi senetler adi senetlere göre, daha sağlam delil olma vasfına sahiptirler<sup>131</sup>.

Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun geçerliliği resmi şekle tâbi akitleri düzenlemekle birlikte, bu husustaki resmi senetleri düzenlemeye hangi makamın yetkili olacağını ve senedin nasıl düzenleneceği hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir<sup>132</sup>.

Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'da sayılan bu hukuki işlemler resmi şekilde yapılmadıkça hiçbir hüküm ifade etmezler. Yapılan hukuki işlem mutlak butlan ile batıl olur (BK m. 11)<sup>133</sup>.

18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun<sup>134</sup> 60. maddesi hükmü gereğince, resmi şekli düzenlemeye yetkili kılınan başlıca makam noterlerdir. Anılan madde uyarınca, herhangi bir kanunda farklı bir makam

<sup>127</sup> EREN s. 337; OĞUZMAN/ÖZ s. 114-115.

<sup>128</sup> OĞUZMAN/ÖZ s. 117; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 126; EREN s. 348; TUĞ s. 64.

<sup>129</sup> TUNÇOMAĞ s. 230; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 116; TUĞ s. 64.

<sup>130</sup> Bu bağlamda, bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için o hukuki işlemin resmi bir memur veya makam önünde usulüne uygun olarak yapılması zorunlu kılınmıştır.

<sup>131</sup> TUNÇOMAĞ s. 230; TUĞ s. 64.

<sup>132</sup> OĞUZMAN/ÖZ s. 117; TUNÇOMAĞ s. 230-231. TUĞ s. 64.

<sup>133</sup> TUĞ s. 65.

<sup>134</sup> RG. 5.2.1972, S. 14090.

öngörülmedikçe, resmi şekle tâbi işlemleri noterler düzenleyeceklerdir. Böylece hukukumuzda genel olarak resmi senet düzenleme yetkisi noterlere verilmiştir.

### B- ŞEKLİN NİTELİĞİ

Şekil ile ilgili tüm bu açıklamalardan sonra şunu saptayabiliriz, resmi şekilde düzenlenmiş olan işlemlerin tamamı ispat hukuku anlamında resmi senettir. Resmi şekilde düzenlenmesi zorunlu olan tüm hallerde şekil bir geçerlik şartıdır.

Resmi senedin mevcut olduğu bazı durumlarda geçerlik şekli, diğer bazı durumlarda ise ispat şekli söz konusudur. Ancak, resmi şeklin geçerlik şartı olduğu durumlarda da, resmi şekle tâbi işlem (resmi senet) ispat şartının sağladığı işlevi sağlamaktadır. O halde, resmi şeklin geçerlik şartı olduğu durumlarda resmi senet hem geçerlik şartını hem de ispat şartını gerçekleştirmektedir. Oysa, geçerlik şartı olmayan resmi şekil (senet) hallerinde resmîlik sadece ispat için gereklidir. Bu, herhangi bir şekilde, örneğin, adi yazılı şekilde sağlanırsa artık resmi şekle (senede) gerek kalmamaktadır. Ancak, daha güçlü bir delil elde etmek için resmi senet de düzenlenebilir.

Geçerlik şartı olarak resmi senet şeklinde yapılması gereken bir hukuki işlem, bu şekle uyularak yapılmamış ise geçersizdir; fakat, bu geçersiz şekil (senet), geçerlik şartına tâbi olmayan (ispat şartına tâbi olan) hususlar hakkında, (ispat şartı olan) bir resmi senet teşkil edebilir. Örneğin, gayrimenkul satış vaadi (düzenleme biçiminde değil) yalnız imza onaylaması biçiminde yapılırsa geçersizdir. Ancak, onaylama biçiminde yapılmış olan senette, alıcının satış bedelini aldığı yazılı ise, senet bu konuda (satış bedelinin alındığı konusunda) resmi senet teşkil eder<sup>135</sup>.

Sonuç olarak, usul hukukunda resmi senet kavramı (veya ispat şartı olarak senet kavramı), geçerlik şartı olan resmi senet kavramından daha geniştir. Zaten resmi senedin tanımını yaparken de belirteceğimiz üzere, resmi bir makamın katılımı ile düzenlenen senet resmi senettir. Resmi makamın katılımı düzenleme biçiminde olabileceği gibi sadece onaylama biçiminde de olabilir. Bu durum senedin resmi senet olmasını engellemez<sup>136</sup>.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu “mahkeme huzurunda ikrar olunan (adi) senetler resmi (senet) hükmündedir” şeklindeki m. 296, II hükmünün, sadece adi senedin ispat gücünü kastetmekte olup, mahkeme huzurunda ikrar

<sup>135</sup> KURU-Usul II s. 1461.

<sup>136</sup> Aynı görüş için bkz. ALANGOYA s. 225.

olunan adi senetler, senedi düzenleyen kişi bakımından adi senet olarak kalmakta devam ettiği yukarıda ifade edildi<sup>137</sup>. Bu hüküm de usul hukukunda resmi senedin sadece bir ispat aracı olduğunu gösterir. Çünkü, kanun imzası ikrar edilmiş adi senet ile resmi senet arasında, ispat gücü bakımından hiç bir fark olmadığını belirtmektedir<sup>138</sup>.

Kanun koyucu, bazı önemli işlemleri geçerlik şartı olarak resmi şekle tâbi tutarken, muhtemelen sadece resmi şeklin işlemin sağlıklı olarak yapılmasına yönelik faydalarını göz önüne almıştır. Ancak, bu işlemlerin resmi bir şekilde yapılmasının zorunlu kılınmasının kanımca en önemli faydalarından biri de, bu işlemlerin ispatının bir nevi güvenceye alınmış olmasıdır. Çünkü, geçerlik şartı olarak resmi şekle tâbi olup da bu şekle uyularak usulünce düzenlenmiş bir senedin ispatsızlık riski yok denecek kadar azdır.

---

<sup>137</sup> Bkz. yuk. §. 1, B, I.

<sup>138</sup> KURU-Usul II s. 1461.



# İKTİSADÎ AMAÇLA VAKIF KURULAMAMASI PRENSİBİ ve VAKFIN İKTİSADÎ İŞLETME İŞLETMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Murat Doğan\* - Arş.Gör. Şafak Narbay\*\**

## I. İKTİSADÎ AMAÇLA VAKIF KURULAMAMASI PRENSİBİ

### A) GENEL OLARAK

Bütün tüzel kişilikler belli bir amaca hizmet etmek üzere kurulur<sup>1</sup>. Bu amaç, tüzel kişiyi kuranlar tarafından tespit edilir. Hukuk düzeni ise tespit edilen amaca göre tüzel kişinin türünü belirler. Bir başka deyişle, hukuk düzeni hangi amacın hangi tüzel kişilik için öngörülebileceğini belirler. Buna göre, tüzel kişilik ya iktisadî bir amaç elde etmek, yani kazanç paylaşmak veya başka bir iktisadî menfaat sağlamak üzere kurulur ya da kuruculara iktisadî bir menfaat sağlamaksızın, onların şahsî çabalarıyla veya tahsis ettikleri mallarla eğitim, kültür, sağlık ve benzeri alanlarda, daha çok sosyal amaçlı hizmetler yapmak üzere kurulur. Birincisinde iktisadî bir amaç söz konusudur ki, hukuk düzeni bunun için ticaret şirketi olarak nitelenen tüzel kişilikleri öngörmüştür. İkincisinde ise ideal bir amaç söz konusudur. Bu durumda da hukuk düzeninin öngördüğü dernek veya vakıf tüzel kişiliklerinden birinin seçilmesi gerekir<sup>2</sup>.

---

\* Erzincan Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> DOĞANAY, Ü., Hükmi Şahıslar, İstanbul 1967, 43; HATEMİ, H., Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, 125 (Kişiler Hukuku); OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö., Kişiler Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 1993, 111; AKÜNAL, T., Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995, 10.

<sup>2</sup> PAVEL, U., Laenderbericht "Schweiz", in: Stiftungen in Europa Eine Vergleichende Übersicht, Baden-Baden 1971, 95-96; ÖZSUNAY, E., Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul 1982, 36; HATEMİ, Kişiler Hukuku, 126; AKÜNAL, 10; OĞUZMAN/SELİÇİ, Kişiler Hukuku, 116; TUNÇOMAÇ, K., İşletme Hukuku, C.1, İstanbul 1970, 91-92.

## B) DERNEKLERİN İKTİSADİ AMAÇLA KURULAMAMASI

Derneklerin iktisadî amaçla kurulamayacağı Medenî Kanununun 52 ve 53. maddelerinde ve Dernekler Kanununun 1. maddesinde açıkça öngörülmüştür. Medenî Kanununun 52. maddesinin 2. fıkrası, “İktisadî bir gaye takip eden cemiyetler, şirketler hakkındaki hükümlere tabidir” hükmünü taşıırken, 53. maddesinin 1. fıkrası da, “Siyasî, dinî, ilmî, bedîî, hayrî cemiyetler ile eğlence ve idman cemiyetleri ve asıl gayesi iktisadî olmıyan diğer cemiyetler, nizamnamelerinde cemiyet olarak teşekkül arzusunu izhar etmekle şahsiyet iktisabederler” hükmüne yer vermiştir. Bu hükümlerle iktisadî gaye takip eden dernek kurulamayacağı, kurulsu bile bunun derneklere ilişkin hükümlere değil, ticaret şirketlerine ilişkin hükümlere tabi olacağı belirlenmiş olmaktadır. Derneklerin iktisadî amaçla kurulamayacağı, ancak kazanç paylaşma amacı dışında amaçlarla kurulabileceği Dernekler Kanununun 1. maddesinde de açıkça belirtilmiştir<sup>3</sup>. Buna göre, “Bu Kanunun amacı, kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir gayeyi gerçekleştirmek üzere en az yedi gerçek kişinin bilgi ve çalışmalarının sürekli olarak birleştirmeleri suretiyle oluşturdukları derneklerle ilgili esasları düzenlemektir”. Görüldüğü gibi, bu düzenlemeler karşısında dernekler bakımından ideal amaçla kurulma bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

## C) İKTİSADİ AMAÇLA VAKIF KURULAMAMASI

Vakıfların iktisadî amaçla kurulamayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, vakfın ideal amaçla kurulmasının zorunlu olup olmadığı, iktisadî amaç taşıyan vakıfların kurulup kurulamayacağı tartışmalarını doğurmuştur.

### 1. Vakıf Bakımından İktisadî Amacın Yasaklığı

İktisadî amaç, kazanç elde etmeyi, ekonomik menfaat teminini ve bu yolla mal varlığının aktifini arttırmayı veya meydana gelecek bir eksilmeyi önlemeyi ifade eder<sup>4</sup>. Bu amaçla kurulan ticaret şirketleri, iktisadî faaliyetler

<sup>3</sup> Tandoğan, Medenî Kanununun 52 ve 53. maddelerinde dernekler bakımından zikredilen iktisadî gaye gütmeme deyiminin Dernekler Kanununun 1. maddesinde yer alan “kazanç paylaşma amacı olmama” şeklinde değiştirilmeyerek muhafaza edilmesi ve bunun yorumunun doktrine ve mahkeme içtihatlarına bırakılmasının daha uygun olacağı kanaatinde- dir, **TANDOĞAN, H.**, Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısının Tüzel Kişilere İlişkin Hükümleri Üzerine Görüşler, AÜHFD. 1973, C.30, S.1-4, 125.

<sup>4</sup> **DOĞANAY**, 43-44; **EGGER, A.**, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, İkinci Kısım Tüzel Kişiler, (çev.: **V. ÇERNİŞ**), Ankara 1948, 75; **TUNÇOMAĞ, K.**, Dernek ve Şirketleri Birbirinden Ayırmada Gayenin Önemi, 2. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1962, 206-207 (Gaye); **GÜNERİ, H.**, Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, 43, dn.47; **krş. RIEMER, H., M.**,

neticesi elde ettikleri kazancı ortaklarına dağıtarak, onların mal varlığının aktifini çoğaltırlar veya onların meslek veya geçimleriyle ilgili başka iktisadî menfaatler sağlarlar veya diğer ihtiyaçlarını giderirler. Vakıfta ise ortak unsuru olmayıp kurucu, yönetici ve faydalananlar bulunmaktadır. Bunlardan kurucunun kendine iktisadî menfaat temin üzere vakıf kurması söz konusu olamaz<sup>5</sup>. Bu tür vakıf Türk hukukunda kurulması mümkün olmayan tek şahıslı ticaret şirketini hileli yoldan kurmak anlamına gelir<sup>6</sup>. Medenî Kanunun 74. maddesinde bu hususu yasaklayan bir düzenlemenin bulunma-

---

Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch des Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, 3. Teilband, Die Stiftungen, Bern 1981, 243 N.392 vd.; Akipek/Akıntürk, bu tanımlı iktisadî amacın ve kazanç paylaşma amacının geniş yorumu olarak ele almakta ve her iki kavramında dar anlamda, sadece üyelerin mal varlıklarına parayla ölçülebilen bir kazancın bilfiil girmesini sağlamayı ifade edeceğini kabul etmektedirler. Bkz. **AKİPEK G., J/AKINTÜRK, T.**, Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, 3. Bası, Ankara 1998, 514-517. İktisadî amaç ve kazanç paylaşma amacı ayrımı özellikle dernekler bakımından önem arz etmektedir. Medenî Kanunun 52. maddesinde asıl gayesi iktisadî olan dernekler kurulamayacağı öngörülmüşken, daha sonra yürürlüğe girmiş olan Dernekler Kanununun 1. maddesinde kazanç paylaşma amacıyla dernek kurulamayacağı öngörülmüştür. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin kararları ve İsviçre doktrininde ileri sürülen görüşler için bkz. **ANSAY, T.**, Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara 1967, 37 vd. Bu konuda Türk hukukundaki görüşler için bkz. **ANSAY, 57** vd. Dernekler bakımından, üyelerine doğrudan doğruya maddî menfaat sağlamak anlamında olmak üzere kazanç paylaşma amacıyla kurulma yasağı olduğu, buna karşılık üyelerine dolaylı olarak maddî menfaatler sağlamak üzere dernek kurulabilmesi gerektiği yönünde bkz., **ANSAY, 76-77.**; Derneklerin ticaret şirketlerinden ayrılmasında Dernekler Kanununda yer alan kazanç paylaşma kistası yerine Medenî Kanunda öngörülen iktisadî gaye ölçüsünün esas alınması gerektiği yönünde bkz. **TUNÇOMAĞ, Gaye, 214.**; Doktrinde genel olarak özel hukuk tüzel kişileri izledikleri amaca göre kazanç paylaşma amacı taşıyan tüzel kişiler ve kazanç paylaşma amacı taşımayan tüzel kişiler olarak sınıflandırılmakta; birinci grup içinde ticaret şirketleri yer alırken, ikinci grupta dernekler, sendikalar ve vakıflar yer almaktadır. Bu sınıflandırmalar için bkz., **ÖZSUNAY, 35** vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, Kişiler Hukuku, 116; **AKÜNAL, 8**; **SEROZAN, R.**, Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, 27-28; **ÖZTAN, B.**, Tüzel Kişiler, 2. Bası, Ankara 1998, 13-14; **ZEVKLİLER, A.**, Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995, 540.

<sup>5</sup> **STAUNDİNGER, J./RAWERT, P.**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 21-103), 13. Auflage, Berlin 1995, 374 N.9; **HATEMİ, H.**, Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1968, 299-300, 340 (Vakıf Kurma); **AKYILDIZ, A.**, Vakfın Kuruluşunda "Amaç" ve "Mal Varlığı" Denetimi ile "Vakıflarda Dernekleşme Eğilimi" Problemi, Vakıflar Dergisi 1997, S.26, 414; **DOĞAN, M.**, Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara 2000, 24; **PAVEL, 67-68**; **DOĞANAY, 91**; **İŞERİ, A.**, Türkiye'de Medenî Kanununa Göre Kurulmuş Olan Vakıflar ve Sorunları, İstanbul, 1975, 81(Sorunlar).

<sup>6</sup> Aynı yönde bkz., **İŞERİ**, Sorunlar, 81. Aksi yönde BGE 53 I 440; 55 I 373; 71 I 268.

ması da buna imkan sağlandığı manasına gelmez<sup>7</sup>. Vakfeden, tahsis ettiği mallardan iktisadî menfaat temin etmek istiyorsa bunu vakıf kurarak değil, yatırım araçlarından yararlanarak veya bir ticaret şirketi kurarak yapmalıdır<sup>8</sup>. Bu bakımdan, kurucusu ile faydalananları aynı olan bir vakfın kurulması kabul edilemez. Böyle bir vakfın kuruluşuna imkan tanınması vakıf olarak adlandırılan yeni bir şirket türünün ortaya çıkmasına sebep olur<sup>9</sup>. Vakfın yöneticileri ise vakfın işleyişini sağlayan kişiler olup, onların da vakfa tahsis edilen malın gelirini paylaşmaları söz konusu olamaz. Yöneticiler, ancak yaptıkları iş karşılığı belli bir ücret alabilirler. Faydalananlar ise genellikle ismen belirlenmiş kimseler ve hatta beşerî varlıklar olmayıp, çoğunlukla, vakıf senedinde öngörülmüş belirli şartları taşıyan veya belli bir yerde oturan kimselerden oluşur. Örneğin, Erzincan Hukuk Fakültesinde okuyan öğrenciler veya Erzincan ilindeki kimsesiz çocuklar gibi. Bunların bir şirket ortaklarının sahip oldukları gibi hisseleri olmadığından kazanç paylaşmaları da söz konusu değildir<sup>10</sup>. Faydalananlar, vakfın faaliyetlerinden vakfın amacına uygun düştüğü ölçüde yararlanacak kişilerdir. Bunun dışında, kâr beklentileri veya başka bir kazanç elde etmeleri bahis konusu değildir.

Netice olarak, kanaatimizce vakıfta iktisadî amaç güdülmesi veya iktisadî amaç taşıyan bir vakfın kurulması mümkün değildir<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> AKYILDIZ, 414; DOĞAN, 24; krş. OCAK, N., Vakıf Çeşitleri ve Ticarî İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sıfatı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C.5, S.1-2, 247.

<sup>8</sup> Aynı yönde SAECKER F., J./REUTER, D., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 3. Auflage, München 1993, 670 N.12

<sup>9</sup> Bu konuda bkz. SAECKER/REUTER, 670 N.12; KARAYALÇIN, Y., Ticaret Hukuku Dersleri, C.II, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973, 47 (Şirketler Hukuku); HATEMİ, Vakıf Kurma, 298-300 ve dn.9; GÜNERİ, Amaç, 44; İŞERİ, Sorunlar, 81; OCAK, 247.

<sup>10</sup> HATEMİ, Vakıf Kurma, 300-301. Aksi görüş için bkz. GÜNERİ, Amaç, 46.

<sup>11</sup> RIEMER, 255 N.403 vd.; SAECKER/REUTER, 670 N.12; HATEMİ, Vakıf Kurma, 299-300; AKYILDIZ, 414; DOĞAN, 25; BAYRAKERİ, F., Uygulamada Ortaya Çıkan ve Çıkabilecek Sorunlar Açısından, Medenî Kanuna Tâbi Vakıfların Kuruluş İşleyiş ve Gelişimindeki Aksaklık ve Zorluklar ile Bunların Giderilmesi İçin Alınması Gerekli Hukukî, İdarî, Ekonomik ve Mali Tedbirler, Türkiye'de Medenî Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, İstanbul 1975, 306; HATEMİ, Kişiler Hukuku, 148; HATEMİ, H., Vakıf Kurumu Nedir, Nasıl Olmalıdır, Milliyet Gazetesi 24.4.1975, 2 (Vakıf Kurumu); İŞERİ, Sorunlar, 81; SEROZAN, 91; BİRSEL, M. T., Ticarî İşletme Hukuku, C.I, İzmir 1970, 130.; Aksi görüş için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, 512,639; DOĞANAY, 7; AKÜNAL, T./TEZEL, A., Medenî Kanuna Tâbi Vakıfların Kuruluş İşleyiş ve Gelişimindeki Aksaklık ve Zorluklar, Türkiye'de Medenî Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, İstanbul 1975, 192; GÜNERİ, Amaç, 43; ŞANVER, S., Vakıfların Vergilendirilmesi, EİTİAD. 1968, C.4, S.2, 2; ZEVKLİLER, 622.;



## 2. Vakfın Amacına Ulaşmak İçin İktisadî İşletme İşletmesi

Vakıf iktisadî amaç taşıyamamakla beraber, bir vakfın amacına ulaşmak için gelir elde etmek üzere iktisadî işletme işletmesine engel bir düzenleme de bulunmamaktadır<sup>12</sup>. Bu itibarla, bir vakıf amacına ulaşmak için ihtiyaç duyduğu geliri iktisadî bir işletme işleterek elde edebilir<sup>13</sup>. Hatta bir vakfa

---

Soergel/Schultze=v. Lasaulx, vakfın amacını gerçekleştirmek için gelirlerinden yararlanmak üzere bir iktisadî işletme işletmesi gibi, amacının sadece bir iktisadî işletmeyi işletmek olmasının da mümkün olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. **SOERGEL B./SCHULTZE=v. LASAULX**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 10. Auflage, Stuttgart 1967, 377 N.43.; Benzcr görüş için **EBERSBACH**, Handbuch des Deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972, 33-34; Akipek/Akıntürk ise, vakıfların esas itibarıyla ideal amaçlı olan tüzel kişilikler olduğunu, fakat mevzuatta iktisadî amaçla kurulmalarını engelleyen bir hüküm olmadığı gibi mahiyetlerinin de buna engel teşkil etmeyeceğini ileri sürmektedirler, **AKİPEK/AKINTÜRK**, 512; İşeri, iktisadî gayeli vakıf kurulabileceğini ileri sürmekle birlikte, açıklamalarından bununla amacına ulaşmak için iktisadî işletme işleten vakıfları kastettiği anlaşılmaktadır. İşeri'ye göre, vakıf iktisadî gayele kurulabilir, ancak, bu iktisadî gayeyi bir kimsenin sahip olduğu ticari işletmesini, kuracağı vakfa tahsis ederek, kendisini veya Medenî Kanunun 322. maddesindeki şartları dikkate almaksızın, aile fertlerini bu vakıftan yararlanan gösterip, ticarî işletmenin gelirlerinin kendisine veya aile fertlerine ödenebileceği anlamında kabul etmek mümkün değildir, bkz., **İŞERİ**, Sorunlar, 81.; Arkan da, ekonomik bir amacı gerçekleştirmek ve bu arada ticari işletme işletmek amacıyla vakıf kurulup kurulamayacağını tartışmalı olduğunu belirttiikten sonra, Medenî Kanun'da bir vakfın kurulamayacağı yasak amaçlar içerisinde ekonomik amacın yer almış olması karşısında, amacı ticari işletme işletmek olan vakıfların da kurulabileceğinin kabul edilmekte olduğunu ifade etmektedir, **ARKAN, S.**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Ankara, 1999/X, 117, dn.1; Aynı yönde **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, 46-47; **MERZ**, Einleitendes Votum Professor Merz zum "Projet de loi turque concernant les fondations nouvelles", Sammelband der Beitrage zur Dritten Türkisch-Schweizerischen Juristischen Woche, Ankara 1966, 66.

<sup>12</sup> **HATEMİ**, Vakıf Kurma, 299; **SAECKER/REUTER**, 648 N.25; **VURAL, G.**, Amerika Birleşik Devletlerinde Vakıfların Ticari İşletme İşletmeleri, **ALTİAD**, 1973, C.5, S.1, 191; **BİRSEL**, 130; **BAYRAKERİ**, 306; **İŞERİ**, Sorunlar, 81; **MERZ**, Einleitendes, 66; **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, 46. Karayalçın, aynı hususu dernekler bakımından da zikretmektedir, **KARAYALÇIN**, Kamuya Faydalı Müesseseler (Menafii Umumiyye Hadim Müesseseler), Ankara 1946, 25 dn.51 (Müesseseler); krş. **SAECKER/REUTER**, 638 N.6.

<sup>13</sup> **SAECKER/REUTER**, 648 N.25, 670 N.12; **RIEMER**, 251-252 N.399; **GÜNERİ**, Amaç, 47; **BAYRAKERİ**, 306; **İŞERİ**, Sorunlar, 81; **MERZ**, Einleitendes, 66; **HENNERKES, B. H./BİNZ, M. K./SORG, M. H.**, Die Stiftung als Rechtsform für Familienunternehmen (I), DB. 1986, Heft 43 vom 24.10.1986, 2219-2220.; Riemer, amaçları araştırma projelerinin finansmanını sağlamak olan iki vakıftan iktisadî işletme işleterek onun gelirleriyle veya ortak olduğu bir ticaret şirketinde hisselerine düşen kâr payıyla amaçlarını gerçekleştirmeye çalışan vakıf ile, alışılmış şekilde tahsis edilmiş bir sermayenin (bir miktar paranın) geliriyle amaçlarını gerçekleştirmeye çalışan vakıf arasında ne fark olduğunu sorarak, amacını gerçekleştirmek için iktisadî işletme işletmenin

daha kuruluş aşamasında iktisadî bir işletmenin tahsis edilmesi de mümkündür (MK. m.73/II). Vakfın bu şekilde bir işletmeye sahip olması, onun iktisadî amaç güttüğünü göstermez<sup>14</sup>. Çünkü, işletme ve ondan kazanç elde etme vakfın amacı değil, amacına ulaşmakta kullandığı bir araçtır. Bunun dışında bir ihtimal olarak, vakfın bir iktisadî işletmeyi işletme amacıyla kurulması vakfın mahiyetine aykırı bir durumdur<sup>15</sup>. Böyle bir işletme işletilmesi, ancak tali, ideal amaçlara tâbi nitelikli olarak tayin edilebilir<sup>16</sup>. Zira, vakfı ticaret şirketlerinden ayıran en önemli unsur amacıdır. Ticaret şirketleri ideal amaçlarla kurulamayacağı gibi vakıf da iktisadî amaçlarla kurulamaz. Vakfın iktisadî amaçla kurulmasını açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmamasıyla beraber vakıf müessesesinin mahiyeti bu yasağın kabulünü gerektir-

---

ideal amacı iktisadî amaca dönüştürmeyeceğini vurgulamaktadır, **RIEMER**, 251-252 N.399.; Dernekler bakımından aynı yönde **TUNÇOMAĞ**, Gaye, 218-220.

14 **HATEMİ**, Vakıf Kurma, 299; **İŞERİ**, Sorunlar, 81; **KARAYALÇIN**, Müessesc, 25 dn.51; **BAYRAKERİ**, 306.

15 **MERZ**, Einleitendes, 66; **AKYILDIZ**, 414; **DOĞAN**, 70.; Aküna/Tezel, amacına ulaşmak için iktisadî işletme işletmek ile iktisadî işletme işletmeyi amaç edinmenin aynı şeyler olmadığını belirttikten sonra, bir iktisadî işletme işletmenin amaç olarak tayin edilip edilemeyeceğini sormakta ve Medenî Kanununun 74. maddesinin 2. fıkrasında yasaklanmamasından hareketle bunun mümkün olduğu sonucuna varmaktadırlar, **AKÜNAL/TEZEL**, 192; Bunun dışında, vakfın iktisadî gayeyle kurulabileceğini savunanlar, iktisadî işletme işletmenin vakfın amacı haline getirilmesinin, bu iktisadî işletmenin bölünüp parçalanmasını da önleyeceğini ileri sürmektedirler, bkz., **GÜNERİ**, Amaç, 46; **KARAYALÇIN, Y.**, Ticaret Hukuku Dersleri, C.I, Giriş-Ticari İşletme, 2. Baskı, Ankara 1960, 135 dn.21 (Ticari İşletme); **MESTMAECKER, E. J./REUTER, D.**, Laenderbericht "Deutschland", in: Stiftungen in Europa Eine Vergleichende Übersicht, Baden-Baden 1971, 126; **MEDİCUS, D.**, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Auflage, Heidelberg 1985, 416 N.1170 vd.; **AKÜNAL/TEZEL**, 182. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bir limited şirketin, kurucusunun ölümünden sonra muhafazası amacıyla bir vakfın kurulabileceğine ve şirketin vakfın yararlananı olarak tayin edilebileceğine karar vermiştir. Bkz. BGE 75 II 81; **RIEMER**, 246 N.396.; 903 sayılı Kanunun hazırlık aşamasında oluşturulan Millet Meclisi Geçici Komisyonunun raporunda da aynı hususa değinilmesi vakfın iktisadî gayeyle kurulabileceğine delil olarak gösterilmektedir. Vakfın iktisadî işletme işletmesinin, onun bölünmesini önleyeceği doğru olmakla beraber bunun vakıf bakımından tek amaç olarak öngörülmesinin vakfın mahiyetine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Ancak iktisadî amaç dışında amaçlarla kurulmuş bir vakfa iktisadî işletmenin tahsis edilmesi kabul edilebilir. Aksi halde, iktisadî bir işletme bölünmesini gerekçesiyle vakıf adı altında yeni bir şirket türü meydana getirilmiş olur. Alman Federal Adalet Bakanlığının oluşturduğu çalışma komisyonu tarafından hazırlanan 1976 tarihli raporda da, iktisadî işletme amacıyla vakıf kurulması vakıf müessesesinden sapma olarak değerlendirilerek, bu tür vakıflara onay verilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz., **SEİFART, W.**, Kein Bundesstiftungsgesetz, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZPR) 1978, Heft 6, 144.

16 **MERZ**, Einleitendes, 66; **AKYILDIZ**, 414.; Ayrıca bkz., BGE 75 II 81; **RIEMER**, 246 N.396.; Dernekler bakımından aynı yönde **TUNÇOMAĞ**, Gaye, 218-220.

mektedir<sup>17</sup>. Vakfın iktisadî bir işletme işletmesi söz konusu olmaksızın, iktisadî amaçla kurulması da aynı şekilde mahiyetine aykırılığı sebebiyle mümkün değildir<sup>18</sup>.

Derneklerin iktisadî amaç ile kurulamayacağı Medenî Kanun ve Dernekler Kanununda açıkça belirtildiği halde, amacına ulaşması için iktisadî işletme işletebileceği de Medenî Kanunun 54. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüştür<sup>19</sup>. Bu düzenleme, dernekler ve vakıfların amaçlarına ulaşmak üzere iktisadî işletme işletmelerinin iktisadî amaç olarak nitelenemeyeceğini göstermektedir. Alman ve İsviçre Hukuklarında örneği bulunan şirket işleten ve/veya yöneten vakıflarda da çoğunlukla, tek amaç şirketin işletilmesi ve bu yolla kazanç paylaşılması değildir<sup>20</sup>. Bunlar, daha çok vakfın diğer amaçlarına işletmenin geliri ile ulaşmak üzere bu iktisadî işletmeye sahip olmaktadır<sup>21</sup>.

## II. VAKFA BİR İKTİSADÎ İŞLETMENİN TAHSİSİ

Medenî Kanunun 73. maddesine 13.7.1967 tarihli 903 sayılı Kanunla<sup>22</sup> eklenen 2. fıkarda, "bir mamelekin bütünü"nü de vakfedilebileceği öngörülmüştür<sup>23</sup>. Mamelek veya bugünkü kullanımıyla mal varlığı kavramı, bir kimsenin sahip olduğu parayla ölçülebilen mal, hak ve borçların<sup>24</sup> tamamını ifade eder<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> **RIEMER**, 255 N.403 vd.; **MERZ**, Bemerkungen zum "Projet de loi turque concernant les fondations nouvelles" und zum Begleitbericht von Professor Haluk **TANDOĞAN**, Sammelband der Beiträge zur Dritten Türkisch-Schweizerischen Juristischen Woche, Ankara 1966, 46-48; **BİRSEL**, 128, 130.

<sup>18</sup> **RIEMER**, 261 N.416.

<sup>19</sup> **KARAYALÇIN**, Müesseseler, 25, dn.51; **HATEMİ**, Vakıf Kurma, 299; **KÖPRÜLÜ, B.**, Medenî Hukuk, Genel Prensipler- Kişiler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, 457; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, Kişiler Hukuku, 157; **ÖZSUNAY**, 106; **AKÜNAL**, 56.

<sup>20</sup> **RIEMER**, 247 N.398 vd.; **GÜNERİ**, Amaç, 48-49.

<sup>21</sup> Bu konuda örnekler için bkz., **RIEMER**, 248-251; **HENNERKES/BİNZ/SORG**, 2220; **GÜNERİ**, Amaç, 48-49.

<sup>22</sup> RG. 24.7.1967, S.12655.

<sup>23</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 1998 tarihli Türk Medenî Kanunu Öntasarısında 'mamelek' yerine 'malvarlığı' kavramı kullanılmıştır (m.101/II).

<sup>24</sup> Borçların mameleke dahil olup olmadığı tartışmaları için bkz. **AYİTER, N.**, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968, 95-96. Ayiter'in de belirttiği gibi, bu tartışmalar çoğu zaman teorik planda kalmakta, pratikte borçlar mamelek içinde değerlendirilmektedir.

<sup>25</sup> **ÜNAL, Ş.**, Şekli Eşya Hukuku (Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili), 2. Baskı, Ankara 1994, 6; Ayiter'e göre mamelek de bir hukuk varlığıdır. Çünkü bu varlık edinilen hakların ve giri-

Mamelek kavramının mal ve haklar ilaveten borçları da kapsamı, vakfa, içinde borçların da yer aldığı bir mamelekin bütün olarak<sup>26</sup> tahsis edilip edilemeyeceği tereddüdünü uyandırmaktadır<sup>27</sup>. Burada önemli olan husus, tahsis edilen mamelekin aktif ve pasifi hesaplanarak net aktif değerler tespit edilmeden önce tescilin yapılmamasıdır. Böylece, vakıf bir şahsın mamelekinin tasfiyecisi haline gelmemiş olur. Ancak, tescilden önce en azından net mameleki tespit için bir hesaplama yapılması şarttır<sup>28</sup>. Bunun için, tescil için başvurulması halinde hakim tahsis edilen mameleke bir kayyım tayin ederek net mamelekin bulunması için borçların tasfiyesini sağlayabilir<sup>29</sup>. Bu hesaplama, sağlıklı yapılan tahsislerde farazî, yani kağıt üzerinde yapılarak gerçekleştirilir.

Bu tasfiye veya hesaplama neticesi mamelekin aktif bakiyesinin vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli olmadığı ortaya çıkarsa vakfın tesciline karar verilmemelidir<sup>30</sup>.

Bir mamelek gibi bütün bir işletme de bir vakıf kurmak üzere tahsis edilebilir. İşletme, mal, hak ve borçlardan oluşan bir bütünlük arz eder. Ancak, işletmenin mamelekten farkı, kapsamına mal varlığı hakkı sayılmayan, ama başlı başına bir değer ifade eden unsurların da dahil olmasında kendini gösterir. Tahsis bunların hepsini kapsayabileceği gibi bazı unsurların dışarıda tutulması suretiyle de yapılması mümkündür. Ancak, bir işletmenin tahsisinden söz edebilmek için, en azından o işletmenin bağımsız olarak çalışabilmesi için gerekli olan unsurların tahsis edilmiş olması şarttır<sup>31</sup>. İşletmenin tahsisi halinde, borçlar tasfiye edilmemişse, borçlar ödendikten sonra kalacak aktif değerın vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli olup olmayacağı

---

şilen borçların toplamı yahut yığındır, **AYİTER**, 7-8. Ayrıca mamelekin unsurları için bkz. **AYİTER**, 93 vd.

- 26 Mamelekin hukukî mahiyeti hakkındaki görüşler için bkz. **AYİTER**, 20 vd. Ayiter'e göre mamelek bir tüm olarak telâkki edilemez, bilakis kanun koyucunun bütün unsurlarını her vesile ile ayrı ayrı muamelelere tâbi tuttuğu bir yığındır, **AYİTER**, 27.
- 27 Bu konudaki tartışmalar için bkz., **HATEMİ**, Vakıf Kurma, 303; **DOĞAN**, 67; **İŞERİ**, Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968, 66 (VAKIF); **ÖZSUNAY**, 397.
- 28 **HATEMİ**, Vakıf Kurma, 304; **İŞERİ**, Vakıf, 67.
- 29 Hatemi aynı çözümü, bir terekenin bütününün tahsisiyle vakıf kurulması hali için ileri sürmektedir, **HATEMİ**, Vakıf Kurma, 304.
- 30 **HATEMİ**, Vakıf Kurma, 303-304; **İŞERİ**, Vakıf, 67; **DOĞAN**, 70.
- 31 Krş., **AYİTER**, 48-49.

incelenmeli ve yeterli olacağıın anlaşılması halinde tescile karar verilmelidir<sup>32</sup>.

Bir iktisadî işletme, sadece sahibinin ölümünden sonra vakıf eliyle işletilmesi sağlanmak üzere vakfa tahsis edilemez. Diğer bir deyişle, tek amacı bir işletmeyi işletmek olan bir vakıf kurulamaz<sup>33</sup>. Böyle bir amaçla kurulmak istenen vakıf, vakıf müessesesinin ideal amaç taşımamasını gerektiren mahiyetine aykırıdır<sup>34</sup>. Ancak, işletme sahibi, ölümünden sonra kurulacak bir vakıfla hem işletmesinin idaresini hem de bunun geliriyle, belirleyeceği amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterilmesini sağlamak üzere bir vakıf kurabilir<sup>35</sup>. Ancak burada, Şanver'in<sup>36</sup> iddia ettiğinin aksine, vakıf tüzel kişiliği ve hukuki şekliyle iktisadî faaliyetlerin yürütülmesine imkan tanıyan bir durum söz konusu değildir. Asıl gaye, vakfın amacı doğrultusunda faaliyet göstermesi olup, tahsis edilen iktisadî işletme, gelirleriyle vakfın amacına ulaşmayı sağlayacak bir vasıtaadır.

Gelir elde etmek için iktisadî işletme işleten vakıfların amaçlarının çok dışında olan ticarî ve hatta sınaî faaliyetlerde bulunmasının sakıncalı olduğu yönündeki eleştiriler haklı olmakla beraber<sup>37</sup>, iktisadî işletme işletmek, vakfın salt amacı haline gelmeyi sağladığı gelirlerle vakfın amacının gerçekleştirilmesinde faydalanılan bir kaynak konumunda kaldığı sürece, vakıf müessesesine aykırı addedilmemelidir<sup>38</sup>. Bu durumun anlaşılmasında Karayalçın'ın yaptığı tespitten yararlanmak faydalı olacaktır: Karayalçın, vakfı geniş anlamıyla tüzel kişiliği olan bir işletme olarak niteledikten sonra, vakfın amacına uygun olarak hizmet üreten bu işletmede hizmet bölümüyle kaynak bölümünü açıkça birbirinden ayırmak gerektiğini ileri sürmektedir. Fonksiyon ayrılığı bulunan bu iki bölümden kaynak bölümü, vakfedenin

32 İŞERİ, Vakıf, 67.

33 Bkz. yukarıda I, C, 1.

34 SAECKER/REUTER, 670 N.12; RIEMER, 255 N.403; AKYILDIZ, 414; BAYRAKERİ, 306; HATEMİ, Vakıf Kurma, 299-300; HATEMİ, Kişiler Hukuku, 148; İŞERİ, Sorunlar, 81; SEROZAN, 91; OCAK, 247. Aksi görüş için bkz. AKÜNAL/TEZEL, 192; GÜNERİ, Amaç, 43; ŞANVER, 2; ZEVKLİLER, 622; SOERGEL/SCHULTZE=V. LASAULX, 337 N.43; DOĞANAY, 7.

35 903 sayılı Kanunun hazırlık safhasında oluşturulan Millet Meclisi Geçici Komisyonunun raporunda ticarî ve sınaî işletmelerin miras kuralları karşısında bölünüp parçalanmasını önlemek için vakıf şekline dönüştürülebilmelerine imkân tanındığı belirtilmiştir, bkz., İŞERİ, Vakıf, 290.; Bu konuda ayrıca bkz. AKÜNAL, 115.

36 ŞANVER, 2. Benzer görüş için bkz. GÜNERİ, Amaç, 42 vd.; Krş., SOERGEL/SCHULTZE=V. LASAULX, 337 N.43.

37 ŞENER, H., Vakıflar Üzerine ( Mali Bir Yaklaşım), Maliye Dergisi 1978, S.31, 45.

38 Aynı yönde bkz. SAECKER/REUTER, 648 N.25.

amaca tahsis ettiği malların ve diğer gelir kaynaklarının yönetiminden sorumlu olup, vakfeden amaca menkul kıymet, taşınmaz mal veya ticarî işletme tahsis etmişse, bu varlığın işleterek elde edilen gelirleri amaç için kullanılmak üzere vakıf senedi hükümlerine göre, hizmet bölümüne vermesi gerekecektir. Hizmet bölümü ise, kaynak bölümünden aktarılan bu gelirleri vakıf amacına uygun olarak kullanmakla sorumlu olacaktır<sup>39</sup>. Uygulamada bu kadar kesin hatlarla belirlenmiş bir görev dağılımı yapılmazsa da, vakfın hizmetlerini sağlayacak gelir temin eden ayrı bir bölüm bulunduğunu varsaymak, vakfa gelir sağlayacak kaynakların vakıf müessesesiyle bağdaşıp bağdaşmadığını tespit bakımından önemlidir. Bu itibarla, vakfın amacı haline gelmemiş, vakfa gelir sağlayan bir iktisadî işletme de bu manada vakfın kaynak bölümünde yer alan bir unsur olarak değerlendirilmelidir.

Özellikle mirasın taksimi sebebiyle büyük iktisadî işletmelerin parçalanarak güçlerini kaybetmesi, bu şekilde bir vakıf kurmak ve onun eliyle işletmeyi idare etmek suretiyle önlenebilir<sup>40</sup>. Bunun için iktisadî işletmenin mahiyetinin tahsise elverişli olması şarttır. Örneğin, çok ortaklı bir anonim şirketin ortaklarından birinin ölümü sebebiyle tümüyle bir vakfa tahsisi söz konusu olamaz. Ama, ölen ortak şirketteki hisselerini bir vakfa tahsis edebilir<sup>41</sup>. Buna rağmen, 1970 yılında kurulan Türkiye Yüksek Teknik Öğrenim Vakfına, Işık Tedrisat Anonim Şirketi hak, mal ve borçlarıyla bir bütün olarak devredilmiş, amaç olarak ise Işık Mühendislik ve Mimarlık Yüksek Okulunun aynı isim altında devamını temin etmek, yüksek ve çağdaş medenîyet seviyesinde meslekî ve teknik öğrenim yapmak, öğrencilerini Türk millî eğitiminin temel ilkelerine bağlı olarak yetiştirmek, onlara memleket kalkınması, millî beraberlik şuur ve sevgisinin gerçekleşmesi için imkânlar hazırlamak şeklinde belirlenmiştir<sup>42</sup>. Burada, her ne kadar ideal bir amacı gerçekleştirmek için iktisadî bir işletme tahsis edilmekte ise de, anonim şir-

<sup>39</sup> **KARAYALÇIN, Y.**, Vakıflarda Denetim Giderlerine Katılma ve Bu Konuda Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 30.11.1976, Danıştay XII. Dairesinin 27.11.1975 Tarihli Kararları, *BATİDER*, 1979, C.10, S.2, 490-491 (Denetim).

<sup>40</sup> **AKÜNAL/TEZEL**, 182; **GÜNERİ**, Amaç, 46-47; **KARAYALÇIN**, Ticarî İşletme, 135 dn.21; **MEDİCUS**, 416 N.1170 vd.; **MESTMAECKER/REUTER**, 126; **İŞERİ**, Sorunlar, 81. Akünal/Tezel, ticarî ve sınaî işletmenin vakıf haline dönüştürülerek miras hukuku kuralları karşısında parçalanıp, dağılmaktan kurtarılmasının vakıf müessesesine yabancı olmakla beraber sadece Türk hukukunda rastlanan bir uygulama olmadığını belirtmektedirler, **AKÜNAL/TEZEL**, 182.; Ayrıca bkz., *BGE* 75 II 81; **RIEMER**, 246 N.396.

<sup>41</sup> **DOĞAN**, 181.

<sup>42</sup> **İŞERİ**, Sorunlar, 120 N.137. Diğer örnekler için **İŞERİ**, Sorunlar, 151 N.258, 152 N.261, 262.

ketin bütün hisselerinin vakfa devri, çok ortaklı şirketin hukuk sistemimizin kabul etmediği tek şahıs şirketi haline dönüşmesi anlamına gelir<sup>43</sup>. Bu itibarla, söz konusu tahsis işletmenin mahiyetine uygun değildir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, bir komandit şirketin borçlarıyla birlikte bir bütün olarak vakfa tahsisini kabul etmemiştir<sup>44</sup>.

Vakfa ticarî işletme türünde bir iktisadî işletme tahsis edilmişse, vakfın işletmeye ait hangi değerlere sahip olabileceğinin belirlenmesi gerekir<sup>45</sup>. Bir ticarî işletmenin sahip olabileceği değerler Ticaret Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasında sınırlayıcı olmamak üzere sayılmıştır<sup>46</sup>. Buna göre, "Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm olmadıkça ticarî işletmeye dahil sayılır". Bir vakfa bir ticarî işletme tahsis edilmişse, aksi vakıf senedinde öngörülmedikçe, söz konusu

43 Diğer taraftan bir anonim ortaklığın bu şekilde bütün hisse senetleriyle birlikte bir vakfa devredilmesi durumu TK.md.434/f.1 b.4 düzenlemesine göre anonim şirket için bir infisah sebebidir. Zira bent 4, bir anonim ortaklıkta pay sahibi sayısı beş kişiden aşağıya düşerse, bu durumun anonim ortaklığı infisah ettireceğini düzenlemektedir. İşte bir anonim ortaklığın bütün hisse (senet)lerinin bir vakıf tüzel kişiliğine devri durumunda da anonim ortaklığın pay sahibi sayısı bire inmiş olacak ve bu da anonim ortaklığı infisah ettirecektir. Ancak bu durumu bir fesih sebebi olan ve TK.md.435'te düzenlenen "gerçek pay sahibi olanların sayısının beşten aşağıya düşmesi" durumuyla karıştırmamak gerekir. Çünkü burada görünüşte beş pay sahibi bulunmaktadır; fakat "gerçekten" pay sahibi olanların sayısı beşin altındadır. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **TEKİNALP, Ü./ (POROY, R./ÇAMOĞLU, E.)**, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8.Bası, İstanbul 2000, N.1550 ve N.1555

44 Y. 6. HD. 1.3.1988, E.1987/14734, K.1988/3060, YKD. 1988, C.14, S.7, 918-919.

45 Karayalçın, ticarî işletmelerin iktisadî işletmelerin bir kolu olduğunu belirttiikten sonra, bir iktisadî işletmenin varlığından söz edilebilmesi için gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık, bağımsızlık, aleniyet unsurlarının bulunması gerektiğini; bir iktisadî işletmenin ticarî işletme sayılabilmesi için olumlu şart olarak Ticaret Kanununun 12. maddesinde yazılı işleri görmek maksadıyla kurulmuş olması veya Ticaret Kanununun 13. maddesine göre bu iktisadî işletmenin ticarî şekilde işletilen bir müessese olarak nitelendirilebilmesi gerektiğini; olumsuz şart olarak da iktisadî işletmenin Ticaret Kanununun 17. maddesine göre esnaf işletmesi sayılmaya müsait olmaması gerektiğini ifade etmektedir, **KARAYALÇIN**, Ticarî İşletme, 92-96.; Aynı yönde **DOMANIÇ, H.**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988, 93; Ticari İşletmenin 25.1.1986 gün 86/10313 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesini de dikkate alacak şekilde öğelerinin belirlenmesi ve tanımı için bkz. **İMREGÜN, O.**, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1995, 7-12; **ARKAN**, 18-23; **POROY, R./YASAMAN H.**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7.Bası, İstanbul 1995, 30-38

46 Bu değerlerin doktrindeki ayrımı hakkındaki açıklamalar için bkz. **ARKAN**, 30-31; **POROY/YASAMAN**, 39-40

hükümde sayılan değerler vakfa tahsis edilmiş olmaktadır<sup>47</sup>. Vakıf kuran, isterse bunlardan bir kısmını tahsis etmekten kaçınabilir. Ancak, ticarî işletmenin kapsamına dahil olan bazı değerler, ticarî işletmenin diğer unsurları ile birlikte tahsise konu olabildikleri halde, yalnız bunların tahsisiyle bir vakıf kurulamaz. Bir kimsenin şahsî itibarı ve kredisi, bir ticarî işletmenin müşteri çevresi bu tür değerlerdendir<sup>48</sup>.

### III. VAKFIN BİR İKTİSADİ İŞLETME İŞLETMESİ

#### A) GENEL OLARAK

Vakıf iktisadî amaç ile kurulamamakla beraber, iktisadî amaç gütmeksizin bir işletmeye sahip olabilir<sup>49</sup>. Bu da iki şekilde ortaya çıkabilir: Birincisi, vakfa mal varlığı olarak bir iktisadî işletmenin tahsis edilmiş olmasıdır. İkincisi ise, vakfın bir iktisadî işletme kurmasıdır. Birinci halde vakıf, iktisadî işletmenin sahibi olurken, onun gelirleriyle de amacı doğrultusunda hizmet eder<sup>50</sup>.

47 İŞERİ, Vakıf, 67; KARAYALÇIN, Ticarî İşletme, 183.

48 İŞERİ, Vakıf, 68.

49 HATEMİ, Vakıf Kurma, 299; SAECKER/REUTER, 648 N.25; BİRSEL, 130; VURAL, 191. Ayrıca bkz. yukarıda I, C, 1.; Şener, vakıfların iktisadî işletme işletebileceklerini belirtmekle beraber, iktisadî işletme kurarak veya bağış toplayarak faaliyet gösteren vakıfların terime verilen anlam yönünden gerçek vakıf olmadıkları, organizatörlük yapan müesseseler oldukları görüşündedir, ŞENER, 45.; Aynı görüşte YERLİ, A., Vakıf Müessesinde Gözlemlenen Gelişmeler ve Vakıflara Tanınan Vergi Muafiyeti, Maliye Dergisi 1993, S.114, 20.; Bir mal varlığı tahsis etmeksizin, salt toplanacak bağışlarla faaliyet göstermek üzere kurulan vakıflar bakımından bu görüşün haklılığına katılıyoruz.; Krş., GÜNERİ, H., Vakıf İşletmeleri, Vakıflar Dergisi 1977, S.XI, 40 (İşletme). Bununla beraber, bir mal varlığı tahsisi yapılarak kurulduktan sonra, iktisadî işletme kurmak suretiyle faaliyet gösteren vakıflar bakımından bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz.

50 SAECKER/REUTER, 648 N.25, 670 N.12; RIEMER, 251-252 N.399; BAYRAKERİ, 306; İŞERİ, Sorunlar, 81; MERZ, Einleitendes, 66; HENNERKES/BİNZ/SORG, 2220; GÜNERİ, Amaç, 47. Ancak, Güneri'nin, vakıf senedinde yer alacak, vakfın gelirinin kurucu veya yöneticilere ait olacağına ilişkin kayıtların geçerli olacağı yönündeki görüşüne katılmıyoruz, GÜNERİ, Amaç, 46.; Hatemi'nin de belirttiği gibi, vakıf senedinde kurucu lehine ancak, tali, sınırlı sayılabilecek yararlanma kayıtları bulunabilir. Yöneticiler ise, hizmetlerini karşılığını alırlar, vakfın gelirini tamamıyla paylaşmaları ise kabul edilemez, HATEMİ, Vakıf Kurma, 300; Aynı yönde İŞERİ, Sorunlar, 81; KARAYALÇIN, Şirketler Hukuku, 46-47. Bu konuda Amerikan Hukukundaki uygulama örnekleri için bkz., VURAL, 187-188.; Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tebliğe ekli 1 numaralı vakıf senedi örneğinde de, vakfın gayesini gerçekleştirmek için yapacağı iş ve işlemler arasında (m.4), vakfa gelir sağlamak amacıyla olağan işletme ilkelerine göre çalışacak iktisadî işletmeler, ortaklıklar kurmak, kurulu olanlara iştirak etmek, bun-



Vakfın iktisadî işletmeye sahip olabileceği ikinci hal, kurulmuş olan vakfın bir iktisadî işletme ihdasıyla ortaya çıkabilir. İktisadî işletme doğrudan vakfın amacını gerçekleştirmeye yönelik olabileceği gibi, vakıf amacıyla doğrudan ilgisi olmamakla beraber, elde edilecek gelirlerle vakfın amacını gerçekleştirmesi için kurulmuş da olabilir. Örneğin, sağlık amaçlı bir vakfın kuracağı hastane veya eğitim amaçlı bir vakfın kuracağı okul işletmesi vakfın doğrudan amacına yönelik olduğu halde, bir market işletmesi geliriyle vakfın amacının gerçekleştirilmesine hizmet edecek bir iktisadî işletmedir.

Vakıf gelir elde etmek üzere bir iktisadî işletme kurmuş olsa dahi, bu amacının iktisadî olduğu manasına gelmez. Vakfın, bu halde de amacı ideal (manevi) olmakla beraber, bu amaca ulaşmak için kullanılan vasıta iktisadîdir<sup>51</sup>. Bu iktisadî işletmenin işletilmesi, ancak tali, ideal amaçlara tâbi nitelikli olarak tayin edilebilir<sup>52</sup>. Bunun için ayrıca, vakıf senedinde iktisadî işletme işletileceğine dair açık bir hükmün bulunması gereklidir<sup>53</sup>. Zira, ticarî işletme vakıf bakımından ekonomik risk taşır. Bu yüzden, vakıf kuranın bu riski göze aldığını gösteren beyanın vakıf senedinde yer alması aranmalıdır. Aksi halde, vakıf kuran, belirlediği amacı gerçekleştirmeye yetecek mal tahsis ettiği halde, yöneticilerin farklı düşüncelerle ticarî işletme kurarak vakfın mal varlığını riske sokmalarına, vakfedenin iradesine uygun olup olmadığına bakmaksızın imkan tanınmış olur. Vakfedenin vakıf senedinde açık bir düzenlemesi yoksa, vakfın mal varlığı ve gelirlerinin onun öngördüğünün dışındaki işlere sarf edilmesi tasvip edilemez.

Burada, vakfın iktisadî işletmeyi kurarken sermayeyi kendisine tahsis edilmiş mallardan mı, yoksa bu malların gelirinden mi ayıracağı hususu üzerinde durulması gerekir. Ticarî işletmenin bir risk taşıdığı, vakfa gelir getirmesi kadar vakfın zarara uğramasına da sebep olabileceği, hatta tacir sayılması halinde iflas yoluyla takip edilmesine sebep olacağı göz önünde tutulursa, vakfın işletmeye tahsis edeceği sermayenin kaynağının taşıdığı önem anlaşılır.

Vakfın mallarının tahsisi suretiyle işletme kurması, işletmenin gelir getirip getirmeyeceği, gelir getirirse bunun ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığı için vakfın belli bir süre faaliyet yapamamasına, hatta işletmenin zarar etmesi durumunda vakıf faaliyetlerinin tamamen durmasına sebep olabilir.

---

ları doğrudan işletmek ya da denetim altında bir işletmeciye işletirmek de sayılmıştır, RG. 21.9.1997, S.23117.

51 **VURAL**, 191.

52 **MERZ**, Einleitendes, 66; **BİRSEL**, 130. Ayrıca bkz., BGE 75 II 81, **RIEMER**, 246 N.396.

53 **DOĞAN**, 182.

Oysa, vakıfta esas olan düzenli geliri olan bir mal varlığıyla kesintisiz olarak amaca uygun faaliyette bulunabilmektir. Bu sebeple, vakfın esas mal varlığından değil de, gelirlerinden tahsisle bulunarak işletme kurması daha uygundur<sup>54</sup>. Bununla beraber, eğer mal varlığından işletme için ayrılacak miktar vakfın faaliyetlerini olumsuz olarak etkilemeyecekse, kalan mal varlığı amacı gerçekleştirmekte yeterli ise mal varlığından tahsisle de işletme kurabileceği kabul edilmelidir<sup>55</sup>.

## B) VAKFIN İKTİSADİ İŞLETME İŞLETMESİNİN SONUÇLARI

Medenî Kanun vakıfların iktisadî işletme işletip işletemeyeceği hususunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Böyle bir düzenleme olmadığı için vakfın ticari işletme işletmesi halinde ne gibi hukukî sonuçlar doğacağı, sermayesinin kaynağının ne olacağı ve benzeri konularda da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

### 1. Vakfın Tacir Sayılması

#### a) Genel Olarak

Vakıfların aksine, derneklerin iktisadî işletme işletmesi ile ilgili olarak Medenî Kanun yanı sıra Ticaret Kanunu ve Ticaret Sicili Tüzüğü'nde<sup>56</sup> hükümler bulunmaktadır. Medenî Kanununun 54. maddesinin 2. fıkrası, "Gayesine erişmek için ticari şekilde icraî sanat eden bir cemiyet, kendisini sicile kaydettirmekle mükelleftir" hükmünü taşımaktadır. Bu hükümle derneğin amacına erişmek için ticarî işletme işletebileceği, ancak bu durumda kendisini ticaret siciline kaydettirmesi gerektiği öngörülmüştür.

Ticaret Kanununda ise, "tacirler" ana başlığı, "hükmi şahıslar" alt başlığı altında yer alan 18. maddede, "Ticaret şirketleriyle, gayesine varmak için ticarî bir işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi amme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılırlar.

<sup>54</sup> Bayrakeri, vakfa tahsis edilmiş malların münhasıran vakfın amacına tahsis edilmiş olduğunu, bunların vakfın ticarî işletmesine sermaye olarak konulmasının ticarî amaca tahsisi manasına geleceğinden kanuna aykırı olacağını savunmaktadır, **BAYRAKERİ**, 306.

<sup>55</sup> **DOĞAN**, 186.

<sup>56</sup> 2.2.1957 tarihinde Bakanlar Kurulunun 4/8604 sayılı kararıyla yürürlüğe sokulan Ticaret Sicil Nizamnamesi'nde 1998 yılında birtakım değişiklikler yapılmış ve md.24 a) düzenlemesiyle "Nizamname" adı "Tüzük" olarak değiştirilmiş ve böylece Ticaret Sicil Nizamnamesi "Ticaret Sicil Tüzüğü" olmuştur. RG.28.8.1998, S.23447

Devlet, vilayet ve belediye gibi amme hükmî şahısları ile umumi menfaate hadim cemiyetler, bir ticarî işletmeyi ister doğrudan doğruya, ister amme hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir hükmî şahıs eliyle işletsinler kendileri tacir sayılamazlar” hükmü yer almaktadır.

Ticaret Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası amacına ulaşmak için ticarî işletme işleten derneğin tacir sayılacağını öngörürken, ikinci fıkra, kamuya yararlı derneklerin ticarî işletme işletseler dahi tacir sayılamayacaklarını hükme bağlamaktadır. Ticaret Sicil Tüzüğü’nün 72 ve 73. maddelerinde, ticarî işletme işleten derneğin ticaret siciline tesciline ilişkin hususlar düzenlenirken, 75. maddesinde kamuya yararlı derneklerin ticarî işletmelerinin bizzat tacir olarak tesciline dair hüküm yer almaktadır.

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu ticarî işletme işleten dernekler bakımından bir ayırım yapmış ve kamuya yararlı derneklerin ticarî işletme işletse dahi tacir sayılamayacağını, ancak bunlara ait ticarî işletmenin tacir olarak tescil edileceğini öngörmüştür. Diğer dernekler bakımından ise bizzat derneğin tacir olarak kaydedileceğini hükme bağlamıştır.

Vakıfların iktisadî işletme işletebileceklerini öngören açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Medenî Kanunun 73. maddesinin 2. fıkrasında vakfın bir mamelekin bütününün tahsisi ile de kurulabileceği öngörüldüğünden, bir işletmenin tahsisi ile vakıf kurulabilmesine ve dolayısıyla vakfın bu işletmeyi işletmesine, zımnen de olsa izin verildiği anlaşılmaktadır. Vakıflar Hakkında Tüzüğü’nün 20. maddesi de, işletmelere sahip olan vakıfların denetimine ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Ayrıca, Ticaret Sicili Tüzüğü’nün 76. maddesinde de vakıflara ait ticari işletmelerin tescilini öngören bir hüküm yer almaktadır.

Vakfın ticari işletme işletebileceği vakıf senediyle öngörülmüş ve yönetim organı da bu konuda karar alarak bir işletme kurmuşsa, bu kez de karşımıza bu işletmenin hangi hukukî esaslara tâbi olacağı, ticaret hukuku bakımından tacir sayılıp sayılamayacağı sorunu çıkmaktadır. Gerçekten, ticarî işletmeye sahip vakıflarla ilgili bir hüküm bulunmadığına ve Ticaret Kanununun 18. maddesinde tüzel kişi tacirler arasında vakıf sayılmadığına göre, ticarî işletmesi olmasına rağmen tacir sayılamayacak mıdır?

Bu soruyu işletilen ticarî işletmenin niteliğine göre cevaplandırmak gerekir. Vakıf, tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketinin kurucu ortağı veya sonradan katılan hissedarı olabilir. Bu gibi durumlarda tacir sıfatını vakıf değil, şirketin kendisi haizdir. Nitekim Ticaret Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında ticaret şirketlerinin tacir sayılacağı açıkça öngörülmüştür.

### b) Vakfın Tüzel Kişiliğe Sahip Bir İşletme İşletmesi

Vakfın tüzel kişiliğe sahip bir işletme kurması veya kurulmuş bir işletmeye hissedar olması söz konusu ise, bunun için sermaye şirketlerinin tercih edilmesi gerekmektedir. Çünkü Ticaret Kanununun 153. maddesi kolektif şirketin sadece gerçek şahıslar tarafından kurulabileceğini hükme bağlamıştır. Komandit şirketlerde ise tüzel kişilerin ancak sorumluluğu şirkete getirdiği sermaye ile sınırlı olan komanditer ortak olabilecekleri öngörülmüştür (TK. m.243/II). Dolayısıyla, vakıf, bunların dışındaki anonim veya limited şirketlere ortak olabilir veya komandit şirkete komanditer ortak olarak girebilir. Bu şirketlerin ortak özelliği şirket ortağının şirketin borçlarından sorumluluğunun getirdiği sermaye ile sınırlı olması, şirket borçları için ortağın şahsî mal varlığına başvurulamamasıdır (TK. m.269/II, 243/II, 503).

### c) Vakfın Tüzel Kişiliğe Sahip Olmayan Bir İşletme İşletmesi

Vakıf, tüzel kişiliğe sahip olmayan bir ticarî işletme kuruyorsa tacir sıfatı vakfa mı yoksa kurulan işletmeye mi aittir? Yukarıda belirtildiği üzere, kanun koyucu dernekler bakımından bir ayırım yaparak iktisadî işletme işleten kamuya yararlı derneklerin tacir sayılmayacağını, işlettikleri işletmenin tacir sıfatını haiz olacağını (TK. m.18/II), diğer derneklerin ise ticarî işletme işletmeleri halinde tacir sıfatını kazanacaklarını öngörmüştür (TK. m.18/I).

Tacir kabul edilen tüzel kişilerin sayıldığı Ticaret Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında ticarî işletme işleten vakıf sayılmamıştır. Diğer taraftan, tacir sayılmayacak tüzel kişiler arasında da vakfa yer verilmemiştir (TK. m.18/II). Ticaret Kanununun bu maddesi, buradaki saymanın sınırlayıcı olduğu şeklinde yorumlanırsa, burada sayılanlar dışındaki tüzel kişilerin ve tabii vakıfların da ticari işletme işletseler dahi tacir sayılmayacaklarının kabulü gerekir<sup>57</sup>.

Bununla beraber, yapılacak geniş bir yorumla aksi bir sonuca ulaşmak da mümkündür. Nitekim doktrinde, Ticaret Kanununun 18. maddesinin tacir sayılacak tüzel kişileri sınırlayıcı şekilde sayan bir hüküm olmadığı; bu maddede sayılmamakla beraber, ticarî işletme işleterek ekonomik hayatta önemli rol oynayan vakıfların da, genel hüküm niteliğindeki Ticaret Kanununun 14. maddesine göre tacir sayılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> BOZER, A., Ticaret Hukuku Bilgisi, 11. Baskı, Ankara 1986, 56; BOZER, A./GÖLE, C., Ticaret Hukuku Bilgisi, 14. Baskı, Ankara 1998, 52.

<sup>58</sup> ARKAN, 113, 116-117; BİRSEL, 130; BALLAR, S., Medenî, Ticarî, Malî Hukuk Yönünden Dernek ve Vakıfların İktisadî İşletmeleri, Batider. 1990, C.15, S.3, 113 (Vakıfların İktisadi İşletmeleri); OCAK, 248.

Bu sonuncu yorum tarzı, iktisadî işletme işlettiği için tacir sayılması sebebiyle vakfın aleyhine olmakla beraber, hukuk mantığına daha uygundur. Gerçekten, ticarî işletme işleten vakıfların Ticaret Kanununun 18. maddesinde sayılmaması, vakfı tacir saymamak düşüncesinden ziyade, mahiyeti gereği ticarî işletme işletmeye uygun görülmemesinden kaynaklanmaktadır. Vakıf mahiyeti gereği, belli bir amaca mal tahsisi ile kurulur ve vakfın amacını gerçekleştirecek yeterlilikte mal tahsis edilmesi zorunludur. Dolayısıyla, normal şartlar altında vakfın amacına ulaşmak için ticarî işletme işletmeye ihtiyacı olmaması gerekir. Bununla beraber, özellikle amacın geniş tutulması ve buna uygun olarak faaliyet konularının artması sebebiyle vakıflar, daha çok gelir elde etme amacıyla, derneklerde olduğu gibi iktisadî işletme kurma yoluna başvurmaktadırlar. Bir işletme tahsisiyle vakıf kurulmasına dayanak teşkil eden Medenî Kanunun 73. maddesinin 2. fıkrasının 1967 tarihli 903 sayılı Kanunla eklendiği göz önünde tutulursa, 1956 tarihli Ticaret Kanununda ticarî işletme işleten vakfın tacir sayılıp sayılmayacağı ile ilgili bir hükmün bulunmaması eksiklik olarak kabul edilemez. Bu itibarla, vakfın ticarî işletme işletmesi halinde tacir sayılması gerekir kanaatindeyiz.

Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 76. maddesinde vakıfların kurdukları işletmelerin ticaret siciline tescili öngörülmektedir. Bu hükümde, sadece işletmenin tescilinden söz edilmekte, vakfın bu işletmenin kurucusu sıfatıyla tacir olarak tescili öngörülmemektedir. Kanaatimizce, bu eksiklik Ticaret Kanununda ticarî işletme işleten vakfın tacir sayılacağını öngören açık bir hüküm bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Aksi halde, kamuya yararlı derneklerde olduğu gibi işleteni tacir sayılmayan yeni bir işletme kategorisi ortaya çıkmaktadır<sup>59</sup>.

Diğer taraftan, kamuya yararlı vakıfların iktisadî işletmelerinin tacir sayılıp sayılmayacakları ile ilgili bir düzenleme de mevcut değildir. Burada akla gelen soru, bir ayırım yapmaksızın bu işletmeler de tacir sayılacak mı, yoksa derneklerde yapılan ayırımın kıyasen uygulanmasıyla kamuya yararlı dernekler gibi kamuya yararlı vakıflar da ticarî işletme işletseler dahi tacir sayılmayacaklar mı? Burada da, kamu yararına çalışan ve adeta bir kamu görevi gören kamuya yararlı derneklerle kamuya yararlı vakıflar arasında bir eşitsizlik meydana getirmemek için kamuya yararlı vakıfların da Ticaret Kanununun 18. maddesinin 2. fıkrası kıyasen uygulanarak tacir sayılmamaları kanunun sistematığına daha uygun görünmektedir<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> KARAYALÇIN, Ticarî İşletme, 13 5; İŞERİ, Sorunlar, 82; ARKAN, 117.

<sup>60</sup> BİRSEL, 130; ARKAN, 117; BALLAR, Vakıfların İktisadî İşletmeleri, 113; OCAK, 248.

#### d) Vakfın Tacir Sayılmasının Sonuçları

İktisadî işletme işleten vakfın tacir sayılmasının en önemli sonucu iflase tâbi olmasında görülür (TK. m.20). Vakıf ticarî işletmeye sahipse, bu işletmenin borçlarından dolayı iflas yoluyla takip edilebilir. Bunun neticesinde vakfın bütün mal varlığı iflas masasına dahil edilerek işletmenin borçlarını karşılamak üzere satılacağından, amacı gerçekleştirmeye yetecek mal varlığı kalması hali dışında, vakıf iflas sonunda Medenî Kanununun 81/A maddesi gereği dağılır. Bunun önüne geçebilmek için Vakıflar Hakkında Tüzükte işletme işleten vakıfların denetimi ile ilgili özel hükümler öngörülmüş bulunmaktadır (VHT. m.20/IV)<sup>61</sup>.

Vakıf tacir sayılması gereği şu hükümlere de tâbi olmaktadır: Tacir sayılan vakıf ticaret unvanı kullanmak zorundadır (TK. m.41). Ticaretine ilişkin bütün işlerde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir (TK. m.20/II). Tacirin borçları esas olarak ticarîdir, dolayısıyla ticarî hükümlere tâbidir (TK. m.21/I). Ticarî işletme işleten vakıf, ticaret unvanını, ticarî işletmesini ve varsa şubelerini ticaret siciline tescil ve ilan ettirmelidir (TK. m.42). Tacir sayılan vakıf ticarî işletmesi ile ilgili olarak ticarî defterler tutmaya ve bunları kanunda öngörülen süreler dahilinde ticarî belgelerle beraber saklamaya mecburdur (TK. m.66 vd.)<sup>62</sup>.

### 2. Vakfın İşletmesinden Dolayı Vergi Mükellefiyeti

#### a) Vakfın İşletmesinden Dolayı Kurumlar Vergisi Mükellefiyeti

Kurumlar Vergisi Kanununun 1. maddesinde kurumlar vergisine tâbi olan kurumlar arasında dernek ve vakıflara ait iktisadî işletmeler de sayılmıştır<sup>63</sup>. Bu hüküm gereği, vakıf kurumlar vergisine tâbi olmamakla beraber<sup>64</sup>, iktisadî işletmesi bulunması halinde bu işletme dolayısıyla kurumlar vergisi mükellefi olmaktadır.

<sup>61</sup> Bkz. aşağıda III,3.

<sup>62</sup> Bu hususlarda ve tacir olmanın bunlar dışındaki hukukî sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. ARKAN, 123-153; KARAYALÇIN, Ticari İşletme, 142 vd.; İMREGÜN, 45-58; POROY/YASAMAN, 102-125

<sup>63</sup> “Vakıflara ait ekonomik işletmelerin vergilendirilmelerinde ise, Devlet hazinesi için varidat sağlamak nedeninin yanında, piyasa ekonomisinde diğer üretim birimleri ile aynı faaliyeti gösteren bu işletmeler lehine vergiler yolu ile avantaj sağlamama ve piyasadaki dengeyi bozmamak fikri de yer alır”, AKÜNAL/TEZEL, 220.

<sup>64</sup> Bu muafiyetin iktisadî denklik prensibine aykırı olduğu, vergi teorisiyle çeliştiği ve kısmen de Kurumlar Vergisi Kanununun sistematığına aykırı olduğu ileri sürülmüştür, bkz., ŞANVER, 8.; Alman Hukukunda vakıflar kurumlar vergisine tâbidir (KStG. §§ 1

Kanun koyucu, vakıfları esas olarak kurumlar vergisine tâbi kılmamakla beraber, vakıf adı altında ticarî faaliyetlerini gizleyerek vergisiz kazanç elde etmeyi amaçlayan kişi ve kuruluşların bu suiistimallerini önleyebilmek için vakıfların iktisadî işletmelerini vergiye tâbi tutmuştur<sup>65</sup>.

Kurumlar Vergisi Kanununun 199 sayılı Kanunla<sup>66</sup> ve 903 sayılı Kanunla değişik 5. maddesi kurumlar vergisine tâbi dernek ve vakıflara ait işletmeleri “dernek ve vakıflara ait veya bağlı olup 4. maddede yazılı şartları haiz bulunan işletmeler ile aynı mahiyetteki yabancı işletmeler, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleridir” şeklinde tanımlamıştır. Vakfa ait işletme, faaliyetleri vakıf tarafından organize edilen veya doğrudan doğruya vakfın işlettiği işletmeleri; vakfa bağlı işletme ise hukuken vakfa ait olan, vakfın doğrudan doğruya işletmemekle beraber idare ve faaliyetinin tespitinde tam yetkili olduğu işletmeleri ifade eder<sup>67</sup>.

Böyle bir işletmenin kurumlar vergisine tâbi olması Kanunun 4. maddesindeki şartları da taşımasına bağlıdır. Kurumlar Vergisi Kanununun 4. maddesi “Devlete, özel idarelere, belediyelere ve diğer kamu idarelerine ve müesseselerine ait veya tâbi olup faaliyetleri devamlı bulunan ve 1. maddenin (A) ve (B) işaretli bentleri haricinde kalan ticarî, sınaî ve ziraî iktisadî kamu müesseseleridir. Bunların kazanç gayesi gütmemeleri, faaliyetin kanunla tevdi edilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, müstakil muhasebeleri ve kendilerine tahsis edilmiş sermayelerinin veya işyerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerine tesir etmez” hükmünü taşımaktadır. Kurumlar vergisine tâbi olması için vakfa ait veya bağlı işletmenin de bu şartları haiz olması gerekir. Buna göre vakfın işletmesi:

1- Ticarî, sınaî veya ziraî işletme olmalı ve bu işletmenin faaliyeti sonunda bir kazanç husule gelmeli,

2- Faaliyetleri sürekli olmalı, birkaç defaya mahsus olan ve etkinlik göstermeyen kazançlardan olmamalı<sup>68</sup>. Örneğin, vakıf tarafından arızî olarak tertip edilen gezi, kurs, balo, toplantı, konser sonucu elde edilmiş bir gelir olmamalı,

---

N.5, 23/İ). Ayrıca bkz. **SAECKER/REUTER**, 661 N.51; **MESTMAECKER/REUTER**, 144-145.

<sup>65</sup> **AKÜNAL/TEZEL**, 221; **ACAR, F.**, Dernek ve Vakıfların Vergi Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi 1995, Y.14, S.84, 24.

<sup>66</sup> RG. 23.2.1963, S.11342.

<sup>67</sup> **ACAR**, 23.

<sup>68</sup> **AKÜNAL/TEZEL**, 221; **ACAR**, 23.

3- Vakfa ait veya bağlı olmalı, sağlanan kazanç ise doğrudan vakfa intikal etmeli, Maliye Bakanlığı da 47 Numaralı Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliğinde vakıf iktisadî işletmesinden söz edebilmek için işletmenin tedavül ekonomisine katılması, başka bir ifade ile işletmede üretilen mallar veya verilen hizmetlerin bir bedel karşılığında satılmış olması gerektiğini belirtmiştir<sup>69</sup>.

Bu şartları taşıyan vakfa ait işletme kazanç gayesi gütmese, amacına ulaşmak için vakıf senedinde yazılı faaliyetler arasında bulunsa<sup>70</sup>, tüzel kişiliği olmasa, müstakil muhasebeleri ve kendilerine tahsis edilmiş sermayeleri bulunmasa dahi kurumlar vergisi mükellefidir (KVK. m.4/II). Tüzel kişiliği olmayan vakıf iktisadî işletmelerinin kurumlar vergisi, vakıf adına tarh olunur (KVK. m.26/b.2). Vakfa bağlı işletme sermaye şirketi şeklinde kurulmuşsa, kurumlar vergisine, tüzel kişiliğe sahip olması ve Kurumlar Vergisi Kanununun 1. maddesinin (A) bendinde sayılması itibariyle şirketin kendisi tâbidir.

Vakıf yukarıda sayılan şartları taşıyan bir işletmeye sahipse, bundan elde edilecek gelirler kurumlar vergisine tâbi olur. Bununla beraber, 4369 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, Kurumlar Vergisi Kanunu bazı işletmelere Maliye Bakanlığınca kurumlar vergisi muafiyeti tanımabileceğini öngörmüştü. Kurumlar Vergisi Kanununun muaflik ve istisnaları düzenleyen 7. maddesinin 7. bendine göre aynı maddenin 3, 4, 5 ve 6. bentlerinde yazılı müesseselerden demek ve vakıflara ait olup mezkur bentlerde belirtilen maksat ve gayelerle işletildikleri, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığı'na kabul edilenler kurumlar vergisinden muaf olmaktadır.

“Uygulamada kamu idare ve müesseseleri ile aynı koşullarda işletilme şartının aranması nedeni ile yaygın olarak verilmeyen bu muafiyetin kaldırılması, muafiyetten yararlanan az sayıdaki kurumu önemli ölçüde etkileyecek durumda değildir. Çünkü, kârlı işletmelere muafiyet verilmemekte, kârlı olmayan işletmelere verilen muafiyetin kaldırılması da kurumlar vergisinin gelir üzerinden alınan bir vergi olması nedeniyle bunlara bir vergi yükü

<sup>69</sup> DURA, İ. H., Vakıfların Vergi Muafiyetine İlişkin Olarak Genel Düzenlemeler Çerçevesinde Kurumlar Vergisi Açısından Bir Değerlendirme, Vergi Sorunları Dergisi 1997, Y.16, S.104, 44-45.

<sup>70</sup> Danıştay, vakıfların, amaçlarına ulaşmak için vakıf senedinde yazılı faaliyetleri arasında bulunsa da Ticaret Kanununun ticarî işletme tanımına uygun nitelikler taşıyan organizasyonlarının iktisadî işletme sayılacağına ve bu yerlerden elde edilen kazancın vergilendirilmesi gerektiğine karar vermiştir, bkz., Danıştay 4. Dairesi 18.4.1988, E.1986/4596, K.1988/1562, BALLAR, S., Yeni Vakıflar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1991, 314-316 (Vakıflar).



getirmemektedir. Muafiyetin kaldırılmasının bu işletmeler açısından sonucu, defter ve belge düzeninde getirdiği değişiklikler ve beyanname verilmesi ile sınırlı olacaktır”<sup>71</sup>.

#### **b) Vakfın İşletmesinin Kurumlar Vergisinden Muafiyeti**

903 sayılı Kanunun 5. maddesi Kurumlar Vergisi Kanununda Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar lehine üç ayrı değişiklik öngörmüştür. Bunlardan biri de Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakfın kurumlar vergisinden muaf olmasıdır<sup>72</sup>.

Diğer taraftan, Kurumlar Vergisi Kanununun 7. maddesinin 15. bendinde 3824 sayılı Kanunla bir değişiklik yapılarak<sup>73</sup>, parantez içi bir hüküm eklenmek suretiyle (m.9)<sup>74</sup>, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıfların kurumlar vergisinden muaf olmalarının iktisadî işletmelerini kapsamayacağı öngörülmüştür<sup>75</sup>.

Bu değişikliğe kadar, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıfların kendileri gibi iktisadî işletmeleri de bu muafiyetten yararlanmakta

---

<sup>71</sup> **BIYIK, R.**, Kurumlar Vergisi Kanununda 4369 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, Vergi Dünyası 1998, S.204, 26.

<sup>72</sup> Krş. **PAVEL**, 92-93.

<sup>73</sup> RG. 11.7.1992, S.21821.

<sup>74</sup> Danıştay 4. Dairesi 18.4.1988, E.1986/4596, K.1988/1562, “...tüm bu kurallardan varılan sonuç ticarî sınaî ya da tarımsal etkinlikleri süreklilik taşıyan, vakıflara ait veya bağlı bulunan iktisadî işletmelerin, vergiye tâbi olduklarıdır. Ticarî veya sınaî veya zirai işletme kavramlarının ise Ticaret Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi zorunludur. Ticaret Kanununun 11 inci maddesine göre genel olarak, ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler ticarî işletme, 12. maddede ve madde devamında yazılı bentlerde yer alan ve nitelikçe kabul edilmek gereken kuruluşları, ticarethane sayılmıştır. Ticarî şekilde işletildiği kabul edilmek gereken kuruluşlarla ilgili 13 üncü madde ile 11 ve 12. maddelerde yer verilen kurallar karşısında, kitap basım ve satımının, ticari işletme niteliği taşıdığından kuşku bulunmamaktadır. Vakıf senedinde, gelirleri arasında kitap basım ve satışından elde edilen hasılatı yer verilen ve vergisi uyumsuzluk konusu yapılan yılda kurumlar vergisinden bağımsız tutulma istemi kabul edilmiş bulunmayan Hizmet Vakfının ticarî işletme niteliğini taşıyan uyumsuzluk etkinliğinin vergilendirilmesi zorunludur. Vergi mahkemesi tarafından etkinliğin, amaca ulaşmak için yürütüldüğü yolunda yapılan tespit, vergi mükellefiyetini etkileyici nitelik taşımadığından bu noktada yasaya uygunluk görülmemiştir”, **BALLAR**, Vakıflar, 315-316.

<sup>75</sup> Alman Hukukunda, doğrudan doğruya vakfın amacına gerçekleştirmeye yönelik işletmeler, anaokulu, huzurevi, müze, tiyatro gibi kurumlar vergiden muaf tutulurken, vakfın gelir elde etmek için işlettiği işletmeler vergilendirilmektedir, bkz., **SAECKER/REUTER**, 662 N.52.

idi<sup>76</sup>. Esasen, vakıf bakımından kurumlar vergisinden muafiyetin bir anlam ifade etmesi de ancak böyle mümkün olabilmekteydi. Çünkü, Kurumlar Vergisi Kanununun 1. maddesinde kurumlar vergisinin konusu belirlenirken vakıfların kendilerinin değil, iktisadî işletmelerinin kazançlarının kurumlar vergisine tâbi olacağı açıkça öngörülmüştür. Buna göre, vakıf iktisadî işletmeye sahip değilse, kurumlar vergisine tâbi olması da söz konusu olmaz. Dolayısıyla, iktisadî işletmesi olmayan bir vakfa kurumlar vergisinden muafiyet tanınmasının da bir manası olamaz<sup>77</sup>.

Kurumlar Vergisi Kanununa yapılan ilaveyle vakıfların iktisadî işletmelerinin muafiyet kapsamı dışında tutulması, aynı maddede yer alan muafiyet hükmünü manasız kılmaktadır. Çünkü, vakfın iktisadî işletmesi yoksa bu hükmün uygulanması söz konusu olmaz. İktisadî işletmesinin bulunması halinde de bu işletmenin kazançları muafiyet kapsamı dışında tutulduğu için tanınan muafiyetin vakıf bakımından faydası olmamaktadır. Bu sebeple, vakıflar bakımından tanınan vergi muafiyeti, vakfın amacı doğrultusunda yapacağı faaliyetler çerçevesinde yer alan işletmelerin gelirlerini kapsayacak, gelir elde etmek üzere işlettiği işletmeleri dışarıda tutacak şekilde öngörülürse, hem söz konusu muafiyet bir anlam ifade eder, hem de gelir elde etmek üzere işletilen iktisadî işletmelerin vergiden muaf tutulmasının haksız rekabete sebep olduğu eleştirileri bertaraf edilmiş olur.

### 3. Vakfın İşletmesinin Denetimi

Vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetimine tâbidir (MK. M.78/I). Vakıflar Genel Müdürlüğü, vakıf senedi hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğini, vakıf mallarının gayeye uygun surette ve tarzda idare ve sarf edilip edilmediğini denetleme görev ve yetkisine sahiptir (MK. m.78/II). Medenî Kanun denetimin tarzının ve nasıl yapılacağı ve sonuçlarının

<sup>76</sup> YILDIZ, İ. H., Vakıflara İlişkin Hukukî Düzenlemeler II, Vergi Dünyası 1987, C.6, S.70, 66. Bununla beraber, İŞERİ, bu değişiklikten önce de Kurumlar Vergisi Kanununun 7. maddesinde vakıflara ait iktisadî işletmelerin vergiden muaf olacağı açıkça zikredilmediği için, bunların muafiyet kapsamına girmeyeceğini ve vergilendirilebileceğini ileri sürmekteydi, İŞERİ, Sorunlar, 79.; Tandoğan ise, vakfın iktisadî işletmelerinin de muafiyetten faydalanmasının diğer özel hukuk tüzel kişileri aleyhine eşit olmayan şartlarla rekabeti doğuracağından bu muafiyetin kaldırılmasını önermekte idi, bkz., TANDOĞAN, 134.

<sup>77</sup> ACAR, 26; YERLİ, 12-13; YILDIZ, 66; DURA, 44, 51; ÇAKMAK, Ş., Vakıflarda Vergileme Sorunları, Vergi Dünyası 1998, S.205, 4.; İŞERİ, 903 sayılı Kanunun 5. maddesinin A bendiyle Kurumlar Vergisi Kanununun 7. maddesine eklenen vakıfların kurumlar vergisinden muaf olduğuna dair hükmün, vakıflar kurumlar vergisi mükellefi olmadığı için bir değeri ve uygulama olanağı bulunmadığını belirtmekteydi, İŞERİ, Sorunlar, 72,79.

tüzükle düzenleneceğini belirtmiştir (MK. m.78/III). Vakıflar Hakkında Tüzüğün bu konuyu düzenleyen 20. Maddesine göre, her vakfın en az iki yılda bir kere denetlenmesi zorunludur. Her denetimde vakfın bir önceki denetimden itibaren geçen bütün işlem ve hesapları incelenerek vakıf senedindeki hükümlerin yerine getirilip getirilmediği, vakfın mallarının gayeye uygun şekilde idare ve sarf edilip edilmediği araştırılır (VHT. m.20/III).

Aynı hükmün dördüncü fıkrasına göre de, işletmelere sahip olan vakıflarda, ayrıca bu işletmelerin bilançoları ile kâr ve zarar hesapları ve bunların sınaî, iktisadî ve ticarî esas ve icaplara uygun tarzda idare edilip edilmedikleri, verimli ve rasyonel bir şekilde işletilip işletilmedikleri incelenir. İşletmelerin verimleri benzeri müesseselere göre düşük ise veya zarar etmişse bunların sebepleri araştırılarak belirtilir (VHT. m.20/IV).

Bu son düzenleme, Medenî Kanunda bulunmayıp, Vakıflar Hakkında Tüzükte yer almıştır. Bu hükmün öncelikle vakıf işletmelerinin suiistimalini önlemeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Buna ilaveten, işletmelerin iyi işletilmemesi vakfın amacını gerçekleştireceği malların bir kısmından mahrum kalması, işletmenin zarar etmesi ise bu malları kaybetmesi anlamı taşır. Bu bakımdan da vakıf işletmelerinin denetimi özel bir önem arz eder.

Tüzük, işletmelerin sınaî, iktisadî ve ticarî esas ve icaplara uygun idare edilip edilmedikleri, verimli ve rasyonel bir şekilde işletilip işletilmedikleri bakımlarından denetleneceğini öngörmektedir. Bu husus, söz konusu denetimin Devletin özel hukuk tüzel kişisi olan vakıflara aşırı müdahalesi olacağı ve denetimi gerçekleştirecek yeterliğe sahip denetçileri gerektireceği, Vakıflar Genel Müdürlüğünün ise bu alanda uzman denetçilere sahip olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>78</sup>. Gerçekten, vakfın ve işletmesinin ne tarzda idare edileceği vakıf kuran veya onun vakıf senedinde verdiği yetki çerçevesinde yönetim organı tarafından belirlenir. Vakfeden veya yönetim organı hangi tarz idarenin daha elverişli olduğu konusunda denetçilerden farklı düşünüyor olabilir. İdare tarzı, işletmenin verimi ve gelirinin benzeri işletmelere göre düşük olmasına veya zarar etmesine sebep olmuşsa, bu durum müdahaleyi gerektirebilir. Bunun dışında işletmenin idare tarzına müdahale edilmemelidir.

Hemen belirtmek gerekir ki, denetçiler bu hususlarda sadece rapor hazırlamaya yetkilidir. Doğrudan müdahale yetkileri bulunmamaktadır. Vakıflar Genel Müdürlüğü, denetleme sonunda verilen raporları inceleyerek, ra-

<sup>78</sup> Bu eleştirilerin yer aldığı Ankara Hukuk Fakültesinin Mütalâası için bkz., İŞERİ, A., Türk Medenî Kanununa Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük ve İlgili Hazırlık Çalışmaları, Ankara 1972, 31 (Hazırlık Çalışmaları).

porda vakıf yöneticilerinin işten uzaklaştırılmalarını gerektiren bir sebep tespit ederse, derhal yetkili asliye mahkemesine başvurarak işten uzaklaştırılmalarını sağlar (VHT. m.21/a). Denetim raporunda, işten uzaklaştırmayı gerektiren bir durum bulunmamakla beraber, vakfın yönetimine ilişkin işlemlerde düzeltilmesi gereken noktalar olduğu belirtilmişse, raporun bu kısmı vakıf yöneticilerine tebliğ edilerek gereken düzeltmenin yapılması istenir (VHT. m.21/b). Bu hüküm, diğer vakıf işlemleri ile birlikte vakfın işletmelerine ilişkin işlemler bakımından da uygulanacaktır.

Bunların sonucunda, yöneticiler kusurlu hareketleriyle vakfa zarar vermişler veya denetleme sırasında tespit edilen noksan ve yanlışlıkların tamamlanması ve düzeltilmesi için yapılan tebliğe rağmen bunları yerine getirmemiş veya yerine getirdikten sonra yine tavsiyelere aykırı işlem yapmaya devam etmişlerse, Vakıflar Genel Müdürlüğünün başvurusu üzerine yetkili asliye mahkemesince duruşma yapılarak görevden alınabilir (VHT. m.23/I,d,g).

Vakıflar Genel Müdürlüğü, vakıfların işletmelerinin denetimini Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 20. maddesinin öngördüğü esaslar çerçevesinde yapabilmek için bu alanda uzman denetçiler görevlendirmelidir. Ancak, yaklaşık 4500 vakfın işletmeleriyle birlikte denetiminin güçlüğü ortadadır. Bu bakımdan, Medenî Kanunda yapılacak bir değişiklikle Vakıflar Genel Müdürlüğüne, yapacağı denetimlerde ilgili bakanlık veya bakanlıkların işbirliğini isteyebilme yetkisi verilmesi isabetli olacaktır<sup>79</sup>. Bu yolla, vakfın işletmeleri bakımından da Sanayi ve Ticaret Bakanlığının işbirliği sağlanabilirse, bu bakanlığın uzman denetçilerinden yararlanılabilecektir.

## SONUÇ

Vakıflar idealler amaçlar gerçekleştirilmek üzere kurulur. İktisadî amaçla vakıf kurulamaz. Ancak, ideal amaçla kurulan bir vakıf, bu amacı gerçekleştirebilmek için iktisadî bir işletme işletebilir. Bu durum, vakfın iktisadî amaç taşıdığı manasına gelmez. Burada söz konusu işletme vakfın amacının gerçekleştirilmesinde sadece bir araçtır. Vakfın bir iktisadî işletme tahsis edilerek kurulması da mümkündür. Böyle bir durumda, hakimin, tahsis edilen işletmenin borçları çıkarıldıktan sonra geriye kalan net mal varlığının vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli olup olmadığını incelemesi gerekir. Eğer, yeterli olacağı kanaatine ulaşırsa vakfın tesciline karar vermesi, aksi halde reddetmelidir.

<sup>79</sup> İşeri'nin bu yöndeki teklifi için bkz., İŞERİ, Sorunlar, 47.

Vakfın tüzel kişilik kazandıktan sonra iktisadî işletme kurabilmesi için, vakıf senedinde buna izin veren bir hüküm bulunmalıdır. Vakfeden vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli mal tahsis etmiş ve vakfın işletme işletmesine ilişkin bir hüküm de öngörmemişse, yöneticiler bir takım mülahazalarla işletme kuramamalıdır. Çünkü, gerek olmadığı halde vakfın mal varlığı, kurulan iktisadî işletme sebebiyle riske atılmış olur.

Her ne kadar Türk Ticaret Kanununda açıkça yer almamış olmakla birlikte eğer bir vakıf amacına ulaşmak için bir ticarî işletme işletiyorsa kanaatimizce tacir sayılmalıdır. Tacir olan bir vakıf doğal olarak tacir olmanın hükümlerine tâbi olur. Tacir sayılmanın en önemli sonuçlarından biri olarak vakfın da iflası istenebilecektir. Buna karşılık, tıpkı kamuya yararlı demeklerde olduğu gibi kamuya yararlı vakıfların ticarî işletmeleri bulursa da tacir sayılmamaları gerekir

Ayrıca, vakıf, işletmesi dolayısıyla kurumlar vergisi mükellefi olur. Vakıfların iktisadî işletmeleri, verimli ve rasyonel işletilip işletilmedikleri bakımından özel olarak denetlenir.



# İNTERNETTE CİNS VE MESLEK İSİMLERİNİN ALAN İSMİ OLARAK KULLANILMASI VE ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

*Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ\**

## GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu, günümüz hayatının artık ayrılmaz bir parçası olan bilgisayar ve onun üzerinden dünyaya açıldığımız internet ortamında seyahat ederken kullandığımız alan isimleridir. Alan isimleri bizim ulaşacağımız sayfa ve verilerin elektronik adresleridir. Bu alan isimlerine “www” başlığundan sonra gelen “atauni.edu.tr”, “yahoo.com”, “pamukbank.com.tr” alan isimleri örnek olarak verilebilir.

Bu çalışmada öncelikle alan isimlerinin özellikleri, alan isimlerinin dağıtımı ve bunların ticari hayatta taşıdığı önem üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak kullanımı halinde ortaya çıkacak hukuki sorunlar ve bu sorunlara getirilebilecek çözümler ele alınmaya çalışılacaktır. Özellikle alan isimleri ile ilgili mevcut düzenlemelerin bulunmaması, alan isimleri ile diğer ticari isimler (ticaret ünvanı, işletme adları ve markalar) arasındaki farklılıklar ve alan isminin teknik özelliği ortaya çıkan sorunu daha bir karmaşık hale getirmektedir. Bu soruna hangi kuralların uygulanması gerektiği hususu da üzerinde düşünülmesi gereken ayrı bir konudur.

İncelemede sıkça yabancı mahkeme kararlarına atıfta bulunulmuş ve yararlanılmıştır. Bunun sebebi ise henüz ülkemizde alan ismi kullanımının yaygınlaşmaması ve bu konuyla ilgili uyuşmazlıkların yargıya intikal etmemesidir. Özellikle marka ve haksız rekabet hukukunun ülkemiz hukukuyla büyük benzerlik gösterdiği Alman mahkeme kararlarının konuya yaklaşımları üzerinde ayrıca durulmuş ve bunlardan bol örnekler verilmeye çalışılmıştır. Çalışma kısa değerlendirmelerin yapıldığı bir bölümle sona ermektedir.

---

\* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

## I. ELEKTRONİK ADRES (ALAN İSMİ) SİSTEMİ (DOMAINNAME- SYSTEM)

### 1. Numara Yerine Alan İsmi

İnternet sistemi birbirinden bağımsız binlerce ağdan oluşmakta ve bu ağlara milyonlarca bilgisayar bağlı bulunmaktadır. Bu bilgisayarlar arasında bağlantı kurulmak istendiğinde her birinin tanınabilmesi gerekmektedir. Bilgisayarların birbirini tanıyabilmesi için birer adrese ihtiyaçları vardır. Bu adreslere internet adresi veya IP (İnternet Protocol) adresi denilmektedir. Bu sistemde kullanılan her bir web sayfasının birbirinden farklı isimleri bulunmaktadır. İsimlerin yazılımında yapılacak harf ve işaret hataları, istenilen adresin bulunmasını ya güçleştirecek ya da kullanıcıyı bir başka adrese götürecektir. Aslında gerçek internet adresi telefon numaraları gibi birer sayıdan ibarettir. Numaralandırılmış adresler olan bu sayılar yazıldığı zaman ilgili ana sayfanın bilgisayarına (server) bağlanır. Fakat numaraların kullanımı ve hatırlanmasının zorlukları düşünülerek bu sayısal adresler “alan ad”larına dönüştürülmüşlerdir. “Alan adı” yazıldığı an, bilgisayar bunu otomatik olarak sayılara çevirir ve ilgili sayfaya bağlanır<sup>1</sup>. Alan isminin yazılmasından sonra ekranın alt tarafında görülen rakamlar, gerçek adresi oluşturmaktadır.

### 2. Alan İsminin Yapısı ve Dağıtımı

İnternet alan adları, uluslar arası platformda gTLD (generic Top Level Domain) olarak adlandırılan int, com, org, net, edu, mil, gov, şeklindeki yedi alan ismi ile, ccTLD (Country Code Top Level Domain) olarak adlandırılan ve ISO-3166 standardında yaklaşık 200 ülke kodundan oluşan adlandırma sistemine dayanmaktadır. Her alan adı mutlaka bir ön ek ile beraber kullanılmalıdır. Alan adı birinci derece ve ikinci derece alan adları olmak üzere en az iki dereceli bir alan adına sahip olmalıdır. Devlet Planlama Teşkilatının internet adresinde bulunan "dpt.gov.tr" örneğinde “gov.tr” birinci derece alan adını, “dpt” ikinci derece alan adını oluşturmaktadır<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> THOMANN, F.H.: Rechtsprobleme des Online-Datenverkehrs (1996-1997), [www.rz.mw.ch/docs/thom01.rtf](http://www.rz.mw.ch/docs/thom01.rtf), s. 12; DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 243; BETTINGER, T.: Kennzeichenrecht im Cyberspace: Der kampf um die Domain-Namen, GRUR-Int 1997, H.5, s. 403.

<sup>2</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ODTÜ, Ortadoğu Teknik Üniversitesi Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, “.tr Altında Yeralan İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Belirlenmesinde İzlenen Politikalar, Yöntemler ve Kurallar”, <http://dns.metu.edu.tr/v21.html>.



Türkiye’de “.tr”<sup>3</sup> üst düzey alan adı ve onun altında bulunan ikinci seviye alan adlarının dağıtımı, İnternic’e (Internet Network Information Center) ilk kaydın yapıldığı 1990 yılından beri Ortadoğu Teknik Üniversitesi Tarafından yapılmaktadır<sup>4</sup>. Türkiye’de alan isminin alınabilmesi için ODTÜ’nün kayıt formlarının ve şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir.

### 3. Ticari Hayatta Alan Adlarının Önemi

İnternetin ilk kullanılmaya başlandığı zamanlar, ticari hayatta etkisinin ne olacağı tahmin edilememiş ve alan adı alma konusu üzerinde de durulmamıştır. Ancak internetin ticari alanda da yaygın bir şekilde kullanılmaya başlaması, alan adlarının önemini ortaya çıkarmıştır. 2000 yılında internet cirosunun dünyada toplam 100-200 milyar dolara, internet üzerinden yapılan reklamların cirosunun ise 2,5 milyar dolara ulaşacağı tahmin edilmektedir<sup>5</sup>. Bir başka tahminde ise 2002 yılında firmalar arasındaki ticari işlem hacmi 300 milyar ECu olarak gerçekleşecektir<sup>6</sup>.

Günümüzde artık bütün büyük ve tanınmış işletmeler kendilerine bir web sitesi oluşturmakta, bir taraftan ürünlerinin reklamını yapmakta, müşterilere her gün değişen ürün yelpazesini daha çabuk ulaştırmakta, diğer taraftan da bazı mallarını internet üzerinden pazarlamaktadırlar. İnternet üzerinde gerçekleşen gerek reklam gerekse pazarlama maliyetinin düşüklüğü, ticaretin artan bir hızla sanal ortama kayması sonucunu doğurmaktadır.

İşletmeler ya ticari hayatta kullandıkları veya potansiyel müşterileri yani bilgisayar kullanıcılarını çekebilecek isimlerle web sitesinde yer almayı istemektedirler.

Gerek ticari gerekse diğer alanlarda kaydı yapılan alan ismi sayısında sürekli bir artış olmaktadır. Buna örnek olarak 1999 Ekim ayında Almanya’da “de” üst düzey alan ismi altında kayıtlı olan bir milyon olan alan ismi sayısı, 2000 Kasım ayında üç katına çıkmış ve üç milyonu aşmıştır. Almanya’da alan ismi dağıtımını yapan DENIC’in verilerine göre günde ortalama beş bin

<sup>3</sup> Her ülkeye ait ayrı bir üst düzey alan ismi bulunmaktadır. Örneğin, “tr” Türkiye, “de” Almanya, “ch” İsviçre, “at” Avusturya’yı ifade eden üst düzey alan isimleridir.

<sup>4</sup> ODTÜ, “.tr” Altında Yer Alan, s. 1; Fakat, DPT’nin Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planında ise 1993’ten beri dağıtımın ODTÜ tarafından yapıldığı belirtilmektedir, bkz. s. 249.

<sup>5</sup> Schwarz, M.: Merkmale, Entwicklungstendenzen und Problemstellungen des Internet, [http://www.jura.uni-muenchen.de/Institute/Internet\\_1.html](http://www.jura.uni-muenchen.de/Institute/Internet_1.html), s.3.

<sup>6</sup> Mitteilung der Kommission, Globalisierung und Informationsgesellschaft, Die Notwendigkeit einer staerkeren internationalen Koordinierung, s. 3 ( <http://europa.eu.int>).

ila on bin arasında yeni alan ismi kaydı yapılmaktadır ve bu rakamlara göre her 10 saniyeye bir alan ismi kaydı düşmektedir<sup>7</sup>.

#### 4. Alan İsmi Alma Usulü

Bir alan ismi almak isteyen bir işletme sahibinin önünde birkaç ihtimal bulunmaktadır. Bunlardan birincisi coğrafi bir TLD altında bir alan isminin kayıt edilmesi, diğeri ise dünya çapında bir TLD olan “com” ‘lu bir alan isminin kaydedilmesidir. Burada hem coğrafi bir TLD altında hem de genel bir TLD olan “com” altında alan isminin seçimi de mümkündür. Örneğin Sony firması Japonya’daki web sayfasında “sony.co.jp” alan ismini, Amerika’da açtığı web sayfasında ise “sony.com” ismini kullanmaktadır. Yine bir çok ülkede faaliyet gösteren Siemens Şirketi Avustralya’da “siemens.com.au”, Almanya’da “siemens.de”, Amerika’da “siemens.com” alan isimlerini kullanmaktadır<sup>8</sup>.

Alan ismi dağıtımı ticari amaçla işletilmemekte, dolayısıyla kar gayesi güdülmemektedir. Ancak masraflar karşılığı olarak belirli bir miktar ücret alınmaktadır. Halihazırda ilk kayıt yılı için 50 dolar, takip eden yıllar için ise 30 dolar talep edilmektedir<sup>9</sup>.

## II. CİNS VE MESLEK İSİMLERİNİN ALAN İSMİ OLARAK ALINMASI SORUNU

### 1. Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Seçimi

Ticari hayatta kullanılan meslek isimleri ve cins isimlerinin alan ismi olarak alınması halinde ortaya bir takım problemler çıkmaktadır. Alan isimlerinin temel özelliği, kaydedilen bir alan isminin bir kez daha kaydının yapılamamasıdır. Yani herhangi bir alan isminden dünyada sadece bir tane bulunmaktadır.

Cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak kullanılması halinde bu meslek ismini ve cins ismini kullanan kimse büyük bir avantaj elde etmiştir. Çünkü bu tür alan isimleri internette konuyu araştıran kimseler için çok çekicidir<sup>10</sup>. Arama motorlarında meslek ve cins isimlerini yazan kimselerin karşısına ilk gelecek site adresi bu adresler olacaktır. Arama motorlarının

<sup>7</sup> Der Domain-Newsletter, Ausgabe 17, 31.8.2000 ([www.domain-recht.de](http://www.domain-recht.de)).

<sup>8</sup> BETTINGER, s. 405.

<sup>9</sup> ODTÜ, “.tr” Altında Yer Alan, s. 5.

<sup>10</sup> Örneğin “müzikalite” ve “manken.com.tr” isimlerinin alan ismi olarak alındığı ve 15.000 dolardan satışa sunulduğu şu sitede açık artırma bölümünde görülebilir (Bkz. [www.netbul.com](http://www.netbul.com)).

kanalize etme fonksiyonu sayesinde kullanıcılar bu sitelere yönlendirilmektedir<sup>11</sup>. Bu tür alan isimlerini alan kimselerin aslında temel hedefi de budur, yani müşteri kitlesini ürünlerinin tanıtımını yaptığı web sayfasına kanalize etmektir.

## 2. Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

Alan isimleri, başlangıçta “ilk gelen ilk alır (first come, first served)” prensibine göre dağıtılmıştır<sup>12</sup>. Fakat zamanla bu prensibin zararları ortaya çıkmıştır. Tanınmış markaların, tanınmış işletmelerin isimlerini kendi alan isimleri olarak kayıt ettiren kimseler bunlardan haksız kazanç elde etmeye başlamışlardır. Bu sebeple Internic, alan isimlerinin dağıtımında uygulanan kurallarını Eylül 1996 yılında değiştirmiştir<sup>13</sup>. Buna göre bir alan ismi için müracaat eden kimse, bu ismi almaya hakkı olduğunu ispatlamak zorundadır. Alan isimlerinin kaydının yapılmasından önce artık bir arama imkanı internet (whois veri tabanı) ortamında sunulmuş ve buradan bir alan ismi için yapılan müracaatların görülmesi sağlanmıştır. Üzerinde çekişme olan bir isim söz konusu ise bu takdirde çekişmezlik esas olarak taraflar arasında çözüme kavuşturulmalıdır. Bu konuda alınan mahkeme kararları alan ismini dağıtan kurum tarafından uygulanacaktır<sup>14</sup>.

Cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak alınması halinde ortaya çıkan hukuki problem bu tür alan isimlerini kullanan kimselerinin haksız bir avantaj elde etmeleri, rakip işletmeler karşısında haksız üstünlük sağlamalarıdır. Rakipler bu isimleri bir daha kullanamamakta ve müşteri kitlesinin (kullanıcıların) ilk yöneldiği web sayfası bu tür alan isimlerini kullanan kimselerin sayfaları olmaktadır.

Burada sağlanan üstünlük bir hakka, girişimcinin bir çabasına değil, sadece alan isimlerinin teknik yapısına dayanmamaktadır. Dolayısıyla ortada korunmaya değer bir hak bulunmamaktadır. Her ne kadar bugün Türkiye’de alan ismi kaydı yaptıran ticari işletmeler için marka tescil belgesi veya ticari tescil belgesi aranmakta ise de sorun yine de henüz çözümlenmiş değildir.

Öncelikle 1996 yılında yapılan değişikliklerden önce alan isimleri olarak alınmış olan meslek isimleri ve cins isimleri sorunu ne olacaktır? İkincisi

---

<sup>11</sup> HOEREN, T.: Rechtsfragen im Internet, Arbeitsunterlagen, April 2000, s. 33.

<sup>12</sup> VAGEMANN, M.: Internet Service Provider und Anbieter von Mehrwertdiensten, [www.jura.uni-tuebingen.de/ri/96ws/wagenm/seminar.htm](http://www.jura.uni-tuebingen.de/ri/96ws/wagenm/seminar.htm), s. 5; BETTINGER, s. 406; THOMANN, s. 13.

<sup>13</sup> THOMANN, s. 13.

<sup>14</sup> Başvuru usulü ve uygulanan kurallar için bkz. ODTÜ, “.tr” Altında Yer Alan, s. 2-6.

bugün internet üzerinden alan ismi pazarlayan firmalardan artık tr üst düzey alan ismi olmaksızın alan ismi alınabilmekte ve bir kontrol de bulunmamaktadır. Alan ismi pazarlayan firmalar bu kurallara riayet etmeksizin, müracaat eden kişilerden söz konusu isimleri kullanmaya yetkili olduğuna dair herhangi bir belge istemeksizin alan ismi dağıtımını yapmaktadırlar. Bu şekilde alınmış olan alan isimleri sorunu nasıl bir çözüme kavuşturulacaktır?

### 3. Alan İsimlerine Uygulanacak Hükümler

İnternet üzerinde yapılan ticaretin gelişmesi, firmaların sanal satış mağazaları kurmaları veya internet üzerinden ürünlerinin reklamını yapmaları alan isimlerinin önemini bir kez daha artırmıştır. Henüz Türkiye’de alan isminin kullanımı yaygınlık kazanmamış, ve konu etrafında uyuşmazlıklar mahkemelere intikal etmemiştir. Bununla birlikte ticari alanda internetin daha yaygın olarak kullanıldığı ülkelerde konu ile ilgili olarak çok sayıda uyuşmazlığın çözümü için taraflar mahkemelere başvurmuşlardır ve konu ile ilgili çok sayıda karar verilmiştir.

Alan isimleri ile ilgili herhangi bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte alan ismi ile ilgili olarak ortaya çıkan problemlerin çözümlenmesinde mevcut kanunlarda bulunan ilgili hükümlerden faydalanılabilir. Alan isimleri ile markalar, işletme adları, şehir isimleri ve özel isimler arasında bir takım sorunlar çıkabilmektedir. Alan isimleri ile marka ve işletme adları arasında ortaya çıkan bu sorunların temelinde “marka tescil sistemi” ile “alan tescil sistemi” arasında bir bağlantının olmamasıdır. Marka tescili, genel olarak coğrafi alan bazında bir kamu kurumu tarafından yürütülmekte iken, alan isimlerinin dağıtımını, herhangi bir fonksiyonel sınırlama olmaksızın kamu kurumu dışında bir kurum tarafından yürütülmektedir<sup>15</sup>. Aynı şekilde ticari (ticaret ünvanı, işletme adı vs) ve gerçek kişilere ait isimlerin hukuki statüsü ile alan isimlerinin hukuki statüsü birbirinden farklıdır. Tescil sistemindeki uyumsuzluk, ticari ve gerçek kişilere ait isimlerle alan isimlerinin statülerinin farklılığı, tanınmış marka ve işletme veya gerçek kişilerin isimlerinin hakkı olmayan üçüncü kişiler tarafından haksız olarak kullanılabilmesi imkanını (cybersquatting) ortaya çıkarmıştır<sup>16</sup>. Alan isimlerinin korunması her ülkenin hukuk sistemlerinde farklı kanun ve hükümlerle sağlanmaktadır. Alman hukukunda alan isimleri öncelikle isimlerin ve şahsiyet hakları ile ilgili hükümlerle korunmaktadır. İsviçre, Hollanda, İngiltere ve

<sup>15</sup> DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyon Raporu, Ankara 2000, s. 244.

<sup>16</sup> DPT, s. 244.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bu koruma, marka hukukunun hükümlerine göre sağlanmaktadır<sup>17</sup>.

Alan ismi etrafında ortaya çıkan hukuki sorunlar için uluslar arası kuruluşlar tarafından değişik çözüm önerileri getirilmeye çalışılmaktadır. Bu kuruluşlardan biri olan WIPO toplantılarında marka ile alan isimleri arasındaki bağlantı üzerinde durulmuş, alan isimleri ile markalar arasındaki ortak sınır veya bağlantı (interface) araştırılmaya değer bulunmuştur ve marka hukukuna ait hükümlerin internette de uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir<sup>18</sup>. Değişik ülkelerde verilen mahkeme kararlarında da olaya markalara ait hükümler uygulanmıştır. Bir diğer uluslararası kuruluş olan INTA (International Trademark Association) da tüketicilerin korunabilmesi için markalar hukukuna ait hükümlerin olaya uygulanması gerektiği görüşündedir<sup>19</sup>.

### III. ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

#### 1. Genel Olarak

Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde belirli bir mal, cins veya hizmetler için kullanılan işaretler ve adlandırmalar marka olarak tescil edilememektedir (Avusturya Marka Himaye Kanunu m. 4 f.1 Alman Markalar Kanunu m. 8 f. 2, nr.1). Cins ve meslek isimlerinin alan isimleri olarak kullanılması halinde ise bu hukuk sistemlerinde doktrin ve mahkeme içtihatları markalara ait söz konusu hükmün alan isimlerine de uygulanması gerektiği yolundadır<sup>20</sup>. Yine İsviçre hukukunda da olaya marka hukukuna ait hükümlerin uygulanabileceği yolunda görüşler bulunmaktadır<sup>21</sup>.

Ayrıca mahkeme kararları ve doktrinde savunulan görüşlere göre özellikle meslek isimleri ve genel kavramların kullanılması hali haksız rekabet halinin bir görünümünü oluşturmaktadır Bu gerekçe ile bu tür alan isimleri-

---

17 MANKOWSKÍ, P.: Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1999, s. 996, 997.

18 An Open Letter from the WIPO to the Internet Community Concerning Domain Name Dispute Resolution Procedures under the gTLD-Mou, [www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm](http://www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm).

19 Internet Domain Name White Paper, [www.inta.org/wpwhole.htm](http://www.inta.org/wpwhole.htm).

20 LAGA, (Die Eintragung von Gattungsbegriffen und beschreibenden Angaben), s. 128; HOEREN, s. 33; Bundespatentgericht, 16.9.1998 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)). LG Köln, 310 513/99) ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)); WERNER, U.: "Markenschutz für Domain-Namen" ([www.ulrichwerner.com/online-recht/t2-3.html](http://www.ulrichwerner.com/online-recht/t2-3.html)).

21 BOSSARD, von T.: "hotmail.ch" muss Name an Microsoft abtreten, 4.5. 2000 ([www.baz.ch/archiv/article\\_108700.html](http://www.baz.ch/archiv/article_108700.html)).

nin kaydının silinmesi gerekmektedir<sup>22</sup>. Bu görüşlerin yasal gerekçesini ise Alman Haksız Rekabet Yasası 1 ve 3 ile Avusturya Haksız Rekabet Yasası'nın 2'nci maddeleri oluşturmaktadır. İsviçre hukukunda da alan isimleri etrafında meydana gelen bu tür uyumsuzlukların haksız rekabet kuralları çerçevesinde çözümlendiği görülmektedir<sup>23</sup>.

Burada üzerinde uzlaşılan bir kaç hususun belirtilmesinde yarar bulunmaktadır. Öncelikle özellikle meslek isimlerinin o mesleğe mensup olmayan biri tarafından alan ismi olarak alınması halinde doktrinde bir haksız rekabet halinin söz konusu olacağı hakkında bir görüş birliği mevcuttur<sup>24</sup>.

Genel isimler veya meslek isimleri, bir kamu hizmeti yapan kurumun kullanacağı isimler de olabilir. Bu halde genel olarak bu tür alan isimlerinin mahkeme tarafından silinmesine karar verilmektedir. Bir mahkeme kararında "bahnhof.de" (istasyon.de) alan ismi üzerinde Alman Demiryolları'nın öncelikli bir hakkının bulunduğu gerekçesi ile bu alan isminin başkaları tarafından kullanılamayacağına karar verilmiştir<sup>25</sup>. Bir diğer kararda ise "amtsgericht.de" (sulh mahkemesi.de) alan ismi altında internet kullanıcılarının ve halkın mahkemeye ait kararları görmeyi bekledikleri vurgulanarak, bu ismin başkaları tarafından alan ismi olarak kullanımı yasaklanmıştır<sup>26</sup>.

## 2. Sorun Üzerinde Tartışmalar

Sorunun çözümünde yaşanan bir hukuki tartışmanın da burada belirtilmesi gerekmektedir. Genel kavramlar, cins isimleri ve meslek isimlerinin alan ismi olarak kaydedilmesi halinde sorun hangi hükümlere göre çözümlenecektir? Genel bir kavramın alan ismi olarak alınması halinde doğacak sorunun ortaya konduğu Frankfurt Temyiz Mahkeme kararının<sup>27</sup> gelişimi ve karar içinde yer alan düşüncelerin ayrıntıları ile ortaya konulması tartışmayı daha iyi aydınlatacaktır.

---

22 LG Köln, 23.8.1999 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)); LG Köln, 7.8.1998 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)); LAGA, (Die Eintragung von Gattungsbegriffen und beschreibenden Angaben), s. 129; HOEREN, s. 34.

23 BOSSARD, von T.: "hotmail.ch" muss Name an Microsoft abtreten, 4.5. 2000 ([www.baz.ch/archiv/article\\_108700.html](http://www.baz.ch/archiv/article_108700.html)).

24 HOEREN, s. 33; THOMAN, s. 19.

25 LG Köln, 31.10.1997 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)) Bir başka kararda da "hauptbahnhof.de" alan isminin Alman Demiryolları'na ait olduğuna hükmedilmiştir (LG Köln, 23.9.1999, ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html))).

26 LG Köln, 1.10.1998 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)).

27 OLG Frankfurt, 13.2. 1997. Kararın tam metni için bkz. [www.online-recht.de/OLGFrankfurt970213.htm](http://www.online-recht.de/OLGFrankfurt970213.htm).

Uyuşmazlığa konu olan “wirtschaft” yani ekonomi sözcüğü “wirtschaft-online” şeklinde alan ismi olarak kullanılmıştır. “Wirtschaft” kelimesinin markalar hukukuna göre korunamayacağına karar veren mahkeme, genel kavramların ve cins isimlerin alan ismi veya bir alan ismi içinde kullanılabilceğini düşünmektedir. Bu tür isimlerin alan ismi olarak kullanımının yasaklanması, ne alman marka hukukuna ne de haksız rekabet kurallarına dayanabilir. Mahkeme alan isimleri ile marka hukuku arasında bir paralellik olduğunu kabul etmekle birlikte marka hukukunda yer alan bazı genel kavramların serbest bırakılması yani herkesin kullanımına açık bulundurulması lüzumunun alan ismi sistemi ile uyuşmadığını da belirtmektedir. Marka hukukunda genel kavramların herkesin kullanımına açık bulundurulması ilkesinin bir monopolleşmeyi engellediği, buna karşılık alan ismi sisteminin gerçek bir monopolleşmeye aracılık ettiği de vurgulanmaktadır. Özellikle her türlü alan ismi sadece bir defa kullanılabilmekte, isimlerin ikinci kez kullanılabilmesine teknik olarak imkan bulunmamaktadır. Bu sebeple alan ismi sisteminde marka hukukundaki gibi serbest bırakılması gereken bir takım kavramlar bulunmamaktadır. Bu durum, marka hukukunun bu tür olaylara uygulanmasını engellemektedir. Burada ayrıca vurgulanan bir diğer husus da Online-adreslerde sadece aynen kullanım bir başka kullanımın engellenmesini gerektirmekte, çok az bir değişiklik ve ya bir ilave ile genel kavramlar tekrar alan ismi olarak kullanılabilir. Oysa bu durum marka hukukunda tamamen farklıdır. Marka hukukunda esas unsura küçük ilaveler, sonucu etkilememektedir. İltibas tehlikesinin varlığı bu ilaveler sebebiyle ortadan kalkmamakta, bir ilgili davaların açılabilmesini engellemektedir. Her şeyden önce internetteki alan isimlerinin kaydı için marka tescil sisteminde olduğu gibi devlet tarafından yerine getirilen bir kontrol ve gözetim fonksiyonu bulunmamaktadır. Bu yönüyle de markalar hukukundan yine bir ayrılma söz konusudur. Yukarıda sayılan farklılıklar marka hukukunun uygulanmaması için yeter sebeplerdir. Mahkeme genel kavramların ve meslek isimlerinin kullanılabilmesini haksız rekabetin genel ilkeleri ile sınırlamaktadır.

Frankfurt Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı, sorunun tartışılmasında merkezi bir konuma sahip olmuştur. Kararda ileri sürülen gerekçeler, özellikle marka sistemi ile alan ismi arasındaki farklılıkların ortaya konması doktrinde de genel kabul görmüş ve genel kavramların alan ismi olarak seçilebileceği veya bir alan ismi içinde kullanılabilceği savunulmuştur<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Bkz. BÖHM, A.: Verfügbarkeit und Schutz von Domain Names, (II. b. Generalklausel) ([www.fu-berlin.de/jura/netlaw/publikationen/bcitracge/ws96-boehm01.html](http://www.fu-berlin.de/jura/netlaw/publikationen/bcitracge/ws96-boehm01.html)), s. 8; NUTHMANN, T.: Der Streit um Domain-Namen- ein aktueller Überblick zur

Kullanılan bu tür alan isimlerinin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürebilmek için mutlaka bir yönüyle rekabeti haksız olarak ihlal ettiğinin ispatlanması gerekmektedir<sup>29</sup>. Örneğin açıkça bir rakibi engellemek için alınan bir alan isminde olduğu gibi.

Meslek isimlerinin alan ismi olarak kullanılması halinde ortaya çıkabilecek bir takım sakıncaların, özellikle haksız rekabetin önlenmesi için bir takım çözümlerde öngörülmektedir. Buna göre cins ve meslek isimlerini kullanan kimselere bir takım yükümlülükler getirilebilir. Bu yükümlülükler örnek olarak cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak alınırken bir takım ilavelerin yapılmasıdır. Fakat bu ilave yapma yükümlülüğü genel bir yükümlülük olmayıp, ancak bir başka şahsın da bu isimden faydalanma ihtiyacının tesbitine göre mahkeme tarafından getirilebilen bir yükümlülüktür<sup>30</sup>.

Mahkeme kararlarında ise genel kavram ve meslek isimlerinin kullanılması ile ilgili çok sayıda uyuşmazlık görülmüş, bunlardan bir kısmında haksız rekabet kuralları ile çözüme ulaşıırken bazılarında da marka hukuku ile çözüme gidilmiştir.

#### a. Haksız rekabet Kurallarının Uygulandığı Kararlar

Mahkeme kararlarında cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak alınması genel olarak haksız rekabet hali olarak görülmüş ve çözümden haksız rekabet kuralları uygulanmıştır.

Almanya'da bir avukatlık(hukuk) bürosunun "rechtsanwaelte-koeln.de" (avukatlık bürosu-köln.de) alan ismini alması mahkeme tarafından Haksız Rekabet Yasası'nın 1 ve 3'üncü maddelerine aykırı bulunmuştur. Çünkü bu alan ismi altında Köln şehrinde faaliyet gösteren sadece bir avukatlık bürosu değil, bilakis bütün Könlü avukatlar veya Köln Barosunun faaliyet göstereceği beklenmektedir<sup>31</sup>.

Bir başka mahkeme kararında<sup>32</sup> "mitwohnzentrale" (birlikte oturma/ev bulma bürosu)nin<sup>33</sup> alan ismi olarak alınmasında Markalar Kanunu m. 8'i uygulanmamış, bir haksız rekabet halinin varlığına karar verilmiştir. Bu alan

---

Rechtsprechung ([www.online-recht.de/voror.html?Domains](http://www.online-recht.de/voror.html?Domains); WEINKNECHT, Anmerkung, [www.weinknecht.de/olgffm.htm#Anmerkung](http://www.weinknecht.de/olgffm.htm#Anmerkung); HERGET, von H.: Domains und Vanity-Nummern, [www.advocating.de](http://www.advocating.de).

<sup>29</sup> BÖHM, (II. b. Generalklausel), s. 8.

<sup>30</sup> LAGA, (Die Eintragung von Gattungsbegriffen und beschreibenden Angaben), s. 129.

<sup>31</sup> LG Köln, 7.9.1998 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)).

<sup>32</sup> OLG Hamburg, 13.7.1999 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)).

<sup>33</sup> Ev bulmak için aracılık yapan kurum, acente olarak faaliyet göstermektedir. Biz burada ev bulma bürosu olarak çevirmeyi tercih ettik



isminin kullanımı, müşteri kitlesini kanalize etmesi dolayısıyla Haksız Rekabet Yasası'nın 1'inci maddesine göre rekabete aykırılık olarak kabul edilmiştir. Mahkeme bir çok internet kullanıcısının görmek istediği mal ve ürün sunumlarına ulaşmak için başlangıçta arama motorlarını kullanmakta olduğunu ve burada arayacağı marka, işletme veya ürünlerin isimlerini yazmakta olduğundan hareket etmektedir. Arama motorları verilen anahtar kelimelere göre web sayfalarını kullanıcıya listelemekte ve onlara büyük bir kolaylık sağlamaktadırlar. Tüketicilerin önemli bir çoğunluğu bu kolaylığı seçmektedirler. Ayrıca "mitwohnenzentrale.de" alan ismi altında tüketiciler daha ziyade ev kiralama derneklerinin veya birliklerinin sunumlarını beklemektedirler.

Ticari alanda "arzt-online.de" (doktor-online.de) alan isminin kullanımı geçici ihtiyati tedbir çerçevesinde yasaklanmıştır<sup>34</sup>.

İsviçre'de bir yüksek mahkeme kararında ise bir kişinin coğrafi yer ismi olan "Berner Oberland" ismini alan ismi olarak kullanması değerlendirilmiştir<sup>35</sup>. Mahkeme kararına konu olan coğrafi isimler herkesin kullanımına açık bulunmaktadır. Ancak bu kullanım, davacının iddia ettiği gibi sınırsız bir kullanım hakkı değildir. Alan isimlerine hakim olan "öncelik" yani "first come first served-önce gelen önce alır" prensibi her zaman için coğrafi alanları önce adına kaydettiren kimseye hak sağlamak anlamına gelmemektedir. Bu tür isimler iki bakımdan sınırlandırılmıştır. Birincisi herkesin kullanımına açık olan bu isimler, uzun süre kullanım dolayısıyla ayırt edici bir özellik kazanmışsa artık bunların bir rekabet ilişkisi içinde başkaları tarafından kullanılmasını engellenmektedir. İkincisi ise bu tür isimlerin özel ilaveler yapmak suretiyle yanıltma tehlikesi bertaraf edilmedikçe kullanımları yasaklanmıştır. Davalı sadece "berneroberland.ch" alan ismini almamış, değişik varyasyonlarını da kendi adına kaydettirmiştir. Davalı monopol oluşturma bir değişik görünümünü burada sunmaktadır. Dolayısıyla mahkeme olayda iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanımı olarak tanımlanan haksız rekabetin varlığını tespit etmiştir. Temyiz Mahkemesi, davalı adına kayıtlı bulunan alan isminin silinmesi hakkındaki ilk derece mahkemesinin kararını onaylamıştır.

Haksız rekabetin uygulandığı bir diğer karar ise "zwangsversteigerung.de" ve "versteigerungskalender.de" alan isimlerinin uyuşmazlık konusu yapıldığı olaydır<sup>36</sup>. Mahkemeye göre burada müşteri kitlesi haksız olarak kanalize edilmekte ve davalıdan başkasının bu alanda

---

<sup>34</sup> LG Düsseldorf, 8.5.2000 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)).

<sup>35</sup> [www.weblaw.ch/kompetenzzentrum/entschberneroberlandbge.htm](http://www.weblaw.ch/kompetenzzentrum/entschberneroberlandbge.htm).

<sup>36</sup> LG Koeln (Naklen, Domain-Newsletter 28, [www.domain-recht.de](http://www.domain-recht.de)).

rekabeti engellenmektedir. Mahkemeye göre burada “first come, first served” (önce gelen önce alır) kuralı da uygulanmaz.

### **b. Marka Hukukunun Uygulandığı Kararlar**

Cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak alınması halinde marka hukuku hükümlerine göre çözüme gidilmesi gerektiği görüşünün ağırlık kazandığı mahkeme kararları da vardır. Bir mahkeme kararında “patent.de” olarak kullanılan alan isminin, patent işleri ile iştigal eden avukatların verdiği hizmetler bakımından marka hukukuna göre gerekli ayırıcı unsuru bulundurmadağı gerekçesiyle kullanılamayacağı belirtilmiştir<sup>37</sup>.

Bir diğer kararda “fahrplan.de” (gidiş-geliş/seyahat tarifesi) alan isminin marka hukuku bakımından korunamayacağı, bu ismin Alman Demiryolları’ndan başka kimseye tahsis edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>38</sup>.

## **IV. Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme**

### **1. Soruna Uygulanacak Hükümler**

Türk hukukunda sorun markalar hukuku ve haksız rekabet hükümleri çerçevesinde bir değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Burada öncelikle marka hukuku ve haksız rekabet hükümlerinin sorunla ilgili hükümlerine genel olarak değinmekte fayda bulunmaktadır.

Markalarla ilgili düzenlemelerin yapıldığı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin (MarKHK) 7’nci maddesine göre “c- ticaret alanında cins, çeşit, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren arkalar, d- ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar, e- malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan kendine malın şeklini veya asli değerini veren şekli içeren işaretler, f- mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar,... h- Paris Sözleşmesinin 2’nci mükerrer 6’ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin izin verme-

<sup>37</sup> Bundespatentgericht, 16.9.1998 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)).

<sup>38</sup> LG Köln, 310 513/99 ([www.gravenreuth.de/kennzei.html](http://www.gravenreuth.de/kennzei.html)).

diği diğer armalar, amblemler veya nişanları içeren markalar, ...j- dini değerleri ve sembolleri içeren markalar,” marka olarak tescil edilemezler.

Yukarıdaki hüküm incelendiğinde aslında “c”, “e” ve “f” başlığı altında incelenen durumlar, “d” başlığı altında düşünülebilir. Gerçekten ticaret alanında herkes tarafından kullanılan işaretlerin içine, hem eşyanın çeşidini, cinsini, vasfını... gösteren işaretler hem de belli bir tip eşyayı gösteren işaretler kolaylıkla girebilir. Bu isimler tasviri işaretler olarak da adlandırılmaktadır<sup>39</sup>. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi de bu sayılan grupların birbirinden bağımsız olmadıklarını ve birbirine geçmiş dairelere benzediklerini ifade etmektedir<sup>40</sup>.

Yine toplumun malı olan tarihi ve kültürel değerleri ifade eden kelimeler, armalar, tuğralar marka olarak kullanılamayacağı gibi, dini değerleri ve sembolleri içeren kelimeler marka olarak tescil edilemezler. Bu tür kelimelerin marka olarak tescilinin yasaklanmasıyla bir taraftan toplumun dini ve milli hassasiyetinin ticari malzeme olarak kullanılmasını engellenmekte diğer taraftan da ticari alanda bu kelimeleri marka olarak sahiplenen kimselerin rakipleri karşısında haksız bir üstünlüğe sahip olmaları önlenmektedir.

MarKHK m.7’de herkes tarafından kullanılan bir kelimenin markanın esas unsurunu oluşturması halinde tescil edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Eski Markalar Kanununun 6’ncı maddesinde tanımını bulan esas unsur, markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurdur. Bir markanın diğerlerinden ayırt ediciliği, iltibasa sebebiyet verip vermediği ve yeniliği gibi hususlarda önemli olan esas unsurdur.

Kanun koyucu, söz konusu hükümlerle marka olarak kullanılacak kelime ve işaretlerle haksız rekabete yol açılmasını engellemek istemiştir. Bu tür kelime ve işaretleri marka olarak kullanan kimselerin rakipleri karşısında haksız bir üstünlük elde etmemeleri için marka olarak tescil edilmeyecekleri kanun koyucu tarafından hükme bağlanmıştır<sup>41</sup>. Bu hüküm gereği, “terzi”, “baklava”, “Konya Fırın kebabı”, “tuhafiye”, “kuyumcu” vb. kelimeler marka olarak tescil edilemeyecekleri gibi, herkesin kullandığı genel isimler, kavramlar da marka olarak tescil edilemeyeceklerdir. Hatta yabancı dilde

<sup>39</sup> ARKAN, S.: Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997, s. 77.

<sup>40</sup> Bu konuda geniş bilgi ve örnekler için bkz. TEKİNAY, S.S.: Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan, Ankara 1988, s. 72 vd.

<sup>41</sup> ARKAN, Marka Hukuku, s. 77, dn. 23.

cins ve vasıf bildiren kelimeler, emtianın cins ve vasfını bildiren ad ve işaretler de tescil edilemezler<sup>42</sup>.

Konuyu haksız rekabet kuralları içinde değerlendirmek de mümkündür. Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre haksız rekabet, aldatıcı hareket ve iyi niyet kurallarına aykırı diğer yollarla ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanımınıdır. Haksız rekabetin unsurları; a. Bir fiil ile ekonomik serbest rekabet hakkı kötüye kullanılmış olmalıdır, b. Bu kötüye kullanma, iyiniyet kurallarına aykırı bir kötü kullanma niteliği taşımalıdır, c. Haksız rekabet teşkil eden fiil dolayısıyla bir başkasının ekonomik yararları zarar görmüş veya zarar görme tehdidinde maruz kalmış olmalıdır.

Haksız rekabetin varlığı durumunda haksız rekabet fiilini işleyen kimseye karşı TTK m. 58'de öngörülen davalardan biri açılabilir. Haksız rekabet fiilini işleyen kimse ile haksız rekabete maruz kalan arasında rekabet ilişkisinin varlığı gerekli değildir. Bu kanun hükümleri ticari olsun olmasın her tür haksız rekabet halinde uygulanabilmektedir<sup>43</sup>. Hatta haksız rekabet davaları, üçüncü kimselere karşı da açılabilir<sup>44</sup>. Fakat ticari olmayan işlerdeki haksız rekabet hallerinde, özellikle de davalı tarafın tacir olmadığı haksız rekabet hallerinde BK.m. 48 uygulanacaktır<sup>45</sup>.

## 2. Değerlendirme

Genel kavramlar, tasviri işaretler ve meslek isimlerinin alan ismi olarak alınması halinde marka hukuku mu yoksa haksız rekabete ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı tartışmasının Türk hukukunda da incelenmesi gerekir. Öncelikle bu değerlendirme yapılırken şu tespitler mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır: 1. Alan ismi bir marka değildir, 2- Alan ismi internette kullanılan ve web sayfalarına ulaşmada ve birbirinden ayırmada kullanılan bir elektronik adrestir, 3- Her alan isminden dünyada ancak bir tane bulunmaktadır.

Bu tespitlerden sonra alan ismi kaydı yaptıran kimse bir marka tescil ettirmemekte, sadece sanal ortamda bir elektronik adres almakta ve bu adreste verilerini sunma imkanı bulmaktadır. Bazı hallerde alan isminin kullanımı, marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır. Bu hallerde alan isimlerine markalar

<sup>42</sup> Danıştay 12.D, 27.6.1972, E.71/3353, K.72/1767 (SAĞLAM, M.A.: Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1976, s. 64).

<sup>43</sup> ARKAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993, s. 270.

<sup>44</sup> Geniş bilgi için bkz. MİMAROĞLU, S.K.: Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, Ankara 1970, s. 292 vd.

<sup>45</sup> ARKAN, Ticari İşletme, s. 271.

hakkındaki hükümler uygulanabilmektedir. Fakat meslek ve cins isimlerinin alan ismi olarak kullanılması halinde kanaatimce marka hukukuna ait hükümler uygulama alanı bulamaz.

Ancak kanaatimce MarKHK m. 7’de marka olarak kaydedilemeyecek isimler ile genel kavramlar arasında bir ayırım yapılmalı ve bir çözüm arayışına girilmelidir. Marka hukukunda özel bir madde ile marka olarak kaydedilemeyeceği hükmünden haksız rekabetin varlığını tespit etmede faydalanılmalıdır. Yukarda da belirtildiği gibi zaten MarKHK m.7’nin amacı da haksız rekabetin önlenmesidir. MarKHK m. 7’de yer alan isimler, yani meslek isimleri, tasviri işaretler ve ürün isimlerinin alan ismi olarak kullanımı halinde haksız rekabetin varlığı kural olarak kabul edilmelidir. Alan isminin dağıtımında ise bu husus re’sen göz önünde tutulmalı ve bu tür isimler kaydedilmemelidir. Bu tür isimleri kaydettirmek isteyenler için mutlaka bu isimlere, örneğin “avukat.com.tr” alan ismine “yılmaz” ilavesi ile “yılmazavukatlık.com.tr” gibi ayırıcı özelliğe sahip ilaveler yaptırılmalı ve daha sonra kayıt yapılmalıdır.

MarKHK m.7 kapsamı dışında kalan “toprak, bulut, hava” gibi genel kavramların alan ismi olarak kullanımı halinde ise her olay ayrı ayrı haksız rekabetin şartları açısından değerlendirilmeye tabi tutulmalı ve haksız rekabetin varlığını tespit işi de mahkemeye bırakılmalıdır.

## SONUÇ

Herkesin kullanımına açık genel kavramlar, meslek isimleri ve tasviri işaretlerin alan ismi olarak kullanılması halinde mahkeme uygulamaları ve doktrinde buna uygulanacak hükümler bakımından bir tartışma bulunmaktadır. Bu tartışmanın ana hatları ayrıntıları ile birlikte yukarda incelenmiştir. Burada kısa değerlendirmeler yapılacaktır.

Alan isimleri elektronik bir adrestir ve bir marka değildir.

Marka hukukunda genel isim, cins ve meslek isimlerinin ayıt edici özelliği bulunmadığı ve bunları marka olarak kullanan kimselerin haksız bir kazanç elde edeceği göz önünde bulundurularak bunların marka olarak tescili yasaklanmıştır.

Alan isminin teknik olarak dünyada sadece bir defa kullanılabilmesi gerçek bir monopolleşmeyi ortaya çıkarmaktadır ve kullanılan bu tür alan isimlerine ilave yapılmaksızın bir daha kullanılamamaktadır. Bu sebeple cins ve meslek isimlerin alan ismi olarak kullanılmasında taraf menfaatlerine göre bir çözüm bulunmalıdır.

Marka ile alan isimleri arasında bulunan temel farklılıklar dolayısıyla meslek ve cins isimlerinin alan ismi olarak alınmasına MarKHK m. 7

hükmü uygulanamaz. Fakat MarKHK m.7’de yer alan isimlerin alan ismi olarak kullanılması halinde haksız rekabetin varlığı kural olarak kabul edilmeli ve söz konusu kavramlar alan ismi olarak verilmemeli veya bu tür alan isimlerine ilaveler yaptırılmalıdır.

“İktisat, ev” gibi genel kavramların alan ismi olarak kullanılması halinde haksız rekabetin varlığı her olay açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Genel kavramların alan ismi olarak alınması, iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasını teşkil edebilir. Bu halde haksız rekabet hükümleri uygulanabilecek ve haksız rekabet davaları ile söz konusu alan isimlerinin silinmesi sağlanabilecektir.

Herhangi bir kamu hizmetinin yapıldığı kurum ve kuruluşların ilgi sahasına giren genel kavramların alan ismi olarak kullanılması hakkı öncelikle bu kurumlara aittir ve herhangi bir uyuşmazlık halinde bu kurumlara öncelik verilmeli ve alan isimleri bu kurumlara tahsis edilmelidir.

# NAFKA ALACAKLARININ YABANCI ÜLKELERDE TAHSİLİ HAKKINDA 20 HAZİRAN 1956 TARİHLİ NEW YORK SÖZLEŞMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHİ\**

## I. GENEL OLARAK

İkinci Dünya Savaşından sonra toplumsal yapıdaki değişiklikler, ekonomik hayatın gelişmesi, bazı ülkelerdeki iş gücü ihtiyacı, iş bulmak ve daha iyi bir yaşam düzeyine kavuşmak isteyen insanların, bir ülkeden diğerlerine göç etmelerine sebep olmuştur. Batı Avrupa ve Amerika'ya büyük bir iş gücü akımı olmuştur. Kendilerinin ve ailelerinin ihtiyaçlarını temin etmek ve geleceklerini güvence altına almak için yurt dışına giden bu insanlar geride; eşlerini, çocuklarını, ana ve babalarını, kardeşlerini ve yakınlarını kaderleri ile baş başa bırakmışlardır.

Nafaka hususunda ülke içi hukukî düzenlemelerin ihtiyaçları gereği gibi karşılayamaması ve özellikle nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusunun farklı ülkelerde bulunması durumunda ortaya çıkan problemleri gidermek amacıyla nafaka hususunda milletlerarası sözleşmelerin düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Özellikle Avrupa'da çalışmakta olan ve sayıları milyonları bulan Türk vatandaşlarının bir kısmının, Türkiye'de nafakaya muhtaç ve kanunen nafaka ödemek zorunda oldukları yakınları ile ilgilenmedikleri ve bu hususun önemli bir problem oluşturduğu bir gerçektir. Türkiye, New York Sözleşmesine taraf olmakla önemli bir adım atmıştır.

## II. TARİHÇE

### A. Nafaka Konusundaki Uluslararası Sözleşmelerle İlgili Çalışmalar

Nafaka konusu üzerine milletlerarası düzeyde çalışmalar Birinci Dünya Savaşının (1914 -1918) sona ermesi ile başladı<sup>1</sup>. Her şeyden önce müzakere-

---

\* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

lerde nafaka hukuku konusunda yabancı ilâmlarının icrası ön plana çıktı. İlk olarak 1925 yılında “Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkede Yerine Getirilmesi” konusunda bir tasarı hazırlandı<sup>2</sup>. Bu tasarı Milletler Cemiyetinin yetkili komisyonu tarafından ele alındı. Bu safhada sadece küçük yaştaki çocuklar lehine bir tasarı planlandı. Kısıtlı bir kullanım sahası olan böyle bir sözleşmenin değerinin az olacağına karar verildi. Fakat daha sonra meseleyi daha geniş tutmak kanaatiyle bu çalışma, 1929 yılında “Devletlerarası Hukusi Hukuku Birleştirme Enstitüsü” ne devredildi. Enstitü uzun süren çalışmalarından sonra 1938 yılında, yabancı memleketlerde nafaka ilâmlarının tanınması ve tenfizine dair bir sözleşmenin ilk tasarısını hazırladı. 1939 yılında İkinci Dünya Savaşının başlaması bu konudaki çalışmalarını engelledi.

İkinci Dünya Savaşından sonra 1948 yılında Roma Enstitüsü bu mesele üzerine yeniden çalışmaya başladı. 1949 yılında yeniden gözden geçirilmiş olarak hazırlanmış olduğu tasarını<sup>3</sup> Birleşmiş Milletler İktisadi ve Sosyal Konseyine takdim etti. Ancak bu tasarı Birleşmiş Milletler İktisadi ve Sosyal Konseyinde (ECOSOC) başarıya ulaşamadı. Zira tasarıda sadece nafaka ilâmlarının exequatur beyan ile tenfiz edilebileceği dikkate alınmıştı. Fakat exequatur usulü üye devletlerin bir kısmında mesela; Büyük Britanya, Kuzey İrlanda ve Amerika Birleşik Devletlerinde bulunmamaktaydı. Sonuç olarak, Birleşmiş Milletler İktisadi ve Sosyal Konseyi 13. oturumunda<sup>4</sup>, Genel Sekreteri yapılan müzakereler sonunda yeni tasarı hazırlamak ve bir ihtisas komisyonu ile birlikte çalışmak üzere görevlendirdi. Yapılan çalışmalar sonunda Genel Sekreter iki tasarı takdim etti.

- 
- 1 Schrifttum zur Vorgeschichte: KRAEMER-BACH: Les actions alimentaires en droit international, Paris 1953, s.1 vd. ; CONTINI, The United Nations Draft Conventions on Maintenance Claims, 3 of American Journal of Comparative Law 1954, s.543; LIPSTEIN, A Draft Convention on the Recovery Abroad of Claims for Maintenance, International and Comparative Law Quarters 1954, s. 125; SCHWIND Fritz, Der gesetzliche Unterhaltsanspruch im internationalen Recht, (österreich.) Jur. Blätter 1956, s. 193; FERID von Murat, Zum Stand der Entwicklung im internationalen Unterhaltsrecht, RamRZ 1956, s.196; (MECKE Friedrich, Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland (vom 20. Juni 1956), 8 April 1983, s.1).
  - 2 Vgl. Document S.D.N. -U.D.P. 1938 Etudes II: Dettes Alimentaires/Doc. 13 (1) s.307; dazu SILBERNAGEL A., Vollstreckung von Alimentenurteilen im Ausland in Schweiz. Juristenzeitung 1925/26, s. 39; (MECKE, 1).
  - 3 Yabancı Ülkelerdeki Nafaka İlamlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Sözleşmenin Öntasarısı - Doc. 16 (1) U.D.P. 1950-; (MECKE, s. 2).
  - 4 Resolution 390 H (XIII) vom 9.8.1951; (MECKE, s. 2).



a. Birinci tasarı; yabancı memlekette nafaka taleplerinin tenfizi hakkında çok taraflı bir sözleşme tasarısı<sup>5</sup>,

b. İkinci tasarı; yabancı memlekette nafaka taleplerinin takip edilebilmesi için çok taraflı bir sözleşme tasarısı<sup>6</sup>.

Bu tasarılar iki farklı çözüm içeriyordu. Birinci tasarı, bir devlette verilmiş olan nafaka ilâmlarının ikinci bir devlette tenfiz esasından hareket ederek, bunu temin içinde exequatur<sup>7</sup> veya tescil<sup>8</sup> usulünü nazara alıyordu. Genel Sekreterin ikinci tasarısı, bir kaç yıl önce Amerika Birleşik Devletlerinde kabul edilen düzenlemeyi örnek alıyordu<sup>9</sup>. Nafaka taleplerinin yabancı memlekette takip edilebilmesini temin için devlet mahkemeleri arasında sıkı bir işbirliğini öngörmekteydi. Birleşmiş Milletlerin İhtisas Komisyonu ise, Genel Sekreterin ikinci tasarısı üzerinde durmuştur. Bu milletlerarası işbirliğine bağlı bir husustu. Eğer bu işbirliği devletlerin mahkemeleri tarafından yerine getirilmeyecek ise, ihtisas komisyonunun fikrine göre idarî yolla temin edilebilirdi. Burada nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusunun ikamet ettiği devletlerin birbiriyle işbirliği yapacak büroların kurulması öngörülmüştür.

İhtisas komisyonu<sup>10</sup> müteakip sebeplerden dolayı nafaka ilâmlarının tenfizi hakkındaki çok taraflı sözleşmelerde çözüme ulaşamayacağı sonu-

---

5 Model Convention on the enforcement of maintenance obligations -E/AC. 39/L 3 and Corr. 1, (MECKE, s. 2).

6 Model bilateral agreement on the enforcement abroad of maintenance obligations -E/AC. 39 L. 6-, (MECKE, s. 2).

7 Exequatur, Kara Avrupa hukukunda düzenlenmiştir. Yetkili mahkemenin hukukuna göre aranan şartlar gerçekleşmişse yabancı mahkeme kararı ile ilgili olarak exequatur kararı verecektir. Bu karar üzerine yabancı mahkeme kararındaki hükmün tenfizi sağlanacaktır.

8 Tescil usulü İngiliz hukukunda düzenlenmiştir. Basit bir tenfiz usulü olup, yabancı mahkemelerden alınan kararların tesciline dayanmaktadır. İlk olarak 1868 tarihli "The Judgment Extension Act" ta düzenlenmiştir. 1920 tarihli "The Administration of Justice Act" ile kapsamı genişletilmiş ve daha sonra 1933 tarihli "Foreign Judgment Act" ta ise, teferruatlı bir şekilde ortaya konmuştur.

9 Burada iki örnek yasa söz konusudur:

a. The Uniform Support of Dependents Law, 1949, übernommen von New York - 8 New York Laws, 149, Capt. 807, und 9 anderen Staaten (s. hierzu Illinois Law Review Vol. 45, s. 252).

b. The Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act, 1950/1953, ausgearbeit von der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. (MECKE, s. 2).

10 Bu komisyonda: Prof. Meijers (Hollanda), Prof. Yntema (A.B.D.), Matteucci (İtalya), Frau Kraemer-Bach (Fransa), Prof. Lipstein (İngiltere), Saleh (Lübnan), Prof. de San Tiago Dantas (Brezilya) Der Sachvertandigenausschunss tagte vom 8. bis 28.8.1952 in Genf bulunmaktadır. (MECKE, s. 3).

cuna vardı. Nafaka alacaklısı için yabancı memlekette ikamet eden nafaka borçlusuna karşı nafaka ilâmının tenfizi kararı alması çok seyrek mümkün olabilir. Çünkü hukukî durum buna uygun olmayabilir. Fakat eğer birinci ülkenin hukukuna göre hukukî bir çözüm yolu mevcut olduğundan, alınan ilâmın ikinci ülkede tenfiz edilip edilmeyeceği ise şüphelidir. İhtisas komisyonu bu hususta tenfizle ilgili sorunların ancak bu sebeplerden dolayı yeni bir sözleşme düzenlenebileceği görüşündedirler. Bu durum karşısında yeni bir tasarı önerildi<sup>11</sup>. Halbuki bu proje Birleşmiş Milletler nezdinde ihtisas komisyonunca açıklanan esaslı şüphelerden dolayı daha fazla takip edilmedi<sup>12</sup>. Fakat bu tasarı bir kaç yıl sonra Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili La Haye Konferansının VIII. oturumunda önem kazandı<sup>13</sup>.

İhtisas Komisyonu bu yüzden Genel Sekreterin öne sürdüğü yukarda açıklanan ikinci tasarımı içeren ve nafaka taleplerinin kabulüne özellikle de yabancı ülkedeki nafaka borçlusundan nafakanın tahsilinin kolaylaştırılması hususunu incelemeye devam etmiştir. Komisyon istisnasız Amerikan sistemini aynen kabul etmekten sarfı nazar etmiştir. Böylece davanın ilk ülkede başladığı ve daha sonra da davanın başka bir ülkeye gönderilmesinin uluslararası düzenlemelerle bağdaşmadığı için ikinci ülkede devam ettirilmesi göz önünde tutulmamıştır. Uluslararası ittifakın temel düşüncesinde bu yazılmıştır. İhtisas komisyonunun fikrine göre şayet bu ilişki mahkemeler tarafından yerine getirilemiyorsa, idarî yolla temin edilebilirdi. Nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusunun ikamet ettikleri devletlerde birbirleri ile işbirliği yapacak büroların (aracı kurum ve gönderici makam) oluşturulması bu görüşe istinat eder. Nafaka alacaklısının ikamet ettiği ülkedeki aracı makam bunun yanında yabancı ülkedeki nafaka borçlusuna karşı nafaka talebini yerine getirebilmek için yazılı delilleri toplaması gerekir. Bu amaçla gönderici makam nafaka borçlusunun ikamet ettiği devletin aracı kurumu ile ilişki içinde ol-

---

<sup>11</sup> Draft of a Model Convention on the enforcement abroad of maintenance orders -Doc. E/AC. 39/1 Annex II-, (MECKE, s. 3).

<sup>12</sup> Ekonomik ve Sosyal Konsey onyedinci oturumunda (26.04.1954 tarihinde) hükümetlere bu taslağı çok taraflı bir sözleşme veya yeknesak bir kanun şeklinde kabul edilmesini önermiştir- Resolution 527 (XVII). (MECKE, s. 3).

<sup>13</sup> Julliot de la Morandiere: La huitieme session de la Conferance de droit international prive de La Haye, in der Revue critique de droit international prive 1957, s. 1 (11); de Winter: Recente ontwikkelingen in het international alimentatierecht in Weckblad voor Privatrecht, Notaris - ambt en Registratie, 1958, s. 37, 50, 61, 73, 85. Der Entwurf liegt dem Haager Übereinkommen vom 15.4.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (BGBl. 1961 II, s. 1005) zugrunde, (MECKE, s. 3).

ması gerekir. Yeni türdeki bu fikirler Birleşmiş Milletler İktisadi ve Sosyal Konseyinin XVII. oturumunda (Nisan 1954) görüşüldü<sup>14</sup>.

Konsey bunu önemli bir ilerleme olarak görüyordu. Alınan karar gereğince önce devletlerin, ihtisas komisyonu tasarısını uygun görüp görmedikleri ve bu tasarı üzerinde milletlerarası konferans davetini kabul edip etmeyecekleri soruldu. Olumlu cevap alınması üzerine İktisadi ve Sosyal Konsey 17 Mayıs 1955 tarihli XIX. oturumunda, hükümetleri New York' ta bir milletlerarası konferansa davet kararı aldı<sup>15</sup>. Müzakerenin konusu İhtisas Komisyonunun tasarısı idi<sup>16</sup>.

### **B. New York Sözleşmesi**

Birleşmiş Milletlerin gözetiminde, 29 Mayıs - 20 Haziran 1956 tarihleri arasında New York' ta bir milletlerarası konferans düzenlendi. Konferansa otuz iki ülke katıldı<sup>17</sup>. Dokuz devlet ise konferansa gözlemci gönderdi<sup>18</sup>. Ayrıca bundan başka yirmi dört kuruluş da konferansa temsilci göndermiştir. 20 Haziran 1956 tarihinde sözleşme ittifakla kabul edildi. On beş devlet tarafından imza edildi<sup>19</sup>. Sözleşme İsrail, Guatemala ve Fas'ın dahil olması ile 25 Mayıs 1957'de yürürlüğe girdi.

Türkiye Cumhuriyeti ise, 26 Ocak 1971 tarih ve 1331 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Nafaka Alacakların Yabancı Memleketlerde Tahsili Hakkındaki Sözleşme"nin onay belgesinin tevdiinden bir ay sonra yürürlüğe girmek üzere onaylamış; Dışişleri Bakanlığı'nın 17 Şubat 1971 tarih ve 1/112.502-160 sayılı yazısı üzerine ve 31 Mayıs 1963 tarih ve 244 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, Bakanlar Kurulunca 2 Şubat 1971 tarihinde kararlaştırılmıştır. Sözleşme metni ise, 18 Mart 1971 tarih ve 13782 sayılı Resmi Gazete de yayınlanmıştır. Bu çerçevede New York Sözleşmesi Türkiye açısından 2 Temmuz 1971 tarihinde yürürlüğe girmiş bu-

<sup>14</sup> Resolution 527 (XVII). (MECKE, s. 4).

<sup>15</sup> Resolution 527 (XIX). (MECKE, s. 4).

<sup>16</sup> Doc. E/AC. 39/1 Annex 1. (MECKE, s. 4).

<sup>17</sup> Afganistan, Arjantin, Belçika, Bolivya, Sri Lanka, Çin Cumhuriyeti, Kosta Rika, Danimarka, Federal Almanya, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Fransa, Yunanistan, İran, İsrail, İtalya, Japonya, Yugoslavya, Kamboçya, Kolumbiya, Kore, Küba, Meksika, Monaco, Hollanda, Norveç, Avusturya, Filipinler, İsveç, Uruguay ve Vatikan. (MECKE, s. 4).

<sup>18</sup> Guatemala, Kanada, Lübnan, Peru, İsviçre, Çekoslovakya, Türkiye, Venezuela ve İngiltere. (MECKE, s. 4).

<sup>19</sup> Bolivya, Sri Lanka, Federal Almanya, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Yunanistan, İsrail, Kamboçya, Küba, Meksika, Monaco, Hollanda, Filipinler ve Vatikan. (MECKE, s. 4).

lunmaktadır<sup>20</sup>. 20 Haziran 1956 tarihli New York Sözleşmesi, nafaka ilâmlarının tanınması ve tenfizi konusundaki sözleşmeleri tamamlayıcı nitelik taşır<sup>21</sup>.

### C. New York Sözleşmesi İle İlgili 13 - 17 Kasım 1995 Tarihli La Haye Konferansı

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin çağrısı üzerine, 1956 tarihli New York Sözleşmesinin uygulanmasında meydana çıkan problemler, bunların çözüm yolları ve yabancı ülkelerdeki nafaka alacaklarının tahsilinin kolaylaştırılması konusunda La Haye' de 13-17 Kasım 1995 tarihleri arasında özel bir konferans düzenlendi. Bu konferansta görüşülen problemler ve çözüm yolları da burada ele alınmıştır. Konferansa bu konunun uzmanlarının yanında, bu sözleşme hükümlerine göre ülkelerinde nafaka alacaklarının tahsili konusunda görev yapan eksperler katılmışlardır.

Bu konferansta, New York Sözleşmesinin uygulanmasında meydana gelen güçlüklerin sebepleri olarak, Sözleşmeye taraf olan devletlerin farklı yaşam standartlarına, farklı dine ve farklı felsefeye sahip olmaları gösterilmiştir<sup>22</sup>.

### III. SÖZLEŞMENİN GENEL TANIMLANMASI

Sözleşme, dibace ile başlamakta ve 21 maddeden oluşmaktadır.

1. maddede sözleşmenin amacı, 2. maddede kurumların tayini, 3. maddede talebin gönderici makama sunulması, 4. maddede dosyanın intikali, 5. maddede hükümlerin ve diğer adli muamelelerin intikali, 6. maddede aracı

<sup>20</sup> NÖMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1996, s. 243; TEKİNALP Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 1999, s. 202 - 204; ÇELİKEL Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2000, s. 234-236; ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 274-284.

1982 Anayasası'nın 90. maddesi "Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" şeklindeki son fıkra hükmü gereğince, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş olan bu sözleşme kanun hükmündedir. Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mahkemelerce re'sen uygulanması gerekir.

<sup>21</sup> BÖHMER Von Christof/SIEHR Kurt, Das gesamte Familienrecht, Bant 2, Das Internationale Recht, 3. Auflage, Frankfurt a. M. Loseblatt (Stand September 1985), Einf. 8.6. s. 7; BAUMANN Von Peter, Die Annerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Unterhaltssachen, Bielefeld 1989, s. 137.

<sup>22</sup> Hague Conference on Private International Law, General Conclusions, of the Special Commission of November 1995 on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention of 20 June 1956 on the Recovery Abroad of Maintenance, Hague 1995, C. 6, s. 11.

kurumun görevleri, 7. maddede istinabe, 8. maddede adli kararların tadili, 9. maddede muafiyet ve kolaylıklar, 10. maddede paraların transferi, 11. ve 12. maddede federal devletler ile muhtariyeti olmayan veya vesâyet altında olan devletler açısından sözleşmenin uygulanma şekli, 13. maddede imza, onama ve katılma, 14. maddede yürürlüğe giriş, 15. maddede fesih, 16. maddede ihtilafların halli, 17. maddede ihtirazi kayıtlar, 18. maddede mütekabiliyet, 19. maddede Genel Sekreter tarafından yapılacak bildirimler, 20. maddede tadil ve 21. maddede sözleşmenin aynı derecede muteber olan İngilizce, Çince, İspanyolca, Fransızca ve Rusça lisanlarında aslı Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğinde saklanmak üzere tanzim edilmiştir.

#### **IV. SÖZLEŞMEYE TARAF OLAN ÜLKELER**

Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili İle İlgili Sözleşmeye, her geçen gün yeni devletler katılmaktadır<sup>23</sup>.

La Haye Konferansında özellikle, New York Sözleşmesinin daha iyi uygulanabilmesi için, her yıl sözleşmeye taraf olan ülkelerin ve bu ülkelerin merkezi makamlarını gösteren listenin düzenlenerek, Sözleşmeye taraf olan ülkelere gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>24</sup>.

#### **V. SÖZLEŞMEDEKİ HUKUKİ DÜZENLEME**

##### **A. Sözleşmenin Amacı**

Sözleşmenin amacı dibace ve 1. maddede belirtilmiştir. Dibace bölümünde, kanunen kendilerine bakmakla mükellef olan kimselerin yabancı

---

<sup>23</sup> 15 Mayıs 1995 tarihi itibarıyla New York Sözleşmesine katılmış olan ülkeler şunlardır: Almanya (19.8.1959), Arjantin (29.12.1972), Avustralya (14.3.1985), Avusturya (15.8.1969), Barbados (18.7.1970), Belçika (31.7.1966), Bosna-Hersek, Brezilya (14.12.1960), Burkina Faso, Cezayir (10.10.1969), Çek Cumhuriyeti (2.11.1958), Çin (25.7.1957), Danimarka (22.7.1959), Ekvator (4.7.1974), Filipinler (20.4.1968), Fas, Finlandiya (13.10.1962), Fransa (24.7.1960), Guatemala (25.5.1957), Haiti (14.3.1958), Hırvatistan, Hollanda (30.8.1962), Hollanda Antilleri (30.8.1962), Holly See, Galler (12.4.1975), Kap Verde (13.10.1985), Kıbrıs (7.6.1986), Kuzey İrlanda (12.4.1975), İngiltere (12.4.1975), İskoçya (12.4.1975), İspanya (5.11.1966), İsrail (25.5.1957), İsveç (31.10.1958), İsviçre (4.11.1977), İtalya (27.8.1958), Lüksemburg (1.12.1971), Macaristan (22.8.1957), Makedonya, Meksika, Monako (28.7.1961), Marokko (25.5.1957), Nijerya, Norveç (24.11.1957), Orta Afrika Cumhuriyeti (14.11.1962), Pakistan (13.8.1959), Polonya (12.11.1960), Portekiz (24.2.1965), Romanya, Slovak Cumhuriyeti (2.11.1958), Slovenya, Sri Lanka (6.9.1958), Surinam (11.11.1979), Sili (8.2.1961), Tunus (15.11.1968), Türkiye Cumhuriyeti (2.7.1971), Yeni Zelanda (26.3.1986), Yugoslavya (28.6.1959), Yunanistan (1.12.1965) ve Vatikan (4.11.1964) dir. Ayrıca Bolivya, Kamboçya, Kolombiya, Küba, Dominik Cumhuriyeti ve El Salvador Sözleşmeyi imzalamış fakat henüz onaylamamıştır.

<sup>24</sup> Hague Conferance on Private International Law, N. 54/b, s. 27.

memleketlerde bulunan ve ihtiyaç içinde olan şahısların karşılaştığı insani probleme bir çözüm yolu bulunmasının ivediliği ve nafaka davalarının yabancı memleketlerde takibi veya nafaka ilâmlarının yabancı memleketlerde tenfizinin ciddi ameli ve kanunî güçlükler meydana getirdiği mütalaa edildiğinden, bu problemin çözülmesini ve bu güçlüklerin ortadan kaldırılmasını mümkün kılacak vasıtaları meydana getirmektir.

Sözleşmenin 1. maddesinde, âkit taraflardan birinin ülkesinde bulunan ve bundan sonra "alacaklı" diye isimlendirilen bir şahsın, âkit taraflardan başka birinin yargısına talip olup, bundan sonra "borçlu" diye isimlendirilen bir şahıstan hakkı olduğunu iddia ettiği, yabancı ülkelerde bulunan ve ihtiyaç içinde olan kimselerin nafaka alacaklarının tahsilini kolaylaştırmaktır<sup>25</sup>.

Bu sözleşme nafaka davalarının yabancı memleketlerde takibi veya nafaka ilâmlarının yabancı memleketlerde tenfizinin kanunî ve pratikteki güçlükleri azaltmak amacıyla hazırlanmıştır<sup>26</sup>.

#### B. Sözleşmenin Uygulama Alanı

Sözleşmenin uygulanmasında en önemli koşul nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusunun farklı ülkelerde bulunmasıdır. Alacaklı ile borçlunun herhangi bir şekilde farklı ülkelerde bulunması sözleşmenin uygulanabilmesi için yeterli kabul edilmiştir<sup>27</sup>.

Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, sözleşmedeki çözüm yollarının ulusal veya uluslararası hukuk yollarının yerini almayacağı, ancak bunlara ek olacağı belirtilmiştir. Bundan çıkan anlam şudur, âkit devletler Sözleşmenin getirdiği kolaylaştırıcı hükümleri ancak kendi milli hukukuna veya benimsediği devletler hususi hukuku kurallarına aykırı düşmediği takdirde uygulayacaktır<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> ULUOCAK Nihal, La Haye Nafaka Sözleşmesinde (1956) Nafaka Statüsünün Nesep Statüsünden Bağımsız Düzenlenmesine İlişkin Sorunlar, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, s. 930.

<sup>26</sup> ANSAY Tuğrul, Türk Devletler Özel Hukukunu İlgilendiren Milletlerarası Sözleşmeler, Adalet Dergisi, Sayı 12, Ankara 1972, s. 852-853.

<sup>27</sup> DİZDAR, A. Murat, "Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Hakkında New York Sözleşmesi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No:16, Yıl, 1979-1980-1981, İstanbul 1985, s. 179

<sup>28</sup> REZAKİ Sait/ÖZDEMİR Salim, Açıklamalı ve Uygulamalı İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve ilgili Mevzuat, Ankara 1974, s. 209.

### **C. Sözleşmenin Uygulama Organları**

Sözleşmeye katılan her devlet, onay veya katılma belgesinin tevdiî sırasında her âkit taraf, kendi ülkesinde gönderici makamlarının vazifesini yapacak bir veya bir kaç idarî veya adlî makam tayin eder (New York Söz. m. 2/ fik. 1). Gönderici makam, ihtiyaca göre birden fazla olabilir. Uygulamada bu makamlar genellikle Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı veya Sosyal Yardım Bakanlığı olabilmektedir. Yapılan işin gereği özel kurumlara bu görev verilemez<sup>29</sup>.

Onay veya katılma belgesinin tevdiî sırasında her âkit taraf kendi ülkesinde aracı kurumun vazifesini yapacak kamusal veya özel bir makam tayin eder (Söz. m. 2/ fik. 2). Aracı kurum bir resmi makam olabileceği gibi, özel bir kurum da olabilir. Aracı kurumlar talepleri tek elden değerlendirme gayesine uygun olarak her âkit devlette ancak bir tane olabilir<sup>30</sup>.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin, Sözleşmeden doğan mükellefiyetleri gereği gibi yerine getirebilmesi için; gerekli eleman, araç, gereç (bilgisayar) ve finansman olarak bütün ihtiyaçları sağlaması gerekmektedir.

Bu iki makam o ülke açısından uygulama organlarını oluşturur. Her âkit taraf gönderici makamını veya aracı kurumunu ve bunların değişmesi halinde bu değişikliği derhal Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirmekle görevlidir (New York Söz. m. 2 / fıkra 3).

Sözleşmenin 2. maddesi, her âkit devletin adlî veya idarî iki organ tayin etmesini öngörmektedir. Bunlardan birincisi, müracaatları diğer bir âkit devletin yetkili kılınmış merciiine intikal ettirecek “gönderici makam”, diğeri ise yabancı ülkelerden yapılacak müracaatları kabul edecek olan “aracı kurum” dur. Tayin edilecek olan bu merciler, katılma belgesiyle birlikte Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilecektir<sup>31</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti açısından sözleşmenin uygulanmasında merkezi makam görevini Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü<sup>32</sup> üstlenmiş olup ve bu görevi yerel Cumhuriyet Başsavcılığı

<sup>29</sup> NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukukunda Nafaka, İstanbul 1967, s. 166.

<sup>30</sup> NOMER, Nafaka, s. 166-167.

<sup>31</sup> REZAKİ/ÖZDEMİR, s. 209.

<sup>32</sup> 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Ekli Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (Karar Sayısı: KHK/528). Bu kararname 18 Mayıs 1994 tarihli ve 3990 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulunca 18 Mayıs 1994 tarihinde kararlaştırılmıştır.

aracılığı ile yerine getireceği, sözleşmenin tevdi makamı olan Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirmiş bulunmaktadır.

Gönderici makamlar ve aracı kurumlar, diğer âkit tarafın gönderici makamları ve aracı kurumları ile doğrudan doğruya temasa geçebilirler (New York Söz. m. 2 /fıkra 4). Mesela, alacaklısı Türkiye'de borçlusu Almanya'da bulunan bir nafaka ilişkisinde, Türkiye açısından "gönderici makam" ve "aracı kurum" olarak görevlendirilmiş olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, Almanya bakımından "aracı kurum" görevini üstlenmiş olan Almanya Federal İdare Makamı ile doğrudan doğruya temasa geçecektir.

#### **D. Sözleşmenin Uygulanma Şekli**

##### **1. Gönderici Makama Başvuru ve Gerekli Belgeler**

Sözleşmenin uygulanması açısından, nafaka alacaklısı olan şahsın ülkesindeki gönderici makama müracaat etmesi şarttır. Gönderici makam kendisine yapılan bu başvuruyu inceler, gerekli belgeler mevcut ve usulüne uygun düzenlenmişse, borçlunun bulunduğu devletin aracı kurumuna iletir.

Sözleşme metninde, nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusunun tarifi yapılmamıştır. Bu durumda bulunduğu ülke hukukuna göre kanunî bir nafaka

---

Madde. 1- 29.3.1984 tarihli ve 2992 sayılı Kanunun 8. maddesine (e) bendinden sonra gelmek üzere (f) bendi eklenmiş ve (f) bent harfi (g) olarak değiştirilmiştir.

Madde. 13/A. Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün görevleri, 244 ve 1173 sayılı Kanunlarla Dışişleri Bakanlığına verilen görev ve yetkiler saklı kalmak kaydı ile şunlardır. Bu maddenin (h) bendine göre, nafaka alacaklılarının yabancı ülkelerde tahsili ile ilgili sözleşmelere ait işlemleri yerine getirmektir (RG. 20 Mayıs 1994 S. 21939).

Anayasa Mahkemesinin 8 Temmuz 1994 gün ve E. 1994/54 K.1994/49 sayılı kararı ile sonuç olarak; 18.5.1994 günlü 528 sayılı "2992 Sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Ekli Cetvelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname" nin yürürlüğün durdurulması isteminin reddine oybirliği ile, dayanağını oluşturan 18.5.1994 günlü, 3990 sayılı yetki yasasının Anayasa Mahkemesinin 5.7.1994 günlü, Esas 1994/50, Karar 1994/44-2 sayılı kararıyla iptal edilmesi edeni ile, Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline, Güven DİNÇER ve Lütfi F. TUNCEL' in " Kanun Hükmünde Kararname' nin kamu görevlileri için yeni kadrolar ihdasına ve kamu görevlilerine yeni mali haklar verilmesine imkan tanıyan hükümleri yönünden iptali gerektiği", Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI' nin ise "Kararname'nin dayanağını oluşturan yetki yasasının iptali, önceden çıkarılmış Kararname'nin iptal gerekçesi olamayacağı" yolundaki karşı oyları ile oyçokluğuyla, 8.7.1994 gününde karar verildi (RG. 29 Temmuz 1994 S. 22005).

Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü' nün kuruluş kararname'si Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Fakat bu Genel Müdürlük iptale rağmen görevini ifa etmeye devam etmektedir.



hakkının alacaklısı sıfatını taşıyan kişiye bu hak tanınmıştır<sup>33</sup>. Borçluyu ise, Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında "...borçlunun fiilen bulunduğu devletin kanunu"nun borçlu olarak gösterdiği kişi şeklinde anlamak doğru olur<sup>34</sup>.

Alacaklısı Türkiye'de, borçlusu yabancı ülkede bulunan nafaka işlemlerinde, Cumhuriyet Başsavcılığı aşağıda belirtilen belgelerin düzenlenmesinde nafaka alacaklılarına yardımcı olacaklar ve belgeleri, ilgili devlet aracı kurumlarına ulaştırmak üzere gönderici makam olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne göndereceklerdir.

Sözleşmenin 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, her âkit devlet nafaka taleplerinin normal olarak istinat etmesi gereken belgeleri, bu belgelerin kabule şayan olması için, ne şekilde arz edilmesi gerektiğini ve bu kanunun vazettiği diğer şartları Genel Sekretere bildirecektir.

Böylece Sözleşmenin 3. maddesinin 2. fıkrası, âkit devletlere bir vecibe yüklemektedir. Buna göre, her âkit devlet nafaka iddialarının sübut delillerini, bu delillerin ikame usullerini ve kendi kanunlarının öngördüğü gerekli belgeleri Genel Sekretere bildirecektir. Nafaka dava ve takiplerinde borçlunun ikamet etmekte bulunduğu ülkenin milli kanunları ile uluslararası hukuk kuralları uygulanacağı için yukarıdaki hususların her âkit devlet tarafından bilinmesi lazımdır<sup>35</sup>.

Sözleşmenin 3. maddesinin 4. bendine göre, nafakanın tahsili için yapılacak başvurunun ihtiva edeceği belge ve bilgileri tayin etmiştir.

Nafaka talebinde bulunanın adı, soyadı, doğum tarihi, vatandaşlığı, mesleği ve varsa kanunî temsilcisi (New York Söz. m. 3/b.4 a);

Borçlu muhatabın adı, soyadı, doğum tarihi, vatandaşlığı, mesleği ve istekte bulunanın bilgisine göre borçlunun son beş sene içindeki adresleri (New York Söz. m. 3/b.4 b);

Nafaka talebinin mesnedini teşkil eden esaslar, istenen nafaka ve alacaklı ile borçlunun malî ve ailevi durumlarına ilişkin bilgiler gibi sair hususlar (New York Söz. m. 3/b.4 c);

Aracı kuruma, alacaklı namına hareket etme veya alacaklı namına hareket etmeye ehil bir şahıs tayin etme yetkisi veren bir vekâletname (New York Söz. m. 3/3);

---

<sup>33</sup> BAUMANN, s. 137.

<sup>34</sup> DİZDAR, s. 184

<sup>35</sup> REZAKİ Sait, "Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili İle İlgili Sözleşme", *Adalet Dergisi*, Yıl 1971, Sayı. 8, s. 483.

Alacaklının ve mümkün ise borçlunun birer fotoğrafı, nafaka talebi ile beraber sunulmalıdır (New York Söz. m. 3/3).

Kendisine başvuru gönderici makam, bu hususların noksan olmamasına dikkat edecek ve noksanlıkları tamamlattıracaktır. Bu şekilde hareket etmemesi durumunda, bu belgeler Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından noksanlıkları tamamlayıncaya kadar işleme alınmayacaktır. Çünkü bu belgeler sonuçta yabancı ülkeye gönderilecektir. Bu açıdan bu husus titiz bir çalışmayı gerektirmektedir.

İşte bu hususları dikkate alan Adalet Bakanlığı ilgili Genel Müdürlük vasıtasıyla bu konuda 25 Şubat 1983 tarih ve 5-39-4191 sayılı bir genelge hazırlamıştır. Bu genelgede gönderici makam olarak düzenlenecek belgeleri tayin etmiştir. Bu belgeler şunlardır:

#### a. Talep Formu

Uygulamada ilk önceleri nafaka talebinde bulunanlar yazmış oldukları bir dilekçe ile müracaatta bulunmaktaydılar. Yazılan bu dilekçeler genellikle istenilen bilgileri ihtiva etmediğinden noksanlıkların tamamlanması beklenmekte ve bu husus, netice elde edilmesini geciktirmekteydi. Bu aksaklığı gören Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, genelge ekinde düzenlemiş olduğu talep formu ile bu aksaklığı gidermeye çalışmıştır. Bu talep formu, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ücretsiz olarak ilgiliye verilmektedir.

Bu talep formu Türkçe ve Almanca karşılıkları ile beraber düzenlenmiştir. Talep formu şu hususları içermektedir. Alacaklının adı, soyadı, vatandaşlığı, yerleşim yeri, nafakanın ödeneceği banka adı ve hesap numarası; borçlunun adı, soyadı, vatandaşlığı, yerleşim yeri ve devleti belirtilecektir.

Alacaklı hakkında bilgiler başlığını taşıyan 1. kısımda; alacaklının adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, çocuklarının adı, soyadı, doğum tarihi, meslek veya öğrenim durumu, hangi sıfatla nafaka istendiği belirtilecektir.

Alacaklının geçim vasıtaları başlığını taşıyan ikinci kısımda; alacaklı ücret karşılığı çalışıyor mu? Çalışıyorsa hangi işte çalışıyor? Aylık net ücret tutarı? Alacaklı veya bakmakla mükellef olduğu kişiler emekli, dul veya yetim aylığı alıyorlar mı? Alıyorlarsa aylık net tutarı? Alacaklı aile yardımı veya çocuk parası alıyor mu? Alıyorsa aylık net tutarı? Alacaklı kamusal yardım kurumlarından malî destek görüyor mu? Yardım alıyorsa aylık net tutarı? Alacaklı veya bakmakla mükellef olduğu kişilerin aylık net gelirlerinin toplam tutarı? Nafaka alacaklısının taşınmaz malı veya başka bir geliri var mıdır? Varsa miktarı veya gelirinin aylık tutarı?

Nafaka alacaklısının aylık giderleri başlığını taşıyan üçüncü kısımda; alacaklı veya bakmak mükellef olduğu kişilerin aylık giderleri, ikamet şekli (ev sahibi, kiracı, kiracının kiracısı), aylık kira tutarı, yan giderleri (elektrik, havagazı, su), çocukların aylık giderleri, diğer giderlerin aylık tutarı, sabit giderlerin aylık toplam tutarı.

İstem başlığını taşıyan 4. kısımda; borçlunun ödemesi gereken aylık nafaka miktarı ne kadar olmalıdır? Borçlunun geçmişte nafaka ödeyip ödemediği? Birikmiş toplam nafaka miktarı? Mahkeme kararı var mıdır? Talep formu, hangi tarihte ve nerede düzenlenmiştir? Nafaka alacaklısının adı, soyadı, imzası ile mahalle muhtarının onayı gerekmektedir.

Talep formu üç örnek olarak ve daktilo ile doldurulacaktır. Talep formunun daktilo ile doldurulmasının sebebi belgelerin okunamayan cevaplar dolayısıyla işlemin aksamamasına yöneliktir. Müracaatlarda talep edilen belgelerden üçer nüsha istenmesinin sebebi, iki nüshanın yabancı ülkedeki aracı kuruma yollanıp, bir nüshanın ilgili işlemi takip etmek amacıyla o kişi hakkında dosya tutan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünde muhafaza edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Talep formundaki yöneltilecek ve cevaplandırılması gereken soruların cevapları, evet veya hayır şeklinde düzenlenmiştir. Bu husus yabancı dil bilmeyen nafaka alacaklısı için işi kolaylaştırıcı mahiyettedir.

Talep formundaki bazı hususlar yerinde değildir. Uygulamada bazı problemler çıkmasına yol açmaktadır. Belirtilen hususların şu şekilde düzeltilmesi gerekir.

Talep formu Türkçe ve Almanca karşılıkları dikkate alınarak düzenlenmiştir. Sözleşmeye sadece Almanca yazışma usulünü kabul eden ülkeler değil aynı zamanda İngilizce, Fransızca, İspanyolca, Rusça ve Çince yazışma usulünü kabul eden ülkelerin olduğu da dikkate alınarak talep formunun Türkçe, Almanca, İngilizce, Fransızca, İspanyolca, Rusça ve Çince karşılıkları ile düzenlenmesi, talep formunu kullanacak nafaka alacakları açısından büyük kolaylık sağlayacaktır.

La Haye Konferansında yetkili makamlar ile nafaka tarafları arasındaki bilgi alış verişini kolaylaştırmak için çok dilli bir model taslağı ileri sürülmüştür<sup>36</sup>. Böylece hem tek model talep formu kullanılarak, çıkan anlaşmazlıklar önlenecek hem de çok dilli talep formu sayesinde nafakanın taraflarına müracaatlarında kolaylık sağlanmış olacaktır.

---

<sup>36</sup> Hague Conference, N. 41, s. 23.

Talep formunun istem başlığını taşıyan 4. kısmında; “Borçlunun ödemesi gereken aylık nafaka miktarı ne olmalıdır?” sorusuna Türkiye’de bulunan alacaklının vermiş olduğu cevap, eğer mahkeme tarafından karara bağlanan miktardan farklı ise o zaman bu husus yurt dışına gönderilen taleplerde yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermektedir. Yabancı ülkedeki aracı kurum böyle bir durumla karşılaşınca açıklama istemektedir. Nafaka alacaklısının, mahkeme ilâmında belirtilen miktarı mı? Yoksa “borçlunun ödemesi gereken aylık nafaka ne olmalıdır?” sorusuna verilen cevapta belirtilen miktarı mı talep ediyor? Eğer bu soruya verilen cevap, mahkeme kararında belirtilen miktardan fazla ise bunun hangi sebeplere dayanarak talep edildiği hususunun açıklığa kavuşturulmasını istiyor. Bu açıklamalar ışığında bu çelişkiyi ortadan kaldırmak için, “Borçlunun ödemesi gereken aylık nafaka miktarı ne olmalıdır?” sorusunun nafaka alacağının mahkeme ilâmına dayanmadığı durumlarda cevaplandırılması gerekir. Talep formunda bu hususa açıklık getirilecek şekilde değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

Talep formunda nafaka alacaklısının talep edildiği nafaka miktarının, nafaka borçlusunun bulunduğu ülke parası olarak karşılığı döviz olarak belirtilmeli ve bu miktar talep edilmelidir. Böylece nafaka alacaklısı, talep tarihi ile nafakanın tahsil edileceği zaman arasında paranın değer kaybına karşı korunmuş olacaktır. Talep formunda bu hususa uygun düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

Talep formunun sonunda muhtar onayı aranmaktadır. Oysa buna gerek yoktur. İlgilinin talep formunu imzalaması yeterlidir. Yabancı ülkelere Türkiye’ye gönderilen talep formlarında ilgilinin imzasından başka herhangi bir makamın onayı aranmamaktadır. Talep formundan muhtar onayı ile ilgili kısmın çıkarılması yerinde olacaktır.

#### **b. Mahkeme İlamı veya Ara Kararı Örneği ve Çevirisi**

Nafaka alacaklısı mahkeme kararına dayanıyorsa, bu konudaki kararın fotokopisi veya ince pelür kâğıda ya da yarım boy kâğıtlara düzenlenmiş örnekleri yeterli olmayıp, temiz, düzgün ve büyük boy kâğıda yazılmış üç örneği gerekmektedir. Karar ilgili mahkemenin başlığını, nafaka ile hükmü, hakim’in imzasını, mahkeme mührünü ihtiva etmeli ve kesinleşmişse bu konudaki şerhi de içermelidir.

Türk hukukunda nafaka verilmesine ilişkin bir hükmün temyiz edilmesi, hükmün icrasını durdurmayaacağı gibi, Yargıtay (teminat karşılığında bile) nafaka ilâmının icrasının durdurulmasına karar veremez. (HUMK. m. 443/III; İ.İ.K. m. 36/IV).

İcra edilebilir belgesinin hangi şartları yerine getirmesi halinde verilebileceği, ilâmın verildiği ülkenin hukukuna göre belirlenir<sup>37</sup>. Bir kararın suretinin ibrazı eğer bu suret geçici icra edilebilme hakkını istisnasız içeriyorsa yeterlidir<sup>38</sup>.

Mahkeme ilâmı veya ara kararlarının üç suret çevirisi gerekmektedir. Bunların ehliyetli kimselere tercüme ettirilmesi sonuç elde etmeyi kolaylaştıracaktır.

La Haye Konferansında, gönderilen belgelerin çevirilerin yanlış yapılmasının uygulamada problemler meydana gelmesine sebebiyet verdiği belirtilmiştir<sup>39</sup>. Bu problem aracı kurumlar bünyesinde istihdam edilecek uzman tercümanlar vasıtasıyla ve yurt dışına gönderilen belgelerin kontrol edilmesi ile çözülebilir.

“Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili Hakkındaki Sözleşme” gereğince, nafaka alacağı yabancı ülkede tahsil edilecekse, kararın kesinleşmesi gerekir. Bu hususun istisnası ise, 15 Nisan 1958 tarihli “Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyeti Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme” nin 1. maddesi gereğince evlenmemiş ve yirmi bir yaşını doldurmamış olan sahih veya gayri sahih nesepli veyahut evlât edinilmiş bir çocuğun talebi üzerine verilen nafaka konusundaki kararların âkit taraflar arasında karşılıklı olarak tanınması ve tenfizi sağlanmıştır. Sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasında “...mensup olduğu memlekette kanun yollarının açık bulunmasına rağmen geçici icra kuvvetini haiz kararlar veya ihtiyati tedbirler alınabilirse tenfiz mercii diğer âkit devletlerden çıkan bu gibi karar hakkında lüzumu tenfiz kararı verecektir” şeklindeki düzenlemeyle bu sözleşmeye taraf olan ülkelerden alınmış ve çocuklar hakkındaki nafaka kararlarının da tahsili mümkündür.

2 Ekim 1973 tarihli “Nafaka Mükellefiyeti Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine Dair Sözleşme”nin 1. maddesi aile, hısımlık, evlilik veya sıhrîyet ilişkilerinden kaynaklanan nafaka ilâmlarının tanınması ve tenfizine imkan sağlamaktadır. Sözleşmeyle, 1958 tarihli “Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyeti Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair

---

<sup>37</sup> Alman Hukukunda nafaka talebinde bulunan ve başka bir ülkede bulunmakta olan kişi, kararın verildiği ülkenin hukukuna göre, kararın icra edilebilir olduğunu belgelemek zorundadır. BÜLOW Von Arthur/BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz, Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil-und Handelssachen, Quellensammlung mit Erläuterungen, Loseblatt (Stand Juli 1987), s. 279; BAUMANN, s. 139.

<sup>38</sup> BAUMANN, s. 141.

<sup>39</sup> Hague Conference, E. 13, s. 13.

Sözleşme”nin kapsamı genişletilmiş ve çocuklarla birlikte, eşler arasındaki nafaka taleplerine de uygulanacak hale gelmiştir.

1973 tarihli Sözleşmenin 17. maddesinin 2. fıkrasına göre “... verildiği devlette karar hakkında kanun yollarına başvurulamayacağını ve gerekiyorsa, kararın bu devlette icra edilebilir olduğunu kanıtlayacak bir belgenin olması gerekir” hükmü gereğince mahkemeden alınan kararın kesinleşmiş olması gerekir ve kararın verildiği devlette karar hakkında kanun yollarına başvurulamayacağını ve kararın icra edilebilir olduğunu kanıtlayacak bir belgenin eklenmesi gerekir.

Nafaka alacaklılarının özellikle Almanya ve Avusturya'daki borçlulardan tahsilinde, Türk mahkemelerinin nafaka ilâmlarının orada tenfizine karar verilmesi gerekmekte; Almanya ve Avusturya mahkemeleri kararın altında kesinleşme ve icra edilebilir şerhi olmadığı gerekçesi ile tenfiz taleplerini bazen reddetmektedirler<sup>40</sup>. Türk hukukunda kesinleşme şerhi aynı zamanda icra edilebilir vasfını taşıdığından, bu hususun nafaka ilâmları için ayrıca belirtilmesi ve bu çerçevede mevzuatta konu ile ilgili değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Aksi takdirde nafaka ilâmlarına Türkiye'de sadece kesinleşme şerhi verilip, ayrıca icra edilebilir kaydı konmaması bu ilâmın bazen yabancı ülkeden geri dönmesine sebep olmaktadır.

1973 tarihli Sözleşmenin 4. maddesinin son fıkrasına göre, kanun yollarının açık bulunmasına rağmen, geçici olarak icra edilen ara kararları ve geçici tedbirler, talep edilen devlette benzer kararların verilebilmesi ve icra edilebilmesi halinde, bu devlet tarafından tanınacak ve haklarında tenfiz kararı verilecektir. 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinin 4. maddesi 1. ve 2. fıkrasına göre Türkiye'deki geçici nitelikte tedbir nafakasının icrası mümkündür. Boşanma davası sırasında verilen geçici tedbir nafakası ara kararı mahiyetinde olduğundan ve esas hükümlerle birlikte temyiz edilebildiğinden, bu kararlara kesinleşme ve icra edilebilir şerhlerinin verilmesi de mümkün değildir. Kesinleşme ve icra edilebilir şerhinin verilemesi hususu ile ilgili olarak, hukukumuzda herhangi bir engel olmadığı gibi Sözleşmenin 4. ve 17. maddeleri gereğince zorunludur<sup>41</sup>.

Tedbir nafakası taleplerinin mahkemenin bir ara kararına dayanması halinde kararın altına kesinleşme veya icra edilebilir şerhlerinin verilemeyece-

<sup>40</sup> Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü' nün Sayı: B030HIG0000000-6-1995/7 Nafaka konusundaki 17.05.1995 gün ve 021549 yevmiye numaralı Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığına yazmış olduğu yazısından alınmıştır.

<sup>41</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü' nün, 17.5.1995 gün ve 021549 Sayılı yazısı.

ğinin, fakat mahkemenin ara kararı niteliğinde verdiği tedbir nafakası kararının Türkiye'de icra edilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmelidir.

Bu geçici nitelikteki tedbir nafakasının verildiği ülkede icra edilebilmesinin mümkün olduğuna dair belgeler, bu kararların Sözleşmeye taraf ülkelerde icrası için yeterlidir<sup>42</sup>.

### **c. Dava Dilekçesi ve Nafaka İlâmının Borçluya Tebliğ Edildiğine Dair Belgeler ve Bu Belgelerin Çevirisi**

New York Sözleşmesinin 5. maddesinin 1. fıkrası, gönderici makam nafaka talebinde bulunan kişiye ait ve nafaka ödemeye müteallik geçici veya nihai kararları, mümkün veya lüzumlu olduğu takdirde, duruşma tutanakları ile birlikte aracı kuruma gönderilmesini hükme bağlamıştır.

Mahkeme ilâmı ile beraber dava dilekçesi ve nafaka ilâmının borçluya tebliğ edilmiş olması gerekmektedir. Bunlar verildiği ülkenin hukukuna göre bir delil olarak mevzunun gerçekliğini ispat eden nitelikleri ispat etme şartını yerine getirir<sup>43</sup>.

Bu bakımdan nafakanın tahsil edilebilmesi için, dava dilekçesi (duruşma gününün davalıya tebliğ edildiğine dair tebliğ belgesi) ve nafaka ilâmının borçluya tebliğ edildiğine dair belgelerin mahkeme yazı işleri müdürlüğünce onaylanmış birer fotokopilerinin de ilâm ve çevirisine eklenmesi gerekmektedir<sup>44</sup>.

Yurt dışına yapılan bu tebligât uzun zaman almaktadır. Mesela, Batı Avrupa'da bile yurt dışına yapılan tebligât süresi genellikle dört ayın üzerindedir<sup>45</sup>. Bu durum alacaklının durumun güçleştirmektedir.

Bir gıyabi karar verilmişse bu durumda nafaka talep eden kimse, kararın verildiği ülkenin muhakeme usulüne göre, kararın usulüne uygun olduğunu ispat etmek zorundadır<sup>46</sup>.

---

42 WOLFF Martin K., Vollstreckbarerklarungeines ausländischen (schweizerischen) Titels, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 1986, Rdn. 489, s. 728; BAUMANN, s. 139.

43 GEIMER Von Reinhold/SCHÜTZE Rolf A., Internationale Urteilsanerkennung, Systematischer Kommertar, Band.I, 1. Halbband München 1983, Band 1 2. Halbband München 1984, Band II München 1971, 159 III I., s. 1206; BAUMANN, s. 138.

44 Mesela Alman Hukukunda, ZPO' nun 170 ve 317. maddesine göre, nafaka ilâmının "aslına uygun olduğu" katip tarafından yazılır ve mühürlenir. ROSENBERG Von Leo/SCHWAB Von Karl Heinz, ZivilprozeBrecht, 14. Aufl, München 1986, 75 I, s. 419; BAUMANN, s. 138.

45 RAHM Von Walter/KÜNKEL Von Bernd, Handlunc des Familiengerichtsverfahrens, mit Auslands - und Formularteil, Loseblattsammlung (Stand Februar) Köln 1988, s. 42; BAUMANN, s. 140.

Mahkeme ilâmı, dava dilekçesi, duruşma gününün ve bunların borçluya tebliğ edildiğine dair belgelerin, hukuk terimlerini bilen kişilere tercüme ettirilmesi gerekmektedir.

1973 tarihli La Haye Sözleşmesinin 17. maddesinin 1. ve 5. fıkrasına göre aracı kurum tercümeden vazgeçebilir. Mesela, Alman Mahkemeleri İtalyan, Türk ve Çekoslovak Mahkemelerinin kararlarını anlamadığından (bu ülkelerin dilini bilmediği için) bunların tercümesini istemektedir. Buna karşın İngilizce ve Fransızca kararların konumu farklıdır. Bu dilleri bilmektedir. Böylece belirli ülkelerden gelen mahkeme kararlarının tercümelerini istemektedir<sup>47</sup>.

İbraz edilen belgeler hiçbir tasdik ve benzeri formaliteye tabi tutulmaz. Bu konuda Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesinin<sup>48</sup> 1. maddesi a bendi gereğince sözleşmede belirtilen resmi makam veya kişilerce düzenlenen belgeler tasdikten muaftır. Yabancı ülkelere alınan belgeler ülke içindeki belgelerle aynı sayılır<sup>49</sup>.

Mahkeme kararı Yargıtay tarafından onaylanarak kesinleşmişse, Yargıtay ilâmı ve çevirisine gerek yoktur. Ancak kararın Yargıtay tarafından onaylanarak kesinleştiğinin ve kesinleşme tarihinin belirtilmesi gereklidir.

Uygulamada, özellikle eski tarihli nafaka ilâmlarında hükmedilen nafakaların çok az ve günümüz şartlarına göre çok yetersiz olduğu gözlenmektedir. Bu durumda nafaka alacaklarının mağduriyetine sebep olmaktadır. Nafaka alacaklısı tarafından kendilerine müracaat edilen Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, nafaka alacaklısına nafaka alacağının arttırılması davası açmalarını ve alınacak yeni mahkeme kararı üzerinden işlemlere başlanmasının hatırlatılması yerinde olacaktır.

#### **d. Nafaka Alacaklısının Türkiye'de Milli Bir Bankada Açtırmış Olduğu Hesap Numarası**

Türkiye'deki nafaka alacaklısı, talep etmiş olduğu nafakanın tahsili halinde Türkiye'ye transfer edilmesi hususunda kolaylık sağlanması amacıyla, nafaka alacaklısının bulunduğu yerdeki milli bir banka şubesine bir hesap açtıracaktır. Yabancı ülkede tahsil edilen nafaka paraları bu hesaba transfer edilecektir.

---

<sup>46</sup> BAUMANN, s.140.

<sup>47</sup> BAUMANN, s. 141.

<sup>48</sup> (RG. 16 Eylül 1984 - S. 18517).

<sup>49</sup> STEIN Von Pohle/JONAS Grunsky, Kommentar zur ZPO, 19 - 20, Auflage, Tübingen 1980, s. 438; BAUMANN, s. 141-142.



Bu hesap numarası sayesinde hem paraların transferi hem de nafaka alacaklısının gönderilen parayı alması kolay bir hale gelmiştir. Uygulamada bu hesap, nafaka borçlusunun bulunduğu ülkenin para birimi üzerinden açılmaktadır.

#### **e. Nafaka Alacaklısının İfadesi ve Çevirisi**

Uygulamada nafaka alacaklılarının yabancı ülkeden talebi halinde, yabancı devlet aracı makamları talepte bulunan kişi ile ilgili ek bilgiler istemektedir. Bu doğrultuda Cumhuriyet Başsavcılığının nafaka alacağına tahsili talebinde bulunan alacaklının ifadesini almaları, ifade tutanağında sorulan hususlardan başka, alacaklının toplam geliri, yiyecek, giyecek, yakacak ve kira gibi giderleri konusunda gayet ayrıntılı bilgileri içeren soruların cevaplandırılmasını sağlamaları gerekmektedir. Bu belgenin de çevirisinin eklenmesi gerekmektedir.

Özellikle nafaka talebinde bulunan kişi, talebi ile ilgili yazılı kanıtlar bulamadığı durumlarda, borçlunun ifadesinin alınması önem arz eder<sup>50</sup>.

#### **f. Adli Müzaheret Belgesi ve Çevirisi**

Özellikle yabancı ülkede bir davanın gerektirdiği harç ve giderleri, nafaka talebinde bulunan kişi için oldukça büyük bir külfet teşkil edebilir. Fakir bir kimsenin, gerekli harç ve yargılama giderlerini karşılayamayacağı için, Türkiye'deki mahkemeden almış olduğu nafaka ilâmındaki alacağını tahsil edemeyecektir.

Adli müzaheret belgesi haklılığı mahkeme tarafından kabul edilerek karar altına alınan kişinin, fakirliği nedeniyle nafaka tahsil edememesi tehlikesini önleyecektir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda adli müzaheret için iki şart öngörülmüştür (HUMK. m. 465). Birinci şart, fakirlik şartıdır. Adli müzaheret isteğinde bulunan kişi, kendisinin ve ailesinin geçimini sağlamak bakımından önemli bir zarurete düşmeksizin, davanın gerektirdiği giderleri ödemekten kısmen veya tamamen aciz durumda bulunmalıdır. Bu fakirlik şartı, mahalli belediyelerden, köy veya mahalle muhtarlığından alınacak bir fakirlik belgesi ile ispat edilir. İkinci şart, haklı olma şartıdır. Adli müzaheret isteğinde bulunan kimse, davasında haklı olmalıdır. Nafaka konusunda elinde mahkeme ilâmı olan kimse haklıdır<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> BAUMANN, s. 143.

<sup>51</sup> KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 12. Baskı, Ankara 2000, s. 857-860; PEKCANITEZ Hakan, Medeni Usul

Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrasında “gönderici makam, aracı kuruma talebin haklı olup olmadığına dair kendi fikrini bildirebilir ve alacaklının adli müzaharet ve masraf muafiyetinden istifade ettirilmesini tavsiye edebilir” hükmü yer almaktadır.

Alacaklının bulunduğu devletin belgelerin gönderilmesi sırasında tavsiyesi ve ekleyeceği bir adli müzaharet belgesi ile, borçlu aleyhine açılacak olan nafaka davasında alacaklı, adli müzaharettten yararlanmaktadır. Bu durum yoksulluğu nedeniyle avukatlık ücreti ve mahkeme masraflarını karşılamayacak durumda olan alacaklı için sözleşmenin öngördüğü en önemli kolaylıklardan biridir<sup>52</sup>.

Nafaka talebi ile başvuran kişi, yapılacak masraflar için adli müzaharettten yararlanmak istediğinde, kendisinden ilâmın verildiği ülkede masraflardan muaf olduğuna dair belge ibraz etmesi istenir<sup>53</sup>. Muhtaçlık belgesi ibraz edilmemişse, eş değerdeki belgeler yeterli olabilir<sup>54</sup>. Adli müzaharet belgesinin de çevirisinin eklenmesi gerekmektedir.

Adli müzaharet belgesi, yabancı ülkelerde altı ay için geçerli olduğundan, işlemin uzaması ve özellikle borçlu hakkında dava açılması gibi durumlarda yeni tarihli belgelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bakımdan, adli müzaharet belgesinin bir tanesi tarihsiz olmak üzere üç nüsha olarak düzenletilmesi işlemi çabuklaştırılacaktır.

Sözleşmenin ilgili hükmünü dikkate alan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İlgili Genelge ekinde bir adli müzaharet belgesi düzenlenmiştir. Bu belgede üst kısımda Türkçe olarak alt kısımda Almanca tercümesi yer almaktadır. Bu belgenin çok dilli olarak hazırlanması talepte bulunan için kolaylık sağlayacaktır. Belgenin muhtarlıkça tarih, isim ve unvan yazılarak mühürlenmek suretiyle onaylanması gerekmektedir. Bu adli müzaharet belgesinin üzerindeki boş yerlere nafaka talebinde bulunanların her birinin isim ve adresleri daktilo ile yazılmak suretiyle Cumhuriyet Başsavcılığınca doldurulduktan sonra başvuranlara verilecek ve onlarda bu belgeleri bağlı bulunduğu muhtarlığa onaylattıracağıdır.

---

Hukuku, Ankara 2000, s. 439-448; ALANGOYA Yavuz H., Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2000, s. 372.

52 ÜNAL Şeref, Nafaka Alacakları Konusundaki Uluslararası Sözleşmeler Üzerine Toplu Bir İnceleme, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, s. 960 vd.

53 KROPHOLLER Jan, Europaisches zivilprozeBrecht, Kommentar zum EuGVÜ, 2. Aufl. Heidelberg 1987, Art. 47; (BAUMANN, s. 141).

54 BÜLOW/BÖCKSTIGEL, Art. 48, 606. s. 290; BAUMANN, s. 143.

### **g. Vekâletname ve Çevirisi**

Tarafların temsili iki şekilde olur. Birincisi; kanunî temsil olup, dava ehliyeti olmayanların davada kanunî temsilcileri tarafından temsil edilmesidir. İkincisi ise; iradi temsil olup, tarafların veya kanunî temsilcilerinin iradelelerine dayanan temsildir.

Nafaka alacağının tahsili için verilen vekâletname, iradi vekâletnamedir. Burada nafaka alacaklısı, nafaka borçlusunun bulunduğu ülke aracı kurumuna vekâlet vermektedir. Burada nafaka alacaklısı, nafaka alacağının borçludan tahsili için bu konu ile ilgili davaları açma konusunda yabancı ülke aracı kurumuna yetki vermektedir.

Vekâletnamenin kapsamında, verilen hangi işlemleri yapmaya yetkili olduğu gösterilmelidir. Oysa genelge ekindeki vekâletnamede bu husus dikkate alınarak gerekli düzenleme yapılmamıştır.

Genelge ekinde vekâletname örneği yer almaktadır. Vekâletnamenin noterlikçe düzenlenmesine gerek yoktur. Cumhuriyet Başsavcılığınca sağlanacak belge, yer ve tarih yazılmak suretiyle vekâletname verene imzalatıldıktan sonra Cumhuriyet Başsavcılığınca imzalanıp mühürlenecektir. Nafaka alacaklısının avukatı olması halinde dahi, vekâletnamenin bizzat alacaklının kendisi tarafından imzalanması gerekmektedir. Bu belge üç suret olarak düzenlenecektir.

Vekâletname alacaklı tarafından, kendisi adına esâleten veya velayeti altında bulunan çocukları adına velayeten imzalanacaktır. 18 yaşını ikmal etmiş reşit kimselerin nafaka istemeleri halinde, velileri artık onları temsil edemeyeceğinden, onlar adına da ayrı vekâletname, talep formu ve adli müzaharet belgesi düzenlenecektir.

Genelge ekindeki vekâletname Türkçe olarak düzenlenmiş alt kısımda ayrı olarak Almanca çevirisine yer verilmiştir. Bu düzenleme şekli uygulamada bazen karışıklığa sebebiyet vermekte vekâletname veren sadece üst kısımdaki Türkçe kısmı imzalamakta veya onaylamakta ve bu durum ise noksanlığın tamamlanmasını gerektirmekte ve zaman kaybına neden olmaktadır. Düzenlenen vekâletnamenin talepte bulunulan ülke diline yapılmış çevirisinin de eklenmesi gerekmektedir.

Vekâletnamenin çok dilli tek bir belge şeklinde düzenlenmesi hem karışıklıkları önleyecek, hem de yabancı ülkelere nafaka tahsili hususunda ilgili kişilerin işini kolaylaştıracaktır.

### **h. Nüfus Kayıt Örneği ve Çevirisi**

Nüfus kayıt örnekleri, nüfus memurluklarınca, aile tablosu şeklinde ve nafaka talebinin dayanağı olan evlilik ve hısımlık bağları ile kişi hallerini noksansız gösterecek şekilde düzenlenecektir.

Uygulamada nüfus memurlukları nafaka alacakları tarafından kendilerinden nüfus kayıt örneği talep edildiğinde, Türkiye'de kullanılan nüfus kayıt örneğini düzenleyerek vermektedirler. Bu belge tamamen Türkçe olarak düzenlendiğinden, yabancı ülkeye gönderildiğinde bu ülke tarafından iade edilerek o ülkenin yazışma lisansı kullanılarak düzenlenmiş nüfus kayıt örneği talep edilmektedir. Bu husus gecikmelere sebep olmaktadır. Bundan dolayı yabancı ülkelerden nafaka talebinde bulunan nafaka alacaklılarının nüfus memurluklarından nüfus kayıt örneği alırken, genelge ekinde düzenlenmiş olan özel nüfus kayıt örneği formunu kullanmaları gerekmektedir.

Genelgeye nafaka alacaklarına kolaylık olması için bir nüfus kayıt örneği de eklenmiştir. Bu nüfus kaydı ile ilgili bilgilerin Almanca karşılığı da bulunmaktadır. Fakat bu yeterli değildir. Almanca yazışma yapmayan diğer ülkelere gönderilecek nüfus kayıtları da dikkate alınarak nüfus kayıt örneklerinin Türkçe düzenlenmesinin yanında Almanca, İngilizce, Fransızca, İspanyolca, Rusça ve Çince karşılıklarının da bulunması yerinde olacaktır.

### **1. Nafaka Alacakları ve Nafaka Borçlusunun Birer Fotoğrafları**

Sağlanabildiği takdirde bu belgelere, nafaka alacaklarıyla nafaka borçlusunun birer fotoğrafları eklenecektir. Albümden çıkarılan çok eski fotoğraflar gönderilmemelidir. Mümkün olduğu kadar son çekilen fotoğraflar gönderilmelidir. Gönderilen fotoğraflar toplu iğneyle belgelere iştirilmemeli bir zarfa konarak gönderilmelidir. Bu konuda uygulamada mutlak bir zorunluluk yoktur. Fotoğraf ibraz edilememesi durumunda yapılan talepler de işleme konulmaktadır.

La Haye Konferansında, pratik olarak bu fotoğrafın elde edilmesinin çoğu zaman mümkün olmadığı, bu tür zorlukların başvurulara engel teşkil ettiğini, dosyalara sistematik olarak fotoğraf eklenmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla fotoğraf talep edilmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>55</sup>.

### **i. Borçlunun Adresinin Tespiti**

Nafaka talebinin başarıya ulaşabilmesi için yabancı ülkedeki borçlunun bulunmasına ve gereken tebligatların ilgiliye yapılmasına bağlıdır. Bundan dolayı borçlunun son adresi dahil, ev ve iş adreslerinin de belirtilmesi ge-

---

<sup>55</sup> Hague Conference, N. 51, s. 25.

rekmetedir. Burada borçlunun son beş yıl içinde kullandığı adreslerin bildirilmesi borçlu kişinin bulunmasında kolaylık sağlayacaktır. Özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde tam olarak bilgisayar sistemine geçilmediğinden dolayı çoğu zaman nafaka borçluları bulunamamakta ve yapılan talepler neticesiz kalmaktadır.

La Haye Konferansında borçlunun yerinin tespit edilememesi halinde, nafaka talebinin başarıya ulaşamayacağı dile getirilmiştir<sup>56</sup>.

Talep formunda aşağıda belirtilen konularla ilgili bilgilerin yer alması dolayısıyla bu belgelerin düzenlenmemiş olması dolayısıyla talebin reddi gerekmez.

**Çocuklara Mahsus Nafaka Talebinde Çocukların Öğrenim Durumu İle İlgili Belgeler ve Çevirisi:** Nafaka talebinin çocuklara ilişkin olması halinde, çocukların öğrenim durumları, öğrenime devam etmekte oldukları okullarından alınacak resmi belgelerle ispat edilecektir. Bu belgelerin çevirisinin de eklenmesi gerekmektedir.

Ayrıca öğrenim gören çocukların halen burs veya kredi alıp almadıkları, eğer alıyorlarsa bunların miktarının belirtilmesi gerekir.

**Alacaklıya Talepte Bulunduğu Tarihe Kadar Ödenen Nafakaları Gösterir Belge ve Çevirisi :** Alacaklıya talepte bulunduğu tarihe kadar ödenen nafakaları tarihleri ile birlikte ve alt alta gösterecek şekilde bir liste düzenlenmelidir. Ödeme bankaya yapılıyorsa, bu belge bankadan alınmalıdır. Alacaklıya talepte bulunduğu tarihe kadar ödenen nafakaları gösteren belgenin çevirisinin de eklenmesi gerekmektedir.

**Birikmiş Nafaka İle İlgili Belgeler ve Çevirisi:** Mahkeme kararları incelenerek, birikmiş nafakanın tarihleri de gösterilmek üzere ve her bir nafaka alacağı ve alacaklısı ayrı olarak gösterilmeli ve bir liste halinde düzenlenerek çevirisinin de eklenmesi gerekmektedir.

**Çocukların Alacaklının Yanında Bulduğuna Dair Belge ve Çevirisi:** Tarafların çocukları varsa, bu çocukların alacaklının yanında buldukları, onun tarafından bakılıp gözetildiğine dair muhtarlıkça temiz ve düzgün bir kâğıda ayrıntılı bir belge düzenlettilmesi ve çevirisinin de eklenmesi gerekmektedir.

## **2. Gönderici Makamın Görevleri**

Gönderici makam, nafaka hakkı olan kişilerin kendi ülkelerinde başvuracakları bir mercidir. Gönderici makam ancak idarî veya kazai bir mercii olabilir. Özel müesseselere bu görev verilmez (New York Söz. m. 2/1). Bunun

<sup>56</sup> Hague Conferance, F. 16, s. 13.

sebebi gönderici makamın nafaka taleplerinin ciddiyetini ve yabancı memlekette takip ettirilip ettirilmeyeceği hususunda bir karar verme durumunda olmasıdır<sup>57</sup>.

Alacaklısı Türkiye'de, borçlusu yabancı ülkelerde bulunan nafaka işlemlerinde Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü "gönderici makam" durumundadır. Genel Müdürlük bu görevini ilgilinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla yerine getirir. Cumhuriyet Başsavcılığı, borçlunun bulunduğu devletin sözleşmeye taraf olduğunu tespit ettikten sonra belgeleri işleme koyacaktır. Cumhuriyet Başsavcılığı, gerekli belgelerin usulüne uygun şekilde düzenlenmesini sağlayarak, yabancı ülkelerle teması sağlayan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderecektir.

Gönderici makam, aracı kurumun devletin kanununun aradığı bütün şartların yerine getirilmiş olması için mümkün olan bütün tedbirleri almakla mükelleftir (New York Söz. m. 3/ fık. 4). Gönderici makamın esas görevi yapılan müracaatları, borçlunun bulunduğu devletin aracı kurumuna intikal ettirmektedir<sup>58</sup>. Gönderici makam, nafakaya hakkı olan kişilerin kendi ülkelerinde başvurabilecekleri bir mercidir. Yapılan müracaatların usulüne uygun olması ve belgelerin noksansız ve gereği gibi düzenlenmesi için nafaka alacaklısına yardımcı olur.

Gönderici makam, talebi yerinde bulursa dosyayı borçlunun devleti tarafından tayin edilen aracı kuruma intikal ettirir (New York Söz. m. 4/ fık. 1). Gönderici makamın bir diğer görevi ise, kendisine yapılan müracaatın, gönderilecek olan aracı kurumun mevzuatının öngördüğü bütün şartlara uygunluğunu kontrol etmek ve eksiklikleri tamamlamaktır. Noksan ve aracı kurum devletin mevzuatına uygun olmayan müracaatların, o kuruma iletilse bile noksanlıkların ikmalî için iadesi gerekeceğinden, zaman kaybına yahut müracaatın tamamen reddedilmesine sebebiyet vermemek için gönderici makam bu konuda gerekli azami dikkati göstermelidir. Gönderici makam gerekli belgeler tamam ve usulüne uygun düzenlenmiş ise, o zaman bu belgeleri nafaka borçlusunun bulunduğu o devletin aracı kurumuna ileticektir<sup>59</sup>.

Gönderici makam, alacaklının talebi üzerine Sözleşmenin 4. maddesinin hükümlerine uygun olarak, âkit taraflardan birinin yetkili bir mahkemesinden alacaklı lehine sadır olan nafaka ile ilgili geçici veya nihai her kararı veya diğer adli muameleyi, lüzumlu ve mümkün olduğu takdirde bu kararın

<sup>57</sup> NOMER, Nafaka, s. 166

<sup>58</sup> DİZDAR, s. 182.

<sup>59</sup> REZAKİ/ÖZDEMİR, s. 211.

alınmasına sebep olan duruşma tutanaklarını birlikte intikal ettirir (New York Söz. m. 5/ fik. 1).

Gönderici makam, gönderilecek evrakı göndermeden önce, borçlunun devleti tarafından tayin olunan belgelerin şekil bakımından muntazam olduğuna kanaat getirmelidir (New York Söz. m. 4/fik. 2). Gönderici makam evrakların noksansız ve usulüne uygun düzenlenmiş olmasına dikkat edecektir. Bir noksanlık veya usulsüzlük tespit ederse bunların giderilmesini talep etmelidir.

Gönderici makam, aracı kuruma talebin haklı olup olmadığına dair kendi fikrini bildirebilir ve alacaklının adlî müzaharet ve masraf muafiyetinden yararlandırılmasını tavsiye edebilir (New York Söz. m.4/ fik. 3). Sözleşmenin 4. maddesi 3. fıkrasında yer alan bu hüküm, nafaka talebinde bulunan için büyük önem taşımaktadır. Nafaka talebinde bulunanın hukukî ve malî durumuna tam olarak vakıf olduğu farz edilen gönderici makamın menfi yöndeki kanaati, nafaka talebinin sonuçta ret edilmesine sebep olur. Bu nedenle talebin haksızlığından veya adlî müzaharet ve masraf muafiyeti ile ilgili olarak maddi durumu hakkında kesin bilgi sahibi olunmadığı hallerde, gönderici makamın bu konudaki kanaatini menfi olarak açıklamaktan çekinmesi gerekir. Gönderici makam, adlî müzaharet konusundaki kanaati yanında nafaka talebinde bulunanla ilgili adlî müzaharet belgesini de aracı kuruma gönderecektir<sup>60</sup>.

### **3. Aracı Kurumun Görevleri**

Aracı kurum, alacaklının verdiği yetki sınırları dahilinde hareket ederek, alacaklı namına nafakanın tahsilini temin için icap eden bütün tedbirleri alır.

Aracı kurum, nafaka borçlusunun bulunduğu ülkede faaliyette bulunan ve alacaklının verdiği yetki sınırları içinde borçludan nafakanın tahsili için gerekli işlemleri yapan mercidir. Aracı kurum, resmi bir makam olabileceği gibi, hususi bir müessese de olabilir (New York Söz. m.2). Aracı kurumlar talepleri tek elden değerlendirme gayesine uygun olarak her âkit devlette ancak bir tane olabilir (New York Söz. m. 2/II). Uygulamada genellikle gönderici makam ve aracı kurum aynı merci olmaktadır<sup>61</sup>.

Alacaklısı yabancı ülkede, borçlusu Türkiye'de bulunan nafaka işlemlerinde ise aracı kurum görevi Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından üstlenilmiş olup, bu görevi mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla yerine getirecektir.

<sup>60</sup> REZAKİ, Nafaka Alacakları, s. 484-485.

<sup>61</sup> NOMER, Nafaka, s. 166-167.

Alacaklının bulunduğu devlet gönderici makamı tarafından sözleşmede öngörülen belgelerin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne intikal ettirilmesi üzerine, söz konusu belgeler incelemeye uygunluğunu tespit edildikten, değilse noksanlıklar tamamlattırıldıktan sonra gereği yapılmak üzere borçlunun bulunduğu yerin Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir.

Cumhuriyet Başsavcılığı ise, gönderilecek belgeler arasında bulunan ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne yetki veren vekâletnameye dayanarak, Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca aracı kurum olarak, alacaklının verdiği yetki sınırları dahilinde hareket ederek, alacaklı namına nafakanın tahsilini temin için icap eden bütün tedbirleri alacaktır. Bu tedbirler arasında özellikle, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 'nün de onayı alındıktan sonra sulh yoluna gidilebilir veya gerekirse yabancı nafaka kararının tenfizi için tenfiz davası açar veya yeni bir nafaka davası açar. Bunların sonucu olarak her hükmü ve sair adli muameleyi icra ettirir.

Yargıtay bir kararında özet olarak; Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili Hakkındaki Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasında. yargılamanın borçlunun tabi olduğu devlet kanunlarına göre “ya bir tenfiz kararı veya tescil usulü ya da yeni bir dava şeklinde olabileceği”; 6. maddesinde ise, “aracı kurumun, alacaklının verdiği yetkinin sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla alacaklı adına nafakanın tahsili için icap eden bütün tedbirleri” alacağı öngörülmüştür. Cumhuriyet Başsavcılığının aracı kurum olarak dava açmak hakkı vardır<sup>62</sup>.

Aracı kurum gönderici makamı, faaliyetlerinden devamlı olarak haberdar eder. Kendisine intikal ettirilen nafaka talepleri konusunda herhangi bir işleme geçmesine imkan bulunmaması halinde, keyfiyeti ve sebebini gönderici makama bildirmek ve belgeleri iade etmek zorundadır (New York Söz. m. 6/ fıkra 2).

Cumhuriyet Başsavcılığı cebri icra yoluna başvurulmasına rağmen nafakanın tahsil edilememesi halinde ise, icra memurluklarınca haczin semeresiz kaldığı ve borçlunun haczi kabil malı bulunmadığına dair ayrıntılı bir belge düzenlettirerek, ilgili yabancı devlet gönderici makamına ulaştırılmak üzere Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne göndereceklerdir.

Cumhuriyet Başsavcılığı mahkemeden nafaka konusunda bir karar alındıktan sonra, borçlu hakkında cebri icra yoluna başvurularak, nafakayı tahsil

<sup>62</sup> Yargıtay 2. HD. T. 22.2.1982 E. 1982/828 K. 1982/1527 (Yayımlanmamıştır).



edilip alacaklıya transfer edilmek üzere, milli bir bankada depo edecekler ve borçlunun bulunduğu yabancı ülkeye transfer ederek Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne bilgi verileceklerdir.

Bu görevin mahalli Cumhuriyet Başsavcılığına verilmesi uygulamada bazı aksaklıklara yol açmaktadır. Cumhuriyet Başsavcılıkları hep ceza davaları ile ilgilendiklerinden ve işlerinin yoğunluklarından dolayı, nafaka gibi bir hukuk davasına gerekli önemi veremedikleri gibi, ayrıca hukukî konulara yeteri kadar yakın olmadıklarından, nafaka davalarını yeteri kadar sağlıklı yürütememektedirler. Yabancı ülkedeki nafaka alacaklısı adına davayı açmak, davayı yürütmek ve sonuçlandırmak için Cumhuriyet Başsavcılığı yerine, bu konuya daha yakın olan o yer barosu tarafından görevlendirilecek bir avukat tarafından bu işlerin yürütülmesi, bu işler için ödenecek avukatlık ücretinin de Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından karşılanması uygun olacaktır. Bu çerçevede ilgili Genel Müdürlük bütçesine bu konudaki ödemeleri karşılamak üzere bir ödenek tahsis edilmesi ve bu ödeneye yeter miktarda para yatırılması yerinde olacaktır. Mesela, Avusturya'da ki uygulamada "Avusturya Aracı Kurumu" nafaka borçlusunun bulunduğu yerdeki bir avukatı görevlendirmekte ve işlemler bu avukat vasıtasıyla yürütülmektedir.

Aracı kurumun alacağı tedbirler şunlardır:

Aracı kurum, usulüne uygun olarak ve tamamlanmış belgelerle kendisine yapılacak müracaat üzerine bu konuda mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile, nafaka borçlusuna nafaka borcunu bildirir ve bu borcunu ödemeye çağırır.

Borçlu ödemeyi kabul ettiği takdirde talep edilen miktarda birikmiş nafakanın, tahsil edilmek suretiyle alacaklının bankadaki hesabına yatırılmasını ve kendisinin nafaka borcunun her ay düzenli olarak yerine getireceğine dair noter tarafından onaylanmış bir taahhütnale alınarak, yabancı ülke merkezi makamına ulaştırılmak üzere, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne yollayacaktır. Böylece işlem sulh ile sonuçlanmış olur (New York Söz. m.6/1).

Eğer nafaka borçlusu borcunu kendiliğinden ödemez, sulh girişimi sonuçsuz kalırsa, aracı kurum iki şekilde hareket edebilir:

1. Nafaka alacaklısının nafaka talebi bir ilâma dayanıyorsa, borçlunun bulunduğu devletin kanununa göre ya bir tenfiz kararı veya tescil usulüne gidilebilir (New York Söz. m. 5/ fık. 3).

2. Aracı kurum, borçluya karşı nafaka davası açabilir. Davayı kurumun kendisi veya tayin ettiği vekil vasıtasıyla takip ederek aldığı ilâmı icra ettirir (New York Söz. m. 6/fık. 1).

Sözleşmeden de anlaşıldığı üzere aracı kurum sadece nafaka ile ilgili davaları açabilecek ve yürütebilecektir. Bunun dışındaki talepleri içeren davalar New York Sözleşmesinin kapsamı dışındadır.

“Bergama Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen babalık ve nafaka davasına ilişkin kararın tanınması ve tenfizi davasında; davacı Adalet Bakanlığını temsilen Bergama Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen 16.12.1991 tarihli dilekçede Avusturya da ikamet eden ve Avusturya vatandaşı olan R. K. adlı kadının davalı M. P. ile evlilik dışı çocuklarının nafakasının davalıdan tahsiline dair Avusturya Telis Bölge Mahkemesinin 25.4.1989 tarihli kararı ile M. P. adlı şahsın babalığına ve ayda 1500 Avusturya Şilini nafaka ödenmesine karar verilmiştir. Bu konuda Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti arasında “Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Sözleşme” (RG. 23.9.1991 S. 21000) yürürlüğe girdiğinden bu Sözleşme gereğince ve 2675 sayılı Kanunun 34 ve müteakip maddeleri gereğince Avusturya Bölge Mahkemesince verilen ilâmın tanınması ve tenfizine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili 26.12.1991 tarihli cevap dilekçesinde davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34 ve 38. maddeleri gereğince yabancı mahkeme ilâmının aslı ile onaylı Türkçe örneği ve diğer belgeler dava dilekçesine ekli olarak dosyaya konulmuştur. Toplanan belgelere göre Avusturya vatandaşı olan R. K. ile Türk vatandaşı olan M. P. adlı şahsın babalığına hükmedildiği ve aslı dosyada mevcut 25.4.1989 tarihli ve 2 c 13/87-25 sayılı ilâmı ile davalının aylık 1500 Şilin nafaka ödemesine karar verildiği ve bu kararın 2.3.1990 günü kesinleştiği anlaşılmıştır. Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyeti Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 15.4.1958 tarihli Sözleşme (RG. 27 Eylül 1972 S.14319) yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye’de yabancı mahkeme kararların tanıma ve tenfiz şartları 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34 ve 38. maddelerinde belirtilmiştir. Mütakabiliyet şartı, Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti arasında yapılan Sözleşme gereğince gerçekleşmiştir (RG. 23.9.1991 S. 21000). Yabancı mahkeme tarafından verilen nafaka hükmü Türk kamu düzenine uygun olup Türk kanunları gereğince evlilik dışı doğan çocuklara nafakaya hükmedilmesi ve bu nafakadan tabii babanın sorumlu tutulması kanun gereğidir. Davalının savunma hakkına uyulduğu ve talimatla savunmasının alındığı, davalının 2.12.1988 tarihli ifadesinde, evlilik dışı doğan 1982 doğumlu M. K. isimli çocuğun babası olduğunu kabul

etmiştir. Bu şekilde davada yabancı mahkeme ilâmının tenfizi için 2675 sayılı Kanunun 34 ve 38. maddelerinin öngördüğü tüm şartlar gerçekleşmiş olduğundan davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yukarda açıklanan nedenlerle davanın kabulü ile, Avusturya Telis Bölge Mahkemesi tarafından verilen 25.4.1989 tarih ve 2 c 13/87-25 sayılı 2.3.1990 kesinleşmiş olan ilâmın Türkiye'de tenfizine ve tenfiz hükmünün yabancı mahkeme ilâmına yazılmasına ... karar verilmiştir”<sup>63</sup>.

Yargıtay 2. HD. 24.12.1992 gün ve E. 12539 K. 12910 sayılı kararında; M. K. 'yı temsilen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne izafeten Bergama Savcısı ile M. P. arasındaki babalık ve nafaka kararının tanınması ve tenfizine dair verilen 25.6.1992 gün ve 766/292 sayılı hükmün Dairenin 13.10.1992 gün ve 9358/9544 sayılı ilâmı ile onanmasına karar verilmişti. Adı geçen kararın düzeltilmesi davalı tarafından istenilmekle evrak okunup gereği görüülüp düşünöldü.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 17. maddesinde evlilik dışı nesebe uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı belirlenmiştir. “Evlilik dışı çocuk ile baba arasındaki kişisel ve malî ilişkilere babanın hukuku uygulanır”.

20 Haziran 1956 tarihli New York Sözleşmesinin (RG. 5.2.1971 S.13745) 6. maddesi uyarınca aracı kurum sıfatıyla Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü' nün mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla açacağı nafakaya ilişkin davalarda yapacağı işlemlerde her şeyden önce, davalı ve borçlu durumunda bulunan babanın Türk hukukuna göre baba olduğunun sübutu gerekir. Bu yönde yapılan takip ve açılan nafaka davasında davalının babalığının ya Türk hukukuna göre oluşmuş bir babalık ilâmı veya tanıma belgesi (MK. m. 249, 291) ile ispatlanması veya bu yöndeki yabancı ilâm veya belgelerin 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun çerçevesinde Türk hukuku bakımından geçerli hale getirilmesi, daha açık bir ifade ile yabancı ilâmın tanınmasına ve tenfizine dair mahkeme kararı ibraz etmesi zorunludur.

Açılan nafaka veya nafakaya dair yabancı ilâmın tenfizi taleplerinde nesebi gayri sahih veya nesepsiz çocuk ile baba olduğu iddia edilen kişi arasında nesep bağının belgelenmesi ön mesele oluşturur.

20 Haziran 1956 tarihli “Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin Sözleşme” nin 6. maddesinde aracı kurum görevini yürüten Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne

<sup>63</sup> Bergama Asliye Hukuk Mahkemesi'nin T. 25.6.1992 E. 1991/766 K.1992/292 (Yayınlanmamıştır).

verilen temsil yetkisi, münhasıran nafaka davasına veya nafakayı tahsile dair işlemleri takibe yöneliktir. Aracı kurum, nafaka davasının davalısı ile çocuk arasındaki nesep ilişkisini belgeleyecek ilâmı istihsale yetkili değildir. Babalık ilişkisini de kapsar biçimde yabancı ilâmın, tenfizine ilişkin davada aracı kurum davacıyı temsil edemez. Davacıyı ancak usulüne uygun vekâletname ibrazı ile bir avukat temsil edebilir (HUMK. m. 61, 67 ve Avukatlık Kanunu m. 35). Bu yönler gözetilmeden kanunen temsilci olamayacak Cumhuriyet Başsavcısının huzuru ile davanın incelenmesi ve tenfizine karar verilmesini doğru bulmamıştır<sup>64</sup>. Bu açıklamalarda, aracı kurumun New York Sözleşmesi gereğince sadece nafaka ile ilgili davaları açabileceği ve yürütebileceği belirtilmektedir.

Yargıtay kararına konu olan olayla karşılaşıldığında şu şekilde hareket edilmesi yerinde olacaktır. Yabancı ülke mahkemesinden alınan çocuk ile babası arasında nesep ilişkisi kuran bir babalık ilâmına dayanılarak ve ayrıca yabancı mahkemeden alınmış bir nafaka ilâmının New York Sözleşmesi çerçevesinde aracı kurum vasıtasıyla tahsili talep edildiğinde, aracı kurum bu yabancı ilâmları delil olarak sunmak şartıyla bir nafaka davası açmalıdır. Açılacak nafaka davasında, ön sorun teşkil eden babalık ile ilgili problemin çözümü, esas meselede yetkili olan devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre olacaktır. Böylece alınacak nafaka ilâmını cebri icra yoluyla tahsil edecektir.

Yabancı ülkeden yapılan nafaka talebinde, Türkiye'de oturan davalıdan talep edilen nafakanın ödenmemesi durumunda açılacak nafaka davasında aracı kurum olarak görevli olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü' dür. Genel Müdürlük bu mükellefiyetini borçlunun bulunduğu mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile yerine getirir. Genel Müdürlüğün başvurusu üzerine, mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı asliye hukuk mahkemesine nafaka davası açar. Açılacak bu dava ile ilgili dava dilekçesi örneği ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmektedir.

Bu dava dilekçesi, şu şekilde düzenlenmektedir<sup>65</sup>.

Dava dilekçesinin başında mahalli asliye hukuk mahkemesi belirtilmektedir.

<sup>64</sup> GÖKKAYA SEVKET, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 1996, s. 102. Yargıtay 2. HD. T. 14.5.1991 E. 1002 K. 8344; Yargıtay 2. HD. T. 22.12.1992 E. 92/12579 K. 92/12825. Yargıtay 2. HD. T. 24.12.1992 E.12539 K. 12910, GÖKKAYA, s. 100-104; Yargıtay 2. HD. T. 31.1.1994 E. 94/12909 K. 94/968, ÇELİKEL Aysel/NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar Mahkeme Kararları, 6. Baskı, İstanbul 1997, s. 473 - 474.

<sup>65</sup> GÜNAY Erhan, Uygulamada Cumhuriyet Savcıları İle Ceza Hakimlerinin Görev ve Yetkileri, Ankara 1996, s. 259-260. (Dilekçe örneği için bakınız).

Davacı olarak, yabancı ülkede bulunan ve nafaka talebinde bulunan kişi belirtilmektedir.

Davacının kanunî temsilcisi olarak Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü adına mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı belirtilecektir.

Davalı olarak Türkiye'de bulunmakta olan borçlu belirtilmelidir.

Dava konusu olarak, kim için ne kadar nafakaya hükmetmesi isteniyorsa bu miktar gösterilecektir.

Açıklamalar kısmında, nafaka talebinde bulunan ve yabancı ülkede bulunan kişinin hangi nedenden dolayı nafaka talep ettiği, bu talebin nafaka borçlusuna intikal ettirdiği halde nafaka borçlusunun olumlu yaklaşımda bulunmaması dolayısıyla bu davanın açıldığı belirtilmektedir.

Kanuni sebepler olarak, Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin 20 Haziran 1956 New York Sözleşmesi Türkiye tarafından, 26 Ocak 1971 gün ve 1331 sayılı Kanun ile kabul edilmiş ve 2 Temmuz 1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nafaka talebi ise, New York Sözleşmesine taraf olan yabancı ülke yetkili makamı tarafından yapılmıştır. Anayasanın 90. maddesi uyarınca kanunla onaylanan sözleşmeler düzenledikleri konularda iç hukukun bir parçası haline gelirler. Sözleşmenin 2. maddesine göre, “aracı kurum” görevi Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından üstlenilmiş olup, bu görevin mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile yerine getireceği hususu sözleşmenin tevdi yeri olan Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, “aracı kurum alacaklının verdiği yetki sınırları dahilinde hareket ederek nafakanın tahsilini temin için icap eden bütün tedbirleri alır. Bu tedbirler çerçevesinde bilhassa sulh yoluna gider, gerekirse bir nafaka davası açar, takip eder ve nafaka ödemesi ile ilgili her hükmü, emri ve sair adli muameleyi icra ettirir”. Nafaka borçlusu rıza ile nafaka ödemeyi kabul etmediğinden yukarıdaki madde hükmüne ve ayrıca belgeler çerçevesinde bulunan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne verilen vekâletnameye istinaden borçlu hakkında nafaka davası açılmıştır. Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca her devlet gönderici makamı “aracı kuruma” talebin haklı olduğunu, alacaklının adli müzaharetten yararlanmasını ve her türlü mahkeme masrafından muaf tutulmasını isteyebileceğinden evrak arasında bulunan belgelere istinaden alacaklının adli müzaharetten yararlanması ve masraf ödememesi gerekmektedir. Dava, Medeni Kanunun talep edilen nafakanın türüne göre ilgili madde-sine dayanmaktadır.

Sonuç olarak, davacının talebi doğrultusunda belirtilen nafakanın Türk parası karşılığının davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmesi talep olunur.

Mahalli Cumhuriyet Başsavcısının adı ve soyadı ile sicil numarası yazılacak ve imzalanacaktır.

Tenfiz veya tescil usulünü kabul etmeyen ülkelerde, doğrudan nafaka davası açma yoluna gidilecektir<sup>66</sup>. Oysa Türkiye'de tenfiz kabul edildiğinden ilk önce yabancı mahkeme ilâmı öncelikle tenfiz yolu ile tenfiz edilmeli bunun mümkün olmaması halinde nafaka davası açılmalıdır. Böyle bir taleple karşılaşan aracı kurum, kendi mevzuatına göre nafaka davasını açacak, nafaka ödenmesine dair verilen bu hüküm cebri icra yoluyla tahsil edilecek ve alacaklısına iletilecektir<sup>67</sup>.

Cebri icranın geçerliliği için başvurmadan önce borçluya karardaki taahhütleri gönüllü olarak yerine getirebilme fırsatı tanınmalıdır<sup>68</sup>.

Bu durumda Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü adına mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı nafaka davası açacaktır. Bu durumda Türk mahkemesi Türk hukukunu uygulayarak karar verecektir.

Nafaka davasına bakmakta olan mahkeme yargılama sırasında bazı belgelerin noksan olduğunu fark eder ise bu durumda, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinin 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, bu belgeleri sunabilmesi için nafaka talebinde bulunana uygun bir süre verir<sup>69</sup>. Böylece nafaka talebinde bulunan kişiye noksan belgelerini tamamlaması fırsatı verilmiş olur<sup>70</sup>.

Nafaka alacağının tahsili konusunda yapılacak işlemlere uygulanacak hukuk, borçlunun bulunduğu ülkenin milli mevzuatı ve onun milletlerarası özel hukuk kurallarıdır (New York Söz. m. 6/3).

Yetkili mahkeme kendi mevzuatına göre davaya bakacak ve davayı hükme bağlayacaktır. Nafaka ödemesine dair verilen bu hüküm aracı kurum adına hareket eden Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Türk mevzuatına

---

<sup>66</sup> REZAKİ, Nafaka Alacakları, s. 486.

<sup>67</sup> REZAKİ/ÖZDEMİR, s. 213.

<sup>68</sup> BAUMANN, s. 139.

<sup>69</sup> VERWILGHEN Michel, Convention on Maintenance Obligations ( Enforcement - Ablicable Law ) Draft Conventions Adopted by the Twelfth Session and Explanatory Report by Michel Verwilghen La Haye 1975, Nr. 85, s. 29; BAUMANN, s. 142.

<sup>70</sup> BAUMANN, s. 142.

göre cebri icra yoluyla tahsil edilecek ve tahsil edilen nafaka, yabancı ülkedeki nafaka alacaklısına iletilecektir<sup>71</sup>.

La Haye Konferansında Fransız delegeesi, yeni bir düzenleme ile kişi başına nafaka miktarının üst limitinin makul olarak belirlenmesini, Fransa'da belirlenen bir nafaka miktarının üzerindeki nafaka talebinin sözleşmenin uygulanmasında problem meydana getirdiği, yardımın üst limitinin belirlenmesi durumunda sözleşmenin daha kolay uygulanabilir bir hale geleceğini belirtmiştir<sup>72</sup>.

#### 4. İstinabe

Her mahkemenin yargı yetkisi, onun yargı çevresi ile sınırlıdır. Mahkeme yargı yetkisini, ancak kendi yargı çevresi içinde kullanabilir. Bir davada mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapılması gerekirse, davaya bakan mahkemenin o işlemin yapılması için başka bir mahkemeden yardım istemesine "istinabe" denir.

İstinabe görülmekte olan davada tebliğ, şahit, bilirkişi dinlenmesi, keşif, soruşturma, yemin gibi yargılamanın icap ettirdiği muameleleri yapması için bir mahkeme tarafından diğer bir mahkemeye yetki verilmesidir<sup>73</sup>. Türk mahkemelerinin yargı hakkı Türkiye ile sınırlı olduğundan ve yabancı mahkemeler Türkiye'de yargısal faaliyette bulunamayacağı gibi, Türk mahkemeleri de yabancı memlekette yargısal faaliyette bulunamaz. Bu durum istinabeyi zorunlu kılmaktadır.

Nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusunun bulunduğu ve sözleşmeye taraf olan devletlerin kanunları istinabeyi kabul ettiği hallerde aşağıdaki hükümler uygulanır.

Nafaka davasına bakan bir mahkeme, tamamlayıcı belgeler ve başka belgeler temin etmek için, âkit tarafın yetkili mahkemesinden ya da âkit tarafın tayin edeceği başka bir makam veya kurumdan istinabe talebinde bulunabilir (New York Söz. m. 7/a).

Yabancı mahkeme talimatlarını kabul etmiş âkit devletler arasında istinabe talimatları, nafaka davasına bakan mahkeme tarafından diğer âkit devletin yetkili mahkemesine yahut diğer merciine gönderilecektir.

İstinabe talebinde bulunan makam, tarafların hazır olabilmesi veya temsil edilebilmesi için, istinabenin icra edileceği tarihi ve mahalli ilgili gönde-

---

<sup>71</sup> REZAKİ/ÖZDEMİR, s. 213.

<sup>72</sup> Hague Conferance, N. 10, s. 13.

<sup>73</sup> ALTUĞ Yılmaz, Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi, 3. Bası, İstanbul 1983, s. 203.

rici makam ve aracı kuruma, aynı zamanda borçluya bildirmeye mecburdur (New York Söz. m. 7/b).

İstinabe mümkün olan süratle icra edilmelidir. Alındığı tarihten itibaren dört ay zarfında icra edilmezse, istinabe talebinde bulunan makama gecikmenin veya icra edilmemiş olma sebepleri bildirilmelidir (New York Söz. m. 7/c). İstinabe talimatları en kısa zamanda yerine getirilir.

İstinabenin icrası hiç bir harç ve masraf ödenmesini gerektirmez (New York Söz. m. 7/d). İstinabe eden mahkeme, istinabe olunan yabancı mahkemeden istinabe talebinde bulunur. İstinabe eden mahkeme, istinabe talebinde yapılmasını istediği işlemi açıkça göstermelidir. Sözleşmenin 7. maddesinin d fıkrası gereğince, bu Sözleşme çerçevesinde yapılacak istinabe dolayısıyla herhangi bir harç ve masraf ödenmeyecektir.

Ancak; belgenin sıhhatinin şüpheli olması veya istinabeyi icra edecek âkit tarafın bunu egemenliğine veya güvenliğine hanel getirecek mahiyette bulması hallerinde âkit taraf, istinabenin icrasını reddedebilir (New York Söz. m. 7/e).

### 5. Adli Kararların Tadili

Sözleşmenin 8. maddesinde nafaka kararlarının değiştirilmesine ilişkin taleplere de bu Sözleşmenin hükümleri uygulanır. Buna göre, hükmedilmiş ve tahsil edilmekte olan nafakanın değiştirilmesinin de bu Sözleşme hükümlerine tabi olacağını belirtmiş olmakla, şartların değişmesi ve nafaka borçlusu ile nafaka alacaklısının malî durumlarında meydana gelen değişiklikler nedeniyle nafaka miktarının değiştirilmesi istendiği zaman tıpkı nafaka alacağının ilk defa tespitinde olduğu gibi işlem yapılacağını öngörmektedir<sup>74</sup>.

### 6. Muafiyet ve Kolaylıklar

New York Sözleşmesi gereğince adli muamelelerde nafaka alacaklısı, davanın açıldığı memlekette ikamet eden veya bu memleketin vatandaşı olan alacaklılara tanınan masraf muafiyetinden istifade eder ve onlarla aynı muameleyi görür (New York Söz. m. 9/fık. 1). Yabancı talep sahipleri, davanın açıldığı memlekette o ülkede ikamet eden veya o ülke vatandaşlarının tabi oldukları muafiyet ve kolaylıklardan yararlanacaktır.

Yabancı veya o ülkede ikamet etmeyen alacaklılar ne dava masrafları için teminat yatırmaya ne de başka türü bir ödeme yapmaya para bloke etmeye mecbur edilemezler (New York Söz. m. 9/fık. 2). Talep sahipleri sırf

---

<sup>74</sup> REZAKİ, Nafaka Alacakları, s. 489.



yabancı olmalarından dolayı herhangi bir teminat yatırmaya mecbur tutulamazlar.

Gönderici makamlar ve aracı kurumlar bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak ifa ettikleri hizmetler için hiçbir ücret tahsil edemezler (New York Söz. m. 9/fık. 3). Gönderici makam ve aracı kurum tarafından bizzat yapılacak işlemlerin ücret ve masraftan muaf olduğunu kabul etmek gerekir. Muafiyeti, bu makamların başkalarına yaptırmak zorunda kaldıkları işlemlere teşmil etmemek lazımdır<sup>75</sup>. Bu makamlar bu şekilde yapmış oldukları masrafları talep edebilirler<sup>76</sup>.

La Haye Konferansında, Sözleşmeye taraf olan devletlerin sağlamış olduğu adli müzaharetin farklı uygulandığı, oysa adli müzaharetin nafaka talebinde bulunanın lehine olarak daha geniş uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>77</sup>.

### **7. Paranın Transferi**

Sözleşmeye taraf olan âkit devletler, nafaka olarak tahsil edilen paraların ve bu sözleşmeye istinaden açılan nafaka davaları münasebetiyle yapılmış masrafları karşılamaya yönelik paraların transferine birinci derecede öncelik tanıyacaklardır (New York Söz. m.10).

Bu madde döviz transferi konusunda kısıtlayıcı mevzuata sahip devletler bakımından önemlidir. Sözleşmeye taraf olan ülkeler nafaka alacağı ile ilgili döviz transferine öncelik tanıyacak ve müsaade edeceklerdir.

Türkiye'de bulunan çocuklara ilişkin nafaka taleplerinin, yabancı ülkede tahsili için belgeler düzenlenmeden önce, alacaklı eşin yabancı ülkeden çocuk parasını Türkiye'ye transfer ettirip ettirmediği mutlaka araştırılmalıdır. Zira uygulamada mesela, Alman makam ve mahkemeleri, çocuk paralarını borçlu eşin gelirinin bir parçası olarak değerlendirmekte ve çocuk hakkında ayrıca nafaka tahsili ile girişmemektedirler. Böyle durumlarda nafaka alacaklısının belgelerin düzenlenmesi için yaptığı masraflar boşa gittiği gibi, ilgili makamlar da boş yere meşgul edilmektedir.

Alacaklının çocuk parası için başvurmamış olması ve özellikle çocuk sayısının fazla olması sebebiyle ilgilinin eline geçecek paranın mahkeme ilâmındaki nafaka miktarından fazla olması halinde, alacaklıya mutlaka Ankara'da Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü'ne veya bu Genel Müdürlüğün illerdeki temsilciliklerine başvurması tavsiye edilmelidir. Çocuklara

---

<sup>75</sup> REZAKİ, Nafaka Alacakları, s. 590.

<sup>76</sup> NOMER, Nafaka, s. 167.

<sup>77</sup> Hague Conferance, N. 12, s. 13.

bakmakta olan eş, Sosyal Sigortalar Kurumuna müracaat ederek, yurt dışında eşine ödenmekte olan çocuk parasının kendisine ödenmesini talep edebilir. Sosyal Sigortalar Kurumu yapılan müracaat üzerine, yabancı ülkedeki kuruluşlarla temasa geçerek çocuk parasının çocuklara bakmakta olan eşe ödenmesi için gerekli girişimde bulunacaktır. Ancak bu yoldan bir sonuç alınmadığı takdirde nafaka tahsili ile ilgili belgeler düzenlenerek Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne müracaat edilecektir.

Türkiye'ye transfer edilen paralar nafaka alacaklısının doğrudan kendi hesabına yapılıyor. Bu husus ise, paraların düzenli olarak transfer edilip edilmediğinin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından kontrol edilemediği için bazı problemlere yol açmaktadır. Nafakanın yabancı ülkelere gönderilip gönderilmediği nafaka alacaklısının beyanı ile takip edilmektedir. Bazen nafaka alacaklısı, nafakasını aldığı halde veya nafaka banka hesabına geldiği halde bunu kontrol etmeyecek nafakasının gelmediğini Genel Müdürlüğe bildirmektedir. Uygulamada Genel Müdürlük, zamanında gönderilmeyen para için son ödeme tarihinden itibaren 3 ay beklenip sonra ilgilinin müracaat etmesini istemektedir. Bunun üzerine Genel Müdürlükte yabancı ülkedeki merkezi makama başvurarak durumu bildirmektedir. Bu durumda, Türkiye Cumhuriyeti'ni temsilen Genel Müdürlük hoş olmayan bir durum ile karşı karşıya kalmaktadır.

Bu hususun şu şekilde düzeltilmesi düşünülebilir. Genel Müdürlük adına açılacak havuz hesabına ve nafaka alacaklısı belirtilerek ve ona ödenmek üzere gönderilebilir. Para Genel Müdürlük hesabından geçirilerek, nafaka alacaklısına ulaşacağı için, durumdan Genel Müdürlük de haberdar olacak ve nafakanın ödenip ödenmediğini takip edebilecektir. Ayrıca nafaka ödendiği halde ödenmediği şeklinde yabancı ülke aracı kurumuna yapmış olduğu müracaatlar önlenmiş olacaktır.

Yabancı ülke gönderici makamının Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne müracaat ederek nafaka talep etmesi durumunda bazen şu problemle karşılaşmaktadır. Yabancı ülke mahkemelerince karara bağlanan ve nafaka borçlusundan talep edilen nafaka miktarı çok yüksek olabilmektedir. Bu durumda talep edilen nafaka, Türkiye'deki nafaka borçlusuna iletilmekte, nafaka borçlusu talebi kabul ederse herhangi bir problem çıkmamaktadır. Eğer kendisinden talep edilen nafakayı yüksek bulur kısmen ödemeyi kabul ederse, bu husus yabancı ülkedeki gönderici makama iletilmekte gelecek cevaba göre hareket edilmektedir. Bu cevap bazen kısmî ödemenin kabul edildiği şeklinde olabilmekte, bazen de kısmî ödemenin kabul edilmeyip ilgili hakkında Sözleşmenin 6. maddesinde belirtildiği üzere işlem yapılması istenmektedir. Nafaka borçlusu ödemeyi kabul

etmediği takdirde bu husus yabancı ülkedeki gönderici makama iletilmekte, oradan gelecek cevaba göre hareket edilmektedir.

Türkiye'deki nafaka borçlusunun maddi durumu, kendisinden talep edilen nafakayı ödemeye müsait değilse, bu durum Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tesbit edilerek Genel Müdürlüğe bildirilmektedir. Genel Müdürlükte durumu yabancı ülkedeki gönderici makama bildirmektedir. Yabancı ülkedeki merkezi makamdan gelecek cevaba göre hareket edilmektedir. Talep doğrultusunda tenfiz davası veya doğrudan nafaka davası açılır.

Türkiye'deki nafaka borçlusunun maddi durumu talep edilen nafakayı ödemeye müsait değilse, yabancı ülke mahkemesinden alınan nafaka ilâmının tenfizi talebi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun m. 38/c gereğince Türk kamu düzenine açıkça aykırılık olarak nitelendirilebilir. Bundan dolayı böyle bir durumda kısmî tenfiz talep etmek veya borçlunun ödeyebileceği miktarı, açılacak nafaka davasında talep etmek yerinde olacaktır.

### **8. İhtilafın Halli**

Akit taraflar arasında bu Sözleşmenin yorum ve tatbikinde bir ihtilaf meydana gelirse ve bu ihtilaf anlaşma yolu ile halledilmezse Milletlerarası Adalet Divanına götürülür (New York Söz. m. 16). İhtilafın Divana götürülmesi ya da ihtilafa düşen tarafların kendi aralarında vardıkları hususi bir anlaşmanın ihbarı suretiyle ya da ihtilafa düşen devletlerden birinin talep etmesi suretiyle olur. Divanın çözümü ihtilaf konusunda ihtilafın tarafı olan âkit devletleri bağlayıcı nitelik taşır.

### **9. İhtirazi Kayıtlar**

Sözleşmeyi imzalarken veya daha sonra sözleşmeye katılırken ihtirazi kayıt dermeyan etmek, bir âkit devletin, bahis konusu Sözleşmenin bir veya bir kaç hükmünü kabul etmediğini, tek taraflı bir irade beyanı ile bildirmesidir. Sözleşme, tarafların irade mutabakatlarını gösterdiği için, bir tarafça öne sürülmüş olan ihtirazi kayıt, ancak sözleşmenin diğer taraflarınca kabul edildiği takdirde muteber olur<sup>78</sup>.

İmza, onay veya katılma sırasında bir devlet Sözleşmenin maddelerinden birine bir ihtirazi kayıt koyarsa, Genel Sekreter bu ihtirazi kaydın metnini Sözleşmeye taraf olan bütün devletlere gönderir. Bu ihtirazi kaydı kabul etmeyen herhangi bir âkit taraf, ihtirazi kayıt metninin gönderildiği tarihten itibaren doksan gün içinde, bu ihtirazi kaydı kabul etmediğini Genel Sekretere bildirebilir ve bu takdirde Sözleşme ihtirazi kaydı koyan devlet ile buna

<sup>78</sup> MERAY Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, 2. Cilt, Ankara 1959, s.74-75.

itiraz eden devlet arasında yürürlüğe girmeyecektir. Sözleşmeye daha sonra katılacak her devlet, katılma sırasında kabul etmediği ihtirazi kayıtları Genel Sekretere bildirebilir. İhtirazi kayıtları kabul etmemenin sonucu, bu kaydı ileri süren devlet ile kabul etmeyen âkit devlet arasında Sözleşmenin yürürlüğe girmemesidir. Bir âkit taraf daha önce koyduğu bir ihtirazi kaydı her an geri alabilir ve geri aldığı ihtirazi kaydı Genel Sekretere bildirebilir. İhtirazi kayıt geri alındığı andan itibaren Sözleşme bu devletler arasında da yürürlük kazanır (New York Söz. m. 17).

### 10. Müttekabiliyet

Bir âkit taraf bu sözleşme hükümlerini diğer âkit taraflara karşı ancak kendisinin bu sözleşme ile bağlı olduğu derecede ileri sürebilir ve bu hükümlere binaen hak iddia edebilir (New York Söz. m. 18).

## VI. ÜLKE BAKIMINDAN UYGULAMA

### A. Kural

Sözleşme esas olarak bağımsız devletler açısından düzenlenmiştir. Sözleşme açısından da geçerli olan kural tüm bağımsız devletlerin sözleşmeye taraf olabileceği ve bir devletin Sözleşmeye taraf olması halinde, Sözleşmenin bu âkit devletin her yerinde uygulanacağıdır.

### B. Federal Devletler Açısından Uygulama

Sözleşmenin basit devletler açısından düzenlenmiş olması ancak, tüm devletlerin de bu biçimde olmaması yüzünden basit devlet tipinde olmayan devletlerde sözleşmenin nasıl uygulanacağını da düzenlenmesini gerektirmiştir. Sözleşmenin 11. maddesinde federal devletlerde bu anlaşmanın nasıl uygulanacağı belirtilmiştir.

Federal yasama organının yasama yetkisine giren Sözleşme maddeleri hususunda, federal hükümetin vecibeleri federal devlet olmayan tarafların vecibelerinin aynısıdır (New York Söz. m. 11/a).

Sözleşmenin, federasyon anayasasına göre teşriî tasarrufta bulunmaya mecbur olmayan federal devlet, vilayet veya kantonların yasama yetkisine giren maddeleri hususunda, federal hükümet mümkün olan en kısa zamanda ve müspet mütalâasıyla birlikte bu maddeleri federal devlet, vilayet veya kantonların yetkili makamlarının bilgisine sunacaktır (New York Söz. m. 11/b).

Sözleşmeye taraf olan bir federal devlet, Genel Sekreter aracılığı ile kendisine intikal ettirilen başka bir âkit tarafın talebi üzerine, Sözleşme herhangi bir hükmü hakkında federasyonda veya federasyonu teşkil eden federal devlet, vilayet veya kantonlarda mer'î olan mevzuat ve tatbikat hakkında bir

izahnameyi, teşriif veya başka türlü bir tasarrufla bu hükme mer'iyetin şumulünü de belirterek gönderir (New York Söz. m. 11/c).

### **C. Muhtariyeti Olan veya Vesayet Altında Olan Devletler Açısından Uygulama**

Sözleşme yukarıda da belirtildiği gibi esas olarak basit veya federal devletler açısından uygulanabilecektir. Ancak muhtariyeti olmayan, vesâyet altındaki ülkeler açısından sözleşmenin uygulama sahası bulması için himayeci devletin onama veya katılma sırasında akdi şekilde bir beyanda bulunmaması gerekir. Yani himayeci devlet sözleşmenin onayı veya katılma sırasında bu anlaşmanın himayesi altındaki ülkelerde uygulanmayacağını bildirebilir. Böyle bir beyanda bulunan her âkit taraf sonradan herhangi bir anda Genel Sekretere haber vermek suretiyle Sözleşmenin uygulamasını bu ülkelerden birine veya hepsine teşmil edebilir (New York Söz. m. 12).

## **VII. YÜRÜRLÜK HÜKÜMLERİ**

### **A. İmza, Onama ve Katılma**

Sözleşme 31 Aralık 1956 tarihine kadar Birleşmiş Milletler Teşkilatı üyesi bütün devletlerin, Birleşmiş Milletler üyesi olmakla beraber, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf olan veya Birleşmiş Milletlerin İhtisas Teşekküllerinden birine üye olan devletlerin, aynı zamanda Birleşmiş Milletler Teşkilatı Üyesi olmamakla beraber, Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından sözleşmeye taraf olmak üzere davet edilmiş bütün devletlerin imzasına açıktır. Böylece sözleşmeye imza tarihinde sonra bağımsızlığını kazanan ülkelerin katılması sağlanmıştır (New York Söz. m. 13/1).

İmza sözleşme tarafı olmak için yeterli değildir, ayrıca imzalayan veya katılan devletlerin usulüne göre sözleşmeyi onaylamaları ve onay belgelerini Genel Sekretere tevdi etmeleri de şarttır (New York Söz. m.13/2).

Sözleşmeye taraf olan ülkeler, imza yetkisine sahipler, bu sözleşmeye her an katılabilirler, katılma hakkında da imza konusundaki esas geçerlidir (New York Söz. m. 13/3).

### **B. Yürürlüğe Giriş**

Sözleşmenin mümkün olduğu kadar çabuk olarak yürürlüğe girmesi için, üçüncü onay veya katılma belgesinin Genel Sekretere tevdi yeterli görülmüştür. Sözleşme bu onay belgesinin tevdi edileceği tarihi takip eden otuzuncu günde yürürlüğe girecektir (New York Söz. m. 14/1).

Yürürlük diğer devletler içinde onay veya katılma belgelerinin teslimini takip eden otuzuncu günde yürürlüğe girecektir (New York Söz. m. 14/2).

### C. Tadil

Herhangi bir âkit taraf, Genel Sekretere bildirmek suretiyle Sözleşmenin değiştirilmesini her zaman isteyebilir (New York Söz. m.20/1).

Genel Sekreter bu talebi bütün âkit taraflara intikal ettirerek onları 4 ay içinde değişiklik teklifini incelemek üzere bir konferansın toplanmasına taraftar olup olmadıklarını kendisine bildirmeye davet edecektir. Değişikliklerle ilgili hususları görüşmek üzere bir konferansın toplanabilmesi için, âkit tarafların çoğunluğunun bu yönde olumlu cevap vermeleri gerekir (New York Söz. m. 20/2). Bugüne kadar sözleşmede bir değişiklik yapılmamıştır.

### D. Fesih

Sözleşmeden ayrılmak isteyen ülke, her zaman için Genel Sekretere beyanda bulunarak Sözleşmeyi fesih edebilir. Fesih aynı zamanda 12. maddede belirtilen ülkelerden birine veya hepsine uygulanabilecektir (New York Söz. m. 15/1).

Feshi ihbar talebi Genel Sekretere ulaştığı andan itibaren 1 yıl sonra hüküm ifade eder; ancak, yapılmakta olan işlere ise bir etkisi yoktur (New York Söz. m. 15/2).

## VIII. GENEL SEKRETERİN GÖREVLERİ

Genel Sekretere Sözleşmenin uygulanması sırasında bazı görevler verilmiştir. Bu görevler sırasıyla: 2. maddenin 3. fıkrası hükümlerini göre yapılacak tayinleri, 3. maddenin 2. fıkrası hükümlerine göre verilecek bilgileri, 12. maddeye göre yapılacak beyan ve bildirimleri, 13. maddeye göre yapılacak imza onay ve katılmaları, 14. maddenin 1. fıkrasına göre, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihi, 15. maddenin 1. fıkrasına göre yapılan fesihleri, 17. maddeye göre yapılan ihtirazi kayıtları ve bu kayıtlara yapılan itirazları, Birleşmiş Milletler teşkilatına üye olan bütün devletlere ve 13. maddede zikredilen üye olmayan devletlere bildirmektir (New York Söz. m. 19/1).

Genel Sekreter ayrıca değişiklik taleplerini ve bu taleplere âkit devletlerce verilen cevapları da taraflara bildirecektir (New York Söz. m. 19/2).

## IX. SÖZLEŞMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsiline İlişkin Sözleşme sadece nafaka alacağını kapsar. Fakat kanaatimizce, mahkeme masrafları ve vekalet ücreti gibi giderlerin nafaka alacağı ile birlikte tahsilinin mümkün olması gerekir.

1956 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmeleri ile 1956 tarihli New York Sözleşmesinin birlikte uygulanması durumunda kanunlar ihtilafı problemi ortaya çıkmaz. Fransa'daki bir olayda, Fransız vatandaşı olan birinden evlilik

dışı bir çocuk dünyaya getiren bir Alman vatandaşı, 24 Ekim 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi uyarınca nafaka istemiş ve anılan Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca da çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Alman Kanunlarının uygulanmasını talep etmiştir. Buna karşı davalı 20.06.1956 tarihli New York Sözleşmesinin 6. maddesi 3. fıkrası uyarınca borçlunun kanunu olan Fransız Kanununun uygulanmasını istemiştir. Olayda Fransız hakim, 24 Ekim 1956 tarihli La Haye Sözleşmesinin daha sonra bir sözleşme olduğu gerekçesiyle Alman Kanununu uygulamıştır<sup>79</sup>.

## X. SONUÇ

“20 Haziran 1956 Tarihli Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili Hakkındaki New York Sözleşmesi” Türkiye tarafından onaylanmış ve 2 Temmuz 1971 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. New York Sözleşmesi, yurt dışında olan ve sayıları milyonları bulan Türk vatandaşlarının, Türkiye’de bulunan nafakaya muhtaç ve kanunen yardım etmek zorunda oldukları yakınlarına, yardım etmedikleri durumlarda önem taşımaktadır. New York Sözleşmesinin amacı, âkit taraflardan birinin ülkesinde bulunan ve “alacaklı” diye isimlendirilen bir şahsın, yine âkit taraflardan başka birinin ülkesinde bulunan ve “borçlu” diye isimlendirilen bir şahıstan nafaka alacaklarının tahsilini kolaylaştırmaktır.

New York Sözleşmesi, yapılan müracaatları diğer bir âkit devletin yetkili kılınmış merciine intikal ettirecek “gönderici makam” ile yabancı ülkelere yapılacak müracaatları kabul edecek ve gerekli tedbirleri alacak olan “aracı kurum” olmak üzere, her âkit devletin adli veya idari iki merci tayin etmesini öngörmektedir. Tayin edilecek olan bu merciler, katılma belgesiyle birlikte Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilecektir. Türkiye açısından sözleşmenin uygulanmasında gönderici makam ve aracı kurum görevini Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü üstlenmiş olup, bu görevin yerel Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile yerine getirileceği, sözleşmenin tevdi makamı olan Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilmiş bulunmaktadır.

Alacaklısı Türkiye’de, borçlusu yabancı ülkelerde bulunan nafaka alacaklarında Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü “gönderici makam” durumundadır. Genel Müdürlük bu görevini ilgilinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla yerine getirir. Cumhuriyet Başsavcılığı, borçlunun bulunduğu devletin sözleşmeye taraf

---

<sup>79</sup> VOLKEN Paul, Konventionskonflikte Im Internationalen privatrecht, Zurich 1977, s.154; (ÜNAL, Nafaka Alacakları, s. 971).

olduğunu tespit ettikten sonra belgeleri işleme koyacaktır. Cumhuriyet Başsavcılığı, gerekli belgelerin usulüne uygun şekilde düzenlenmesini sağlayarak, bu belgeleri yabancı ülkelerle teması sağlayan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderecektir.

Nafaka talebinde bulunan şahsın ibraz edeceği belgeler şunlardır: Müracaat dilekçesi yerine geçmek üzere üç suret talep formu, üç suret mahkeme ilâmı veya ara kararı örneği ve çevirisi, üç suret dava dilekçesi ve nafaka ilâmının borçluya tebliğ edildiğine dair belgeler ve bu belgelerin çevirisi, üç suret nafaka alacaklısının Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından alınmış ifadesi ve çevirisi, üç suret adli müzaharet belgesi ve çevirisi, üç suret vekâletname ve çevirisi, üç suret nüfus kayıt örneği ve çevirisi, nafaka alacaklısının Türkiye'de milli bir bankada açtırmış olduğu hesap numarası, nafaka alacaklısı ve nafaka borçlusunun birer fotoğrafları ile borçlunun bilinen adresleridir.

Alacaklısı yabancı ülkede, borçlusu Türkiye'de bulunan nafaka işlemlerinde ise aracı kurum görevi Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından üstlenilmiş olup, bu görev mahalli Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla yerine getirilmektedir. Alacaklının bulunduğu devlet gönderici makamı tarafından sözleşmede öngörülen belgelerin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne intikal ettirilmesi üzerine, söz konusu belgeler incelenerek Sözleşmeye uygunluğu tespit edildikten, belgeler tamam değilse noksanlıklar tamamlandıktan sonra gereği yapılmak üzere borçlunun bulunduğu yerin Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir. Cumhuriyet Başsavcılığı ise, gönderilecek belgeler arasında bulunan ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne yetki veren vekâletnameye dayanarak, alacaklının verdiği yetki sınırları dahilinde, alacaklı namına nafakanın tahsilini temin için icap eden bütün tedbirleri alacaktır.

Aracı kurum, usulüne uygun olarak ve tamamlanmış belgelerle kendisine yapılacak müracaat üzerine bu konuda mahalli Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Cumhuriyet Başsavcılığı nafaka borçlusuna nafaka borcunu bildirir ve bu borcunu ödemeye çağırır. Borçlu ödemeyi kabul ettiği takdirde ödenen nafakayı ilgili adına bankaya yatırır ve borçludan nafaka borcunun her ay düzenli olarak yerine getireceğine dair noter tarafından onaylanmış bir taahhütname alır ve bu taahhütnameyi yabancı ülke gönderici makamına ulaştırılmak üzere, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderir. Böylece işlem sulh ile sonuçlanmış olur (New York Söz. m.6/1).

Eğer nafaka borçlusu borcunu kendiliğinden ödemez, sulh girişimi sonuçsuz kalırsa, Cumhuriyet Başsavcılığı iki şekilde hareket edebilir: Birin-



cisi, nafaka alacaklısının nafaka talebi bir ilâma dayanıyorsa, görevli ve yetkili mahkemeden bir tenfiz kararı alır ve bunu cebri icra yoluyla tahsil eder (New York Söz. m. 5/ fık. 3). İkincisi, nafaka talebi bir mahkeme kararına dayanmıyorsa veya günün geçim şartlarına göre çok düşük bir miktarı oluşturuyorsa ve gönderilen vekaletnamede bu konuda yetki verilmiş ise, borçluya karşı nafaka davası açar ve bunu cebri icra yoluyla tahsil eder (New York Söz. m. 6/fık. 1).

Türkiye'de aracı kurum görevinin mahalli Cumhuriyet Başsavcılığına verilmesi uygulamada bazı aksaklıklara yol açmaktadır. Cumhuriyet Başsavcılıkları ceza davaları ile ilgilendiklerinden, işlerinin yoğunluklarından dolayı ve özel hukukla ilgili konulara yeteri kadar yakın olmadıklarından dolayı, bir hukuk davası olan nafaka davasına gerekli önemi verememektedirler. Yabancı ülkedeki nafaka alacaklısı adına davayı açmak, davayı yürütmek ve sonuçlandırmak için Cumhuriyet Başsavcılığı yerine, bu konuya daha yakın olan o yer barosu tarafından görevlendirilecek bir avukat tarafından bu işlerin yürütülmesi, bu işler için ödenecek avukatlık ücretinin de Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından karşılanması uygun olacaktır. Bu çerçevede ilgili Genel Müdürlük bütçesine bu konudaki ödemeleri karşılamak üzere bir ödenek tahsis edilmesi yerinde olacaktır. Mesela, Avusturya'daki uygulamada "Avusturya Aracı Kurumu" nafaka borçlusunun bulunduğu yerdeki bir avukatı görevlendirmekte ve işlemler görevlendirilen bu avukat vasıtasıyla yürütülmektedir.

New York Sözleşmesi gereğince yabancı talep sahipleri, davanın açıldığı memlekette o ülkede ikamet eden veya o ülke vatandaşlarının tabi oldukları muafiyet ve kolaylıklardan yararlanırlar ve herhangi bir teminat yatırmaya mecbur tutulamazlar. Adli müzaharetten yararlananlar, yargılama ve icra giderlerinden muaf tutulurlar. Gönderici makamlar ve aracı kurumlar bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak ifa ettikleri hizmetler için hiçbir ücret ve masraf talep edemezler. Çünkü bu işlemler ücret ve masraftan muafırlar (New York Söz. m. 9).

New York Sözleşmesinin uygulanmasına yönelik olarak Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün hazırlamış olduğu bir genelge bulunmaktadır. Bu genelge bugünkü haliyle New York Sözleşmesinin uygulanmasını göstermek açısından yeterli değildir. Kanaatimizce bu konuda yeni bir genelge hazırlanması ve nafaka talebinde bulunan şahıstan istenen belge örneklerinin ise, Türkçe, İngilizce, Fransızca, İspanyolca, İtalyanca, Rusça ve Çince olarak hazırlanmış şekilde genelge ekinde yer alması ve ayrıca bu belgelerin matbu olarak hazırlanmış olarak nafakanın tahsili için talepte bulunanlara verilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilmesi uygun olacaktır.



# CUMHURİYET ÖNCESİ TÜRK HUKUKUNDA HİZMET AKDİNE GENEL BAKIŞ

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN\**

## GİRİŞ

Genel olarak iş hukukunun gelişmesi sanayi gelişmesine ve işçi sayısının artmasına bağlanmaktadır. Türkiye’de, Avrupa’dakine benzer sanayi kurulması ise çok yeni olduğu için, iş hukuku Cumhuriyet öncesi dönemde yeterince gelişmemiştir. Osmanlı Devleti’nin son zamanlarında ve hatta Cumhuriyetin başlarında, çalışma hayatının genellikle tezgah ve el işlerine dayanması ve çok sayıda işçinin çalışmasını gerektiren seri üretime dayalı sanayileşmenin değişik nedenlerle başlayamamış olması iş hukukunun da gelişmesini engellemiştir<sup>1</sup>.

Türk İş Hukuku, genel kabul gören bir ayırıma göre, İslâmiyet’ten önceki dönem bir tarafa bırakılırsa, Tanzimat’tan Önceki Dönem, Tanzimat Dönemi ve Cumhuriyet Dönemi başlıkları altında üç kısımda incelenmektedir<sup>2</sup>. Bunlardan, konumuz itibarıyla, aralarında çok önemli farklar olmadığı için Tanzimat öncesi dönem ile Tanzimat dönemi de birlikte değerlendirilerek, Türk İş Hukuku, Cumhuriyetten önceki dönem ve Cumhuriyet dönemi şeklinde ikili bir ayırımla incelenebilir. Belirtilmesi gerekir ki, konumuz itibarıyla Tanzimat öncesi dönem ile Tanzimat dönemi arasındaki en önemli

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Nuri ÇELİK, *İş Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 15. B., İstanbul 2000, s. 5; Kenan TUNÇOMAĞ, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 17; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, *İş Hukukunun Esasları*, 2. B., İstanbul 1999, s. 17.

<sup>2</sup> Bu konu için ayrıca bkz. Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C. I, İstanbul 1990, s. 22-23; Coşkun ÜÇÖK / Ahmet MUMCU/ Gülnihal BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. B., Ankara 1996, s. 2-3; M. Akif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999, s. 9-31, 421; Ziya UMUR, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, C. I, İstanbul 1987, s. 64; Kâmil TURAN, *İş Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 1990, s. 103-215; Adil İZVEREN, *İş Hukuku*, C. I-II-III, Ankara 1974, s. 14-25; TUNÇOMAĞ, s. 15-18; ÇELİK, s. 5-6; Muammer Vassaf TOLGA, *İş Hukuku*, 2.B., İstanbul 1952, s. 27-34.

fark, ilkinde, çalışma ilişkilerini düzenleyen ve genellikle örf ve teamüle dayanan kuralların söz konusu olması; ikincisinde ise, mevzuat sistemine geçilmesidir<sup>3</sup>. Sözü edilen mevzuatın ilki de, Osmanlı Devleti'nin medeni kanunu kabul edilen Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'dir. Mecelle'nin dördüncü faslında düzenlenen hizmet akdi hükümleri "icâre-i âdemî" (insan kirası) başlığı altında ele alınmıştır.

Cumhuriyet öncesi Türk hukukunun genel anlamda temelini teşkil eden İslâm Hukukunun hizmet akdi konusundaki hükümlerini incelemek, bir yönden hizmet akdinin bin dört yüz yıllık tarihi seyrini de incelemek anlamına gelir. Bu seyir içerisinde, "ezmânın tagayyüriyle ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz" (Mecelle, m. 39) şeklinde ifade edilen genel kural gereği, zamanla örf ve âdete dayalı hangi hükümlerin değiştiği de önem taşır.

Çalışmamızda, kanun anlamında düzenlemeler olarak Mecelle-i Ahkam-ı Adliye<sup>4</sup> ile Kadri Paşa'nın Borçlar ve Eşya Hukuku Kodu olan Mürşidü'l-Hayran'ını<sup>5</sup>, doktrin eserleri olarak fıkıh kitaplarını, Yargıtay kararları yerine de fetva mecmualarını esas alacağız. Bunun yanı sıra konuyu incelerken, Hanefî fihhına ilişkin görüşleri temel alacak, yeri geldiğinde, diğer ekol hukukçularının görüşlerini de belirteceğiz. Asıl amacı, Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda hizmet akdine genel bakış olan bu çalışmamızda, Cumhuriyet sonrası Türk hukukundaki durumu da genellikle dipnotta mukayese yaparak belirteceğiz. Burada, hizmet akdine genel bir bakış yaparken özellikle akdin tanımı ve unsurları üzerinde duracağımızı da belirtmemiz gerekir.

## I. HİZMET AKDİNİN TANIMI

Toplumun büyük bir kesimini yakından ilgilendiren ve dolayısıyla sosyal önemi haiz bir akit olan hizmet akdinin tanımına değinmeden önce, Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda hangi çatı altında düzenlendiğini ortaya koymak gerekir.

<sup>3</sup> TOLGA, s. 30; İZVEREN, s. 16.

<sup>4</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin metni için bkz. **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye**, İstanbul 1305; Ali Himmet BERKİ, **Açıklamalı Mecelle**, İstanbul 1990; Osman ÖZTÜRK, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İstanbul 1973.

<sup>5</sup> Kadri Paşa ve Mürşidü'l-Hayran hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet AKGÜNDÜZ, **Kadri Paşa'nın Eşya ve Borçlar Hukuku Kodu Mürşidü'l-Hayran, (Mecelle ve Günümüz Mevzuatıyla Mukayeseli)**, İstanbul 1987.

### A. Genel Olarak İcâre Akdi

Mecelle'de<sup>6</sup>, dolayısıyla Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda hizmet akdi, bireysel nitelikte<sup>7</sup> bir akit olarak değerlendirilmiş ve "icâre akdi" genel başlığı altında düzenlenmiştir. İcâre akdi, eşyanın kullanımını konu alan "kira akdi" ile, insanın çalışmasını konu alan "hizmet akdi"nden oluşan bir akitdir. Bunu, halkın menfaatine yapılan icar (menkul ve gayri menkul mallarla, hayvanların icarı) ve amelin (emeğin) icarı şeklinde ifade etmek de mümkündür<sup>8</sup>. Hem kira hem de hizmet akitleri menfaat üzerine kurulduğu için, bunlara ortak kural ve çözümler getirilmiş ve bu da icâre akdi genel başlığı içerisinde sistematikleştirilmeye çalışılmıştır<sup>9</sup>.

Bununla birlikte kaynaklarda çoğu zaman, özellikle icâre akdinin sonuçları incelenirken, hizmet akdinin ayrıca ele alınması tercih edilmiştir. Çünkü işçinin çalışmasını konu alan hizmet akdi, gerek akit konusu, gerekse işçi ile akit konusu arasındaki sıkı ilişki açısından, aynı çatı altında değerlendirilen diğer akit türüne (kira akdine) göre, oldukça farklı bir yapıya sahiptir. Bu nedenle, hizmet akdine kaynaklarda ve bu arada Mecelle'de "icâre-i âdemî" başlığı altında ayrıca yer verilmiştir<sup>10</sup>.

Sözlükte, himaye etmek, korumak, kurtarmak ve saptırmak gibi anlamlara gelen icâre, terim olarak, daha çok dünyaya ilişkin işler için kullanılan "ücret" ve ahirete ilişkin karşılıklar için kullanılan "ecr" sözcükleri ile eş

---

<sup>6</sup> Mecelle'de, çalışma ilişkileri, serbest iş sözleşmesi esasına dayandırılmıştır. Mecelle'nin düzenlediği önemli esaslardan biri, işgücünün sömürülmesine çok uygun olan "aynî te-diye" (trucksystem) yöntemini yasaklaması (m. 566); diğeri de, günlük, çalışma süresini güneşin doğuşundan batmasına kadar olmak üzere sınırlamasıdır (m. 495). Bkz. İZVEREN, s. 16; TOLGA, s. 30.

<sup>7</sup> Mecelle'ye göre, hizmet taahhüdünde bulunanın ücret alabilmesi için, sürekli olarak bu tür işleri gören (dolayısıyla işçi niteliğini haiz) bir kimse olması gereklidir (m. 563). Bu bakımdan Mecelle ile yürürlüğe giren düzen, o zamanın şartlarına uygun ferdiyetçi ve liberal bir görüşü esas almıştır. Bkz. Ferit Hakkı SAYMEN, *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954, s. 47 vd.; TOLGA, s. 30.

<sup>8</sup> TURAN, s. 127.

<sup>9</sup> Ali BARDAKOĞLU, "İslâm Hukuku'nda İşçi ve İşveren Münasebeti", İslâm'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s. 190; Vehbe ZUHAYLÎ, *Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmî'l- Mes'ûliyyeti'l-Medeniyyeti ve'l-Cinâiyyeti fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dimaşk ts., s. 163-164; Osman KAŞIKÇI, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, s. 268; Servet ARMAĞAN, *İslâm Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1987, s. 186.

<sup>10</sup> Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C.II, İstanbul 1990, s. 256.

anamlı olup “iş karşılığı verilen şey, amelin ivazı” karşılığında kullanılır<sup>11</sup>. Bununla birlikte “kiralamak” karşılığı olarak mastar şeklinde daha yaygın bir şekilde mecaz olarak da kullanılmaktadır<sup>12</sup>. Hukuk dilinde ise icâre, önceki hukukumuzun muâmelât bahsinin önemli bir kısmı olan “icâre akdi”ni ifade eder<sup>13</sup>.

Hanefî fıkında icâre akdi hukukçularca değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bunları iki grupta toplamak mümkündür. Birinci tanıma göre icâre, “malûm bir menfaati malûm bir ivaz karşılığında satmaktır”<sup>14</sup>. Mecelle’de benimsenen tanım da budur<sup>15</sup>. İkinci tanım ise icâreyi, “menfaati ivaz karşılığında temlik”<sup>16</sup> olarak kabul eder. Bu tanımı, “ivaz karşılığı menfaat üzerine akitir”<sup>17</sup> şeklinde ifade etmek de mümkündür. Her iki tanım için de

- 
- 11 Hamdi DÖNDÜREN, “İslâm’da İşçi İşveren Münasebetleri”, İslâm’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s. 373; Ali BARDAKOĞLU, *İslâm Hukuku’nda ve Modern Hukukta İcâre Akdi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 1982, s. 1; Şeref b. Ali eş-ŞERİF, *el-İcâretül Vâride alâ Amel’il-İnsan*, Suûdî Arabistan 1980, s. 28; Zeyn’üddin Ahmed b. Ahmed b. Abd’il-Latif ez-ZEBÎDÎ, *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi*, Mütercim ve Şarihi Kamil Miras, C. VII, 7. B., Ankara 1984, s. 21; TURAN, s. 126.
- 12 Hoca Emin Efendizâde ALİ HAYDAR, *Dürrü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, C.I, İstanbul 1330/1912, s. 675; Orhan ÇEKER, *İslâm Hukuku’nda Akitler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1980, s.164; Abdurrahman CEZİRÎ, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkı*, C.IV, 3. B., Çev. Mehmet Keskin, İstanbul 1991, s. 1699-1700; Ömer Nasuhi BİLMEN, *Hukuku İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. VI, İstanbul 1985, s. 156; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.
- 13 CEZİRÎ, s. 1700.
- 14 İbrahim b. Muhammed el-HALEBÎ, *Mülteka’l-Ebhur*, İstanbul 1309/1891, s. 144; Osman KESKİOĞLU, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, 4. B., Ankara 1988, s. 185; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.
- 15 Mecelle, m. 405, “İcâre, lügat-ı arabda ücret manasınadır. Fakat icar manasında dahi istimal olunmuştur. İstilah-ı fukahada menfaat-ı malûmeyi ivaz-ı malûm mukabelesinde bey’ etmek demektir” diyerek icâreyi, malûm menfaati malûm ivaz karşılığında satmak olarak tanımlamıştır. BERKÎ, s. 77; Ahmet AKGÜNDÜZ, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır 1986, s. 434; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.
- 16 Temlik, aynın veya menfaatin temlikî şeklinde olur. Bir mala bir bedel karşılığında sahip olmaya bey’ (alış-veriş), ivazsız (bedelsiz) elde etmeye hibe veya sadaka denir. Menfaatin bedelsiz temlikine âriyet veya vasiyet, ivazlı temlikine ise icâre denir (Bkz. Adem ESEN, *Sosyal Siyaset Açısından İslâm’da Ücret*, Ankara 1993, s. 20).
- 17 Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl es-SERAHSÎ, *el-Mebsût*, C. XV, Beyrut 1989-1409, s. 74; Ali b.Ebî Bekir el-MERGİNANÎ, *İslâm Fıkından Tahkikî ve Tahricî El-Hidâye Tercemesi*, Çev. Ahmed Meylânî, C.III, İstanbul 1992, s. 399; ZEBÎDÎ, C.VII, s. 21.

değişik itirazlar yapılmış olmakla birlikte<sup>18</sup> yapılabilecek en derli toplu tanım, ikincisidir<sup>19</sup>.

Hanefi dışındaki fıkıh ekolleri de icâre akdini yukarıda verilen tanıma benzer veya yakın ifadelerle tanımlamışlardır<sup>20</sup>. Aralarındaki farklılıklar, sahih (geçerli) bir icârenin tanımını verebilme gayretiyle, akdin sıhhat şartlarının da tanıma dahil edilmesinden kaynaklanmaktadır.

İcâre akdinde akdin konusu (ma'kûdunaleyh<sup>21</sup>), "menfaat" yani "yararlanma"dır<sup>22</sup>. Menfaat, kaynak bakımından, insan ve insan dışı olmak üzere ikiye ayrılır. Bu sebeple de icâre akdi, ilk olarak, akar (gayrimenkul) ve urûz (menkul)<sup>23</sup> yani fiziki sermaye malları üzerinde olabilir. Menkul ve gayrimenkul eşyanın kullanımını konu alan kira akdini oluşturan bu tür kaynaklardan sağlanan menfaatin bedeline kira adı verilir. İkinci olarak ise, bir iş yapmak veya herhangi bir sanat icra etmek için, zaman veya iş belirleterek belirli bir ücret karşılığında emeğin kiralanması da, icâre akdi kapsamındadır. Bu tür icâre, "icâre-i âdemî" olarak nitelendirilmiştir<sup>24</sup>. İcârenin bu kısmına günümüzde "hizmet akdi" denilmektedir.

---

18 İtirazlar için bkz. Muhammed Emin eş-Şehir b. İBN ÂBİDÎN, *Hâşiyetü Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtar*, C.VI, 2. B., Mısır 1979, s. 4.

19 ALİ HAYDAR, s. 677; ZEBİDÎ, C.VII, s. 21; BARDAKOĞLU, *İcâre*, s.2.

20 CEZİRÎ, s. 1700-1705, dn. 34.

21 Akdin konusu, eski hukukumuzda "mahall-i akd ve ma'kûdunaleyh" gibi kavramlarla ifade edilmekte idi. Terim olarak, akdin konusu, akdin üzerinde cereyan ettiği, akde konu teşkil eden nesne, menfaat, fiil gibi hususlardır. Bir araba satımında satım akdinin konusu araba, bir dükkan kiralanmasında akdin konusu dükkan (dükkandan elde edilecek menfaat), bir hizmet akdinde ise akdin konusu, ücret karşılığı çalışacak olan kişinin (yani işçinin) vereceği hizmettir. Bkz. Hayreddin KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, C. III, İstanbul 1986, s. 77.

22 Mecelle m. 420, "icârede ma'kudunaleyh menfaattir" sözcükleriyle, hizmet akdinin konusunun, işçinin çalışmasından elde edilen menfaat (yarar) olduğunu belirtmiştir. BİLMEN, s. 160; Menfaat (çoğulu menafi), sözlükte, nefsin isteğine uyan veya uymayan her hayra denir. Fıkıh literatüründe ise, bir ayının kullanılmasıyla hasıl olan fayda demektir (ALİ HAYDAR, s. 227). İktisadi anlamda menfaat, mal ve hizmetlerin ihtiyaçları karşılama özelliği veya tüketim sonucunda tüketicinin elde ettiği tatmindir. Yani iktisat-taki anlamıyla menfaat (fayda) subjektif ve ferdi bir kavram olup ahlaki, hukuki, felsefi veya siyasi bir özelliği yoktur (Şahabettin YİĞİTBAŞI, *Mikro İktisat*, Konya 1989, s. 11).

23 Bu hususta bkz. Mecelle m. 131, 129, 128.

24 CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 256.

Görüldüğü üzere, icâre akdi, hem gayrimenkul ve menkul eşyanın kullanımını konu alan “kira akdi”ni, hem de insan emeğinden<sup>25</sup> elde edilen menfaat üzerine kurulan “hizmet akdi”ni içine almakta olup “menfaat” ve “ivaz” olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır<sup>26</sup>.

İcâre akdi, alış veriş gibi iki tarafa borç yükleyen akitlerdendir<sup>27</sup>. Bunun sonucu olarak iki taraf da borç altına girmektedir. Taraflardan birinin borcu, karşı tarafa eşyanın kullandırılması veya işçinin çalışması suretiyle menfaat sağlamaktır. Diğeri ise buna karşılık olarak belirli bir bedel ödemek borcu altına girer. İki tarafa borç yükleyen akitlerin en önemli özelliği, karşılıklar arası denge bulunması ve akdin bağlayıcı nitelikte olmasıdır<sup>28</sup>.

İcâre çatısı altında ele alınan kira akdinin ve hizmet akdinin konusu menfaattir. Ancak, gerek menfaatin konularının eşya ve insan olması, gerekse menfaatlerin nitelikleri, aralarında önemli farklar bulunacağını ortaya koymaktadır. Ayrıca, hizmet akdinde akdin bir tarafı olan işçinin, aynı zamanda emeğinden hasıl olan menfaati itibariyle akdin konusunu da oluşturması, hizmet akdine ayrı bir özellik kazandırmaktadır<sup>29</sup>.

Buna benzer bir ayırıma Roma Hukuku’nda da gidildiği söylenebilir. Roma Hukuku’nda hizmet ilişkisi “locatio conductio” denilen ve İslâm Hukuku’ndaki “icâre” akdine benzer bir nitelik gösteren akit türü içinde ele alınmıştır. Rızâî ve aynı zamanda tam iki taraflı bir hüsnüniyet akdi olan locatio conductio, doktrinde üç ayrı akde ayrılır. Bunlardan ilki olan “locatio conductio rei”, günümüzdeki kira akdini ifade eder. İkincisi olan “locatio conductio operarum” ile bir kimse, belirli bir ücret karşılığında bir işi gör-

25 Klasik iktisatçılarda mal kabul edilen emek, İslâm iktisat düşüncesine göre mal değildir. Kaldı ki, hizmet akdi ile değer kazanan emek değil, emekten hasıl olan “menfaat”tir. İşveren işçisinden emeği değil, ondan hasıl olan menfaati kiralamakta, satın almaktadır. Kaldı ki, insan emeğinden doğan menfaatler ile üretime katılan hammaddeler arasında da fark vardır. İlkinde “irade ve yetenek” unsuru bulunduğu için diğerdinden farklıdır. Menfaat ister mal kabul edilsin, isterse edilmesin, insan emeği ve işgücünün mal olmadığı ortak görüştür. Çünkü emek beşeri bir unsurdur ve insandan ayrılmaz bir parçadır. (ESEN, s. 20).

26 BARDAKOĞLU, İcâre, s.2; KESKİOĞLU, s. 185-186.

27 İki tarafa borç yükleyen (mu’âvaza) ifadesiyle, taraflardan her birinin akit gereği bir şey alıp buna mukabil diğeri tarafa bir karşılık (ivaz) verdiği akitler kastedilmektedir. BARDAKOĞLU, İcâre, s.3, 191, 305; Geniş bilgi için bkz. Abdurrezzâk es-SENHÜRÎ, *Masâdiru’l-Hakk fi’l- Fıkhî’l-İslâmî*, C.I, Beyrut, s. 79; Feyzi N. FEYZİOĞLU, *Borçlar Hukuku Umûmî Hükümler*, C.I, İstanbul 1967, s. 243.

28 SERAHSÎ, C.XV, s. 79.

29 Ali BARDAKOĞLU, “Hizmet Akdinin Yapılması ve Uygulanması”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, I. B., İstanbul 1990, s. 48.



meyi üstlenir. Bu akit de, günümüzdeki hizmet akdinin karşılığıdır. Üçüncüsü olan “locatio conductio operis” de ise bir kimse, iş sahibinin vereceği bir ücret karşılığında bir eseri (opus) meydana getirme borcu altına girer. Bu akitten gaye, bir işin yapılmasından ziyade belirli bir sonucun meydana getirilmesidir ki, bu da, günümüzdeki istisna akdini karşılamaktadır<sup>30</sup>. Locatio conductio’nun bu son iki türü, hizmet ilişkisinin Roma Hukuku’ndaki yasal formunu oluşturmaktadır. İkinci tür akitte, süre üzerine kurulan hizmet akdi, üçüncü türde ise, bir işin görülmesi üzerine kurulan hizmet akdi veya istisna akdi söz konusu olmaktadır.

Mecelle’de, insan emeğinin kiralanması yani icâre-i âdemî tabirinin kullanılmasında, Roma Hukuku’ndaki sözü edilen ayırımın etkisinden<sup>31</sup> başka Fransız Medeni Kanunu’nun tesirinden de söz edilebilir. Çünkü Fransız Medeni Kanunu m. 1779’da “le louage des gens de travail” hizmetin kiralanması, çalışanın, işçinin kiralanması tabirleri vardır. Ancak, sonradan Fransız İş Kanunu “contrat de travail” yani hizmet akdi ifadesine yer vermiştir<sup>32</sup>.

Mecelle’nin hizmet akdini icâre-i âdemî şeklinde ifade etmesi işçiyi “kendini kiraya veren kimse” (m. 413) olarak tanımlaması, bazı yazarların iddia ettiği gibi “kölelik ruh ve ananesinin devam etmesinden”<sup>33</sup> veya “çok basit ve zavalılıca”<sup>34</sup> oluşundan değil; belki hukuk sistematığının ve mantığının korunması amacıyla menfaatin ivazlı temlikini konu alan akit türlerinin bir çatı altında toplanmasından kaynaklanmaktadır<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Türkan RADO, **Roma Hukuku Dersleri**, Borçlar Hukuku, C.III, İstanbul 1969, s. 116-125; SAYMEN, s. 48.

<sup>31</sup> Önceki hukukumuz açısından, işçinin emeğinin kira, işçiye verilen ücretin de bir kira bedeli olarak kabul edilmesi, Roma hukukundaki düşünceden farklıdır. Roma hukukunda, işçinin emeği bir maldır. İslam hukukunda ise işçi (ecir) bir başkasının malını muhafaza etmeye ve korumaya memur edilmiş kimsedir. Devlet memurları da devletin bir eciridir. Emeğin üretime tahsisi, önceki hukukumuzda ve Mecelle’de ‘icare-i âdemî’ (insan kirası) kavramı ile ifade edilmektedir. Bkz. TURAN, s. 120-126.

<sup>32</sup> Cevat AKŞİT, **Tartışmalar, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri**, I.B., İstanbul 1990, s. 90-91.

<sup>33</sup> İfade A.Fuat Başgöl’e ait olup (Türk İşçi Hukuku, Ad.Cer. 1936, s. 1285) çoğu hukukçu tarafından da benimsenmiş görünmektedir. Bkz. SAYMEN, s.48; ÇELİK, s. 7.

<sup>34</sup> SAYMEN, s.48-49.

<sup>35</sup> “İslam Hukukunda, kölelik anlayışı kısırlaştırılmış, emeğin kutsallığı kabul edilmiş, ücret vazgeçilmez haklardan birisi olarak değerlendirilmiş, çalışanın emeğinin eşya hukuku kapsamı içinde muamele görmemesi için “insan kirası”, İslam’ın hürriyet, eşitlik, sosyal adalet ve sosyal dayanışmayı emreden kurallarına göre tanzim edilmiştir. Koyduğu ana ilkeler sayesinde İslam hukuku, günümüz iş hukuku anlayışına birçok alanda ışık tutma niteliğine sahip bulunmaktadır.” Bu konu hakkında bkz. TURAN, s. 128.

Bu arada, önceki hukukumuzdaki hizmet akdi ile istisna (eser) akdi arasındaki yakınlığa da değinmek gerekir. Mecelle'nin "bir şeyi yapmak üzere ehl-i sanat ile sözleşme akdetmek" (m.124) olarak tanımladığı istisna akdi, hammaddenin (ayn, malzeme) ve işin (amel) ikisinin birden ustadan olması şartıyla gerçekleşir. Aksi takdirde yani malzemenin iş yaptırandan (işveren-den) olması durumunda hizmet akdi söz konusu olur<sup>36</sup>. Denilebilir ki, istisna akdinde akit konusu eşya (ayn) olup iş eşyaya tabidir. Hizmet akdinde ise, durum tersinedir. Örneğin, kumaş terziden olmak üzere elbise diktirmek istisna akdine girmekte iken, terziye kumaşı vererek bir ücret mukabili elbise diktirmek hizmet akdidir<sup>37</sup>. İstisna akdinde akit konusunun yapılan mal (ma'mûl ayn) olması sonucudur ki, istisna akdi kaynaklarda ve Mecelle'de alım satım akdinin çeşitleri içinde ele alınmışken, hizmet akdi, akit konusunun menfaat olması sebebiyle icâre akdi içinde değerlendirilmiştir<sup>38</sup>.

Cumhuriyet sonrası Türk Hukukunda ise istisna (eser) akdi, "bir tarafın (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam ettiği" bir akittir (TBK.m.355). Buna göre, istisna akdinde müteahhit adı verilen taraf, işveren (iş sahibi) tarafının ödemeyi üstlendiği bedel karşılığında bir şey yapmak borcu altına girer. Bu açıdan, malzemenin iş sahibi tarafından temininde de işçi tarafından temininde de istisna akdi söz konusu olabilir. Burada önemli olan, bir şeyin imalinin üstlenilmesi (işin ifasının borçlanması)dır. Oysa ki Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda, istisna akdinin söz konusu olabilmesi için, malzemenin mutlaka işçi tarafından sağlanması gerekir. Eğer malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse, ortada istisna akdi değil, hizmet akdi vardır<sup>39</sup>.

Görüldüğü üzere, önceki hukukumuzda, bir işin görülmesini veya bir şeyin imalini konu alan hizmet akdi, günümüz hukukunda istisna<sup>40</sup> veya vekâ-

36 CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 258.

37 Mecelle m. 421; SERAHSÎ, C.XV, s. 85; ALİ HAYDAR, s. 691; FETAVAYİ HİNDİYYE, Terc. Mustafa Efe, C. IX, 1.B., Ankara 1986, s. 503-504.

38 CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 258.

39 ALİ HAYDAR, s. 657.

40 TBK.m.355'e göre, istisna akdinde bir taraf (müteahhit) ücret karşılığında öteki tarafa (iş sahibi) bir şeyin yapılmasını taahhüt ettiği için, konusu, ücret karşılığı bir şeyin (eserin) yapılmasıdır. İşin sahibi için önemli olan ise, işin yapılarak teslim olunmasıdır. Bunun tamamlanmasında geçen zaman ve çalıştırılan kişiler iş sahibini ilgilendirmez. Müteahhit, işin sonucundan sorumludur ve işi yapma borcu altındadır. Buna karşılık, hizmet akdinde işçi bir işin sonucundan, bitirilip bitirilmemesinden sorumlu tutulamaz. İşçi işi, belirli veya belirsiz bir sürede, işverenin talimatına bağlı olarak yapar. Dolayısıyla, çalışma yöntemini serbestçe belirleyemez. Hizmet akdinde işin yürütümü ve yönetimi işverene aittir. Bkz. ÇELİK, s. 73-74.

let<sup>41</sup> akdi içinde ele alınmaktadır<sup>42</sup>. Başka bir deyişle, günümüz hukukundaki istisna akdi, önceki hukukumuzdaki bir şeyin imali veya bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi türünü de kapsamaktadır. Bu sebeple günümüz hukukçuları, süreli hizmetin varlığı halinde hizmet akdinden; belli bir iş sonucu veya imalâtı ortaya koymayı üstlenme halinde ise istisna akdinden söz ederek belli bir kriter ortaya koymaya çalışmaktadırlar<sup>43</sup>.

Şu halde hizmet akdi, önceki hukukumuzun klasik kaynaklarında, “icâre akdi” başlığı altında, karşılıklı rızaya dayanan, bireysel bir akit olarak ele alınmıştır. Menfaat üzerine kurulan icâre akdi, günümüzdeki ifadeyle kullanma ve faydalanma hakkı veren kira veya bir iş görme borcu doğuran hizmet akdinden oluşmaktadır.

### **B. Tanımı**

Yukarıda belirtildiği gibi, eski hukukumuzun kaynaklarında günümüz hukuku anlamında sistematik yapıya kavuşturulmuş bir hizmet akdine yer verilmemiş; hizmet akdi, icâre akdi sistematığı içerisinde ele alınmış ve incelenmiştir. Dolayısıyla hizmet akdinin tanımına, bu kaynaklarda açıkça rastlanmaz.

Mecelle'nin 562. maddesi icâre-i âdemî hususunda şu ifadeye yer vermektedir: “Hizmet ya icra-i sanat için ... müddet beyaniyle yahut diğer surette ameli tayin ile icâre-i âdemî caizdir”. Buna göre, hizmet akdi işçinin ya belli müddet çalışması ya da belli bir işi yapması üzerine kurulmaktadır<sup>44</sup>. Bu ifadeye ücret unsuruna yer verilmemiş ama gerek bir sonraki maddede gerekse 404 ve 405. maddelerde ücret<sup>45</sup> unsurundan söz edilmiştir. Müşidü'l-Hayran'ın 586. maddesinde de hizmet akdi şu şekilde açıklanmaktadır: “Süre açıklanmak yahut yapılacak işin miktarı ve keyfiyeti tayin

---

41 TBK.m.386'ya göre, vekalet akdinde vekil, kendisine akitle yükletilen işi yönetme veya kabul ettiği işi yapma borcu altındadır. Kararlaştırılan iş, hizmet ya da istisna akdi çerçevesine sokulamıyorsa vekalet hükümleri uygulanır. Vekilin sorumluluğu genel olarak hizmet akdinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesindedir. (TBK.m.390/I). Vekalet akdinde mukavele veya teamül varsa ücret söz konusudur. (TBK.m.386/III). Oysa ücret hizmet akdinin zorunlu bir unsurudur. (TBK.m.313, İş K.m.1). Ancak genellikle vekalet akitlerinin çoğunda ücret kararlaştırıldığından ve iki akdin konularında benzerlik bulunduğundan, bu gruba girenlerle hizmet akitleri arasındaki sınırı çizmek istisna akdine göre daha zordur. Bkz. ÇELİK, s. 74-76.

42 Ayrıca bkz. Turhan ESENER, *İş Hukuku*, 3.B., Ankara 1978, s. 129- 131.

43 SAYMEN, s.412, 413.

44 Bkz. ATIF BEY, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavaidi Külliyye-i Fikhiyyenin İzahı*, İstanbul 1309, s. 220-221; ZUHAYLÎ, s. 241.

45 Mecelle m. 404, ücreti, kira yani bedeli menfaat olarak tanımlamaktadır.

edilmek şartıyla, belli bir hizmeti ifa yahut herhangi bir iş veya sanatı icra gayesiyle insanları belli bir bedel karşılığında çalıştırmak (icâre-i âdemî) câizdir". Bu tanımda ücret unsuruna da yer verildiği görülmektedir.

Mecelle ve Mürşidü'l-Hayran'daki hizmet akdi tanımları bir arada değerlendirildiğinde hizmet akdi, "işçinin ücret karşılığı belli bir işi görmesi veya belli bir süre çalışması üzerine kurulan akittir" şeklinde tanımlanabilir.

Tanımdan anlaşılacağı üzere, önceki hukukumuzda hizmet akdi, işçinin emeğinden hasıl olan menfaat üzerine kurulmaktadır. Dolayısıyla, işçinin belli bir süre içerisindeki çalışması ve süre kaydı olmaksızın belli bir işi yapması, hizmet akdinin konusunu meydana getirmektedir<sup>46</sup>. Tanımda aynı zamanda işçiden söz edebilmek için bulunması gerekli olan iş (menfaat) ve ücret unsurlarına yer verilmiş; ancak bağımlılık unsuruna açıkça değinilmemiştir<sup>47</sup>.

Günümüzde İslâm ülkelerinin<sup>48</sup> yürürlükte bulunan Medeni Kanun ve İş Kanunlarının hizmet akdini tanımlamaları da, İsviçre-Türk Hukuku'ndan

46 Cumhuriyet sonrası Türk Hukuku'nda, eski ve yeni iş kanunları hizmet akdinin bir tanımını vermemiş olup bunu Borçlar Kanunu'na bırakmışlardır. TBK. m. 313, "hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder". Fakat bu tanımın sadece iş ve ücret unsuruna yer verip üçüncü ve en önemlisi olan "bağımlılık" unsuruna yer vermediği ifade edilmiş, Anayasa Mahkemesinin 26-27.9.1967 t., E.1963/336, K.1967/29 sayılı bir kararında yaptığı tanımla bu eksiklik giderilmiştir (RG. 19.10.1968, S. 13031). İsviçre Borçlar Kanunu'nda da benzer bir düzeltme yapılmıştır. Buna göre hizmet akdi; "bir kimsenin ücret karşılığında, belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin emrinde bulundurmaya ve iş sahibinin de ona ücret vermeyi üstlenmesidir". Bu konuda bkz. Münir EKONOMİ, *İş Hukuku*, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 73 vd.; Ünal NARMANLIOĞLU, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Ankara 1988, s. 129; Aydın ZEVLİLER, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3.B., Ankara 1987, s. 137; ESENER, s.126; ÇELİK, s. 67-68; SAYMEN, s. 391-395; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 65-67.

47 Bugünkü hukukumuzda ise, bağımlılık unsuru üzerinde ısrarla durulmakta ve bu unsur hizmet akdini, özellikle istisna ve vekalet akitlerinden ayıran bir kriter olarak değerlendirilmektedir. Halûk Hâdi SÜMER, *İş Hukuku*, Güncelleştirilmiş 7. B., Konya 2000, s. 34, 36; ZEVLİLER, s. 139-140; Tankut CENTEL, *İş Hukuku*, C. I, İstanbul 1994, s. 81-82; ESENER, s. 129-131; ÇELİK, s. 71-76.

48 Günümüz İslâm ülkelerinin iş kanunları, genelde Batı toplumlarının iş kanunlarından birer tercüme mahiyetindedir. Dolayısıyla İslam ülkeleri iş kanunlarının İslâm Hukuku'nu ihtiva ediyor bir tarzda kabul edilmemesi gerekir. Bu konuda bkz. Ali ŞAFAK, *Tartışmalar, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri*, I.B., İstanbul 1990, s. 88-89; BARDAKOĞLU, *Hizmet Akdi, Tartışmalar*, s. 98.

farklı değildir. Hizmet akdi, sözü edilen kanunlarda da her üç unsura yer verilerek benzer şekillerde tanımlanmıştır<sup>49</sup>.

Hukuki niteliği itibariyle, hizmet akdinin karşılıklı ve bağlayıcı bir akit olması, önceki ve bugünkü hukukumuz arasında ortak özelliktir. Bununla birlikte bugünkü hukukumuz, akdin işçinin kişiliğine bağlı olması ve bağımlılık unsuru yönünden önceki hukukumuzdan kısmen ayrılır. Çünkü önceki hukukumuzda “belirli süreli hizmet akdi”, bu son iki özelliği taşımakla birlikte, süre kaydı olmaksızın belli bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi, bu özelliği göstermez<sup>50</sup>.

Şu halde, önceki hukukumuzun düzenlemesi içerisinde hizmet akdinin kapsamına, işçinin hem belirli bir süre çalışması hem de belirli bir işi üstlenmesi ve görmesi girer. Bunun yanısıra hizmet akdinin bağımlı ve bağımsız işçiler için söz konusu olabilmesi, bağımlılık unsurunun da mutlaka bulunması gerektiği anlamına gelir. Oysa, bugünkü hukukumuzda belirli bir işin görülmesinin üstlenilmesi, genellikle istisna ve vekalet akitleri içinde ele alınır ve bağımlılık unsuru hizmet akdinin bu akit türlerinden ayrılmasında temel bir kriter kabul edilir. Bu açıdan eski hukukumuzdaki hizmet akdi bugünkü hukukumuzdaki hizmet akdinden daha kapsamlıdır.

Sonuç olarak, önceki hukukumuzun düzenlemesi içinde hizmet akdi, “işçinin belirli bir işi görmeyi veya belli bir süre çalışmayı ve işverenin de ona ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir akittir” şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, akdin tarafları işçi ve işverendir. Akdin unsurlarına değinmeden önce, hizmet akdinin tanımında yer alan bu iki temel kavramı açıklamak uygun olacaktır.

---

<sup>49</sup> Örneğin, Suûdî Arabistan İş ve İşçi Kanunu (NA)m. 2/a bu kanunun hükümlerinin uygulanacağı halleri gösterirken, “bir işverenin sorumluluğu altında, onun emir ve direktifleri veya denetimiyle bir ücret karşılığında çalışmayı taahhüt eden kişilerle ilgili akitler” ifadesiyle bireysel hizmet akdini (ayrıca m.70) tanımlamaktadır (Suûdî Arabistan Krallığı, Nizâmül Amel ve'l-Ummâl, Riyad 1978, s. 9).

Mısır-Suriye Birleşik İş Kanunu (BİK) m. 42, hizmet akdini her üç unsura da yer vererek tanımlamaktadır: “Ferdî hizmet akdi, işçinin ücret karşılığı işverenin idaresi veya nezareti altında iş görmeyi üstlendiği bir akittir” (Edvar HAŞVE, *Şerhu Kanunü'l Amel'il Muvahhid*, Suriye 1967, s. 52; Salahuddin en-NAHHAS, *Mebâdiu Esâsiyye fi Şerhi Akdi'l-Amel ve Kânûni'l-Amel'il-Muvahhad*, Dimaşk 1969, s. 90-96).

Irak Medeni Kanunu'nda ise (m.900/I) hizmet akdi, “hizmet akdi, öyle bir akittir ki, onunla taraflardan biri çalışmasını diğerinin idaresi ve nezareti altında ona tahsis eder. Diğer taraf da ona ücret vermeyi üstlenir. Bu durumdaki işçi de, ecîr-i hâs olur” şeklinde tanımlanmıştır (NAHHAS, s. 48). Görüldüğü üzere, bu tanım önceki hukukumuzda benimsenen tanıma paraleldir.

<sup>50</sup> BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 160.

## 1. İşçi

Hem hizmet akdinin tarafı hem de akit konusu işi yapacak şahıs olması yönüyle, akdin en önemli unsuru “işçi”dir. Kaynaklarda genellikle “ecîr” ve bazen “âmil”, “sâni”, şeklinde ifade edilen işçi, “ücretle iş gören kimse”dir<sup>51</sup>.

Mecelle’de işçi, “kendini kiraya veren kimse” (m. 413) olarak tanımlanmıştır. Mürşidü’l-Hayran’da ise, “ecîr (işçi), iki kısımdır, özel işçi (ecîr-i hâs) ve serbest işçi (ecîr-i müşterek)” (m. 587) denilmekte ama işçinin tanımını verilmeden kısımlara ayırıp onların tanımını yapılmaktadır<sup>52</sup>. Mecelle’nin tanımı, icâre akdi sistematığı içinde düşünülürse yerindedir. Çünkü, ücret karşılığı başkasına iş gören işçi, bir bakıma evinin kullanımını kiracıya bırakan kiralayan gibidir. İşçi, ücret karşılığı çalışmasını (menfaat) işverenin emrine tahsis etmektedir<sup>53</sup>.

Yukarıda söz edilen ecîr-i hâs ve ecîr-i müşterek’in tanımlarını yapmadan önce, buna “belirli bir süre üzerine kurulan hizmet akdi” ve “belirli bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi” ayırımının neden olduğunu belirtmekte yarar vardır<sup>54</sup>. Tabiidir ki yapılan bu ayırım, aynı zamanda onların işçiyi “ecîr-i hâs” ve ecîr-i müşterek” şeklinde ikili bir ayırım içinde incelemelerine paraleldir.

### a. Ecîr-i Hâs

Bağımlı işçi<sup>55</sup> olarak isimlendirdiğimiz ecîr-i hâs Mecelle’de, “yalnız müstecire işlemek üzere tutulan ecîrdir; aylıklı hizmetkâr gibi” (m. 422) sözcükleriyle tanımlanmış; Mürşidü’l-Hayran’da ise, daha açık bir ifade tarzıyla kaleme alınmıştır<sup>56</sup>: “Ecîr-i hâs, bir veya daha fazla işveren hesabına süreli olarak çalışan, başka bir iş yapmama ve belirtilen süre içinde sadece

51 Ali ABDURRASUL, *el-Mebâdi’ül-İktisâdiyye fi’l- İslâm*, Kahire 1968, s. 8; Ahmed TABAKOĞLU, “İslâm Ekonomisinde Emek ve Sermaye Kavramları”, İslâm’da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s.85; BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 160.

52 AKGÜNDÜZ, Mürşidü’l-Hayran, s.120.

53 ALİ HAYDAR, s. 682; BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 160.

54 Bu hususta geniş bilgi için bkz. Murat ŞEN, *İslam Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1994, s. 41-48; TURAN, s. 127.

55 Ecîr-i hâs’a, özel işçi denildiği gibi, bağımlı ücretli de denilmektedir. Fakat işverence kişisel bağımlılık içinde bulunması yani işverenin emir ve talimatlarına uygun biçimde ve onun gözetim ve denetimi altında işini gördüğünden dolayı “bağımlı işçi” tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

56 AKGÜNDÜZ, Mürşidü’l-Hayran, s. 120.

işverene ait işleri yapma şartı bulunan işçidir. Özel işçi, işe hazır olduğu takdirde çalışmasa da ücretine hak kazanır; aylıklı hizmetkâr gibi” (m. 588).

Mecelle’deki ve Mürşidü’l-Hayran’daki ifadelerden anlaşıldığına göre, işçinin belirli bir süre çalışmasını konu alan hizmet akdinde işçiye, “ecîr-i hâs” (özel işçi, bağımlı işçi) denir ve işçi akitte belirlenen süre içerisinde emeğini işverenin emrine tahsis eder, başkası için çalışmaz<sup>57</sup>. Bu düşünceden hareketle ecîr-i hâs, “yalnız bir gerçek veya tüzel kişiye<sup>58</sup> çalışan kimse” olarak tanımlanabilir. Yapılan hizmetin özel veya kamu hizmeti niteliğinde olması da sonucu etkilemez<sup>59</sup>. Dolayısıyla, bir akitle ve ücret karşılığı çalışan, fabrika, inşaat, tarım gibi işyerlerindeki işçilerle, memurlar bu gruba girer<sup>60</sup>. Sadece bir kişiye ait koyunları güden çoban da, başkasının aracını kullanan şoför de bu statüde kabul edilerek ecîr-i hâs olarak nitelendirilir<sup>61</sup>.

İşverenin tüzel kişi veya birden fazla olması, iş kapsamı bir akit ile sınırlandırıldığı için sonucu değiştirmez. Örneğin, bir köy halkı, öğretmen, imam, müezzin ve köy çobanı ile hizmet akdi yapsa, bunlar da, belirli işleri yapmakla yükümlü tutuldukları için, “özel işçi” sayılır<sup>62</sup>. Din görevlileri Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçulara göre, İslâm’ın çıkışından; Hanefi hukukçulara göre ise Miladî 13. yüzyıldan itibaren emeğini ücret karşılığı kiralayan başka bir ifadeyle, hizmet akdine göre çalışan sınıf içinde yer almıştır<sup>63</sup>.

Mürşidü’l-Hayran m. 589, “özel işçi, hizmet akdi süresince işverenin dışında kimseye çalışamaz. Başkasına çalışırsa, çalıştığı kadar ücretinden tenkis edilir. Farz namazlar dışında başka bir şeyle de meşgul olmaması gerekir;

---

57 Mecelle m. 422; ALİ HAYDAR, s. 692; BİLMEN, s. 161; CEZİRİ, s. 1763; BARDAKOĞLU, Hizmet Akdi, s. 49; TURAN, s. 150; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s. 256; TABAKOĞLU, s. 85.

58 İslam Hukuku’nda tüzel kişilik için bkz. Süleyman AKDEMİR, **Toplu Tenkitler, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi İşveren Münasebetleri**, İstanbul 1990, s. 305-310; Hüseyin HATEMİ, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri**, C.I, İstanbul 1979, s. 35-53.

59 Hamdi DÖNDÜREN, **Delilleriyle Ticâret ve İktisat İlmihali**, İstanbul 1993, s. 454; DÖNDÜREN, **İşçi-İşveren**, s. 371; TABAKOĞLU, s. 85; BİLMEN, s. 161; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s. 256. Mecelle m. 423, “Ecîr-i hâs’ın müsteciri bir şahıs olduğu gibi şahs-ı vâhid hükmünde olan müteaddit şahıslar dahi olabilir” hükmüyle, işverenin gerçek veya tüzel kişi olması durumunu düzenlemiştir.

60 ESEN, s. 24.

61 ALİ HAYDAR, s. 696.

62 ALİ HAYDAR, s. 697; DÖNDÜREN, **İşçi-İşveren**, s. 371.

63 Mecelle m. 423, 570; BARDAKOĞLU, **İcâre**, s. 197-209; ALİ HAYDAR, s. 919, 920.

hatta nafile namaz da kılamaz”<sup>64</sup> diyerek işverenin, akit süresince işçinin işgücünden yararlanma hakkı olduğunu belirtmiştir. İzinsiz olarak başkasının işinde çalışır ve bu nedenle de kendi işverenin işi eksik kalırsa, bu eksikliği işvereni dikkate alarak ücretinden düşer<sup>65</sup>.

Yukarıdaki açıklamalara göre, İslâm Hukuku’nda bağımlı işçi (ecîr-i hâs) tanımına, öncelikle, bedeni faaliyeti zihni faaliyetine üstün olan vasıflı, yarı-vasıflı ve vasıfsız işçiler, sonra, fikri çalışması daha ağırlıklı olanlar ve nihayet, devlet memurları dahildir. Ancak, devlet memurlarının hukuki statüleri ve ücretleri daha çok idare hukukunu ilgilendiren eserlerde ele alınmış<sup>66</sup>, diğer işçilerin durumları ise, fıkıh kitaplarının “icâre” bahislerinde değerlendirilmiştir.

Görüldüğü üzere, önceki hukukumuzdaki bağımlı işçi, bugünkü iş hukukumuzdaki işçi kavramı ile özdeşdir. Zira günümüz iş hukukundaki işçi kavramının temel nitelikleri ile bağımlı işçi arasında tam uyum denilebilecek bir benzerlik bulunmaktadır. İş, ücret ve işverene hukuki bağımlılık unsurları, ecîr-i hâs kavramında da, diğer bir ifadeyle işverenle işçinin oluşturdukları hizmet akdinde de mevcuttur<sup>67</sup>. Günümüzde ise devlet memurları, hukuki statüleri itibariyle işçi değildirlir; bunların devletle aralarında kamu hukuku ilişkisi söz konusudur ve idare ile aralarındaki hukukî ilişki, yasama organı tarafından, hizmetin gereklerine uygun olarak düzenlenmektedir. Bugünkü anlayışa göre, idare ile memur arasındaki ilişki, yasal bir durum olarak kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Devlet memurları, ücretle iş gördükleri için, önceki hukukumuzda işçi kavramı içinde değerlendirilmektedir.

### b. Ecîr-i Müşterek

Bağımsız işçi<sup>69</sup> olarak isimlendirdiğimiz ecîr-i müşterek ise Mecelle’de, “müstecirden başkasına işlememek şartıyla mukayyet olmayan ecîrdir” (m.

<sup>64</sup> AKGÜNDÜZ, Mürşidü’l-Hayran, s. 120; KESKİOĞLU, s. 186; DÖNDÜREN, Ticaret ve İktisat, s. 455.

<sup>65</sup> DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 372.

<sup>66</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için Maverdi’nin “Ahkam’üs-Sultaniyye” isimli kitabına bakılabilir.

<sup>67</sup> Aynı görüş için bkz. Tahsin SINAV, “İş Hukuku ve Temel Kavramlar”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, I.B., İstanbul 1990, s. 27; TABAKOĞLU, s. 85.

<sup>68</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Tekin AKILLIOĞLU, Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6.B., Ankara 1993, s. 153 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 47-48.

<sup>69</sup> Ecîr-i müşterek’e, ortak işçi, serbest işçi denildiği gibi bağımsız ücretli de denilmektedir. Biz, bağımlı işçi karşılığı olarak, işverene hukuki bir bağımlılığının olmaması yani onun



422/II) şeklinde tanımlanmıştır. Mürşidü'l-Hayran ise daha açık bir ifadeyle, “ecîr-i müşterek, belli bir işverene yahut işveren topluluğuna bağlı olmadan çalışan yahut belli bir şahıs yahut topluluk adına süre kaydı olmaksızın veya süre kaydı bulunup da başkası adına çalışmama şartı bulunmaksızın çalışan işçidir” (m. 590/I) şeklinde tanımlamıştır<sup>70</sup>.

Buna göre, işverenden başkasına çalışmaması için kayıt konulmayan veya süre belirtilmeden yalnız belli bir işin görülmesi üzerine yapılan hizmet akdinde işçiye, ecîr-i müşterek (bağımsız işçi) denir<sup>71</sup>. Bağımsız işçi olarak nitelenebilecek olanlar, belirli gerçek veya tüzel kişiye değil de, herkese iş yapan boyacı, terzi, marangoz gibi zanaatkârlar, doktor, avukat, muhasebeci gibi serbest meslek sahipleridirler<sup>72</sup>. Bunlar, işi yapmadıkça ücrete hak kazanamazlar<sup>73</sup>.

Ecîr-i müşterek (bağımsız işçi), bir kimsenin işini yaparken diğerinin işini de alıp yapabilir. Mesela, yalnız bir fabrikanın muhasebe işlerini yapmak üzere hizmet akdi yapılan kimse “ecîr-i hâs (bağımlı işçi)” sayılırken, bu muhasebeci ücret karşılığında başkalarının muhasebe işlerini de yürütebiliyorsa, “ecîr-i müşterek (bağımsız işçi)” kabul edilir. Akitte herkese iş yapabileceği belirtilince, piyasadan başka iş almasa bile, “ecîr-i müşterek (bağımsız işçi)” sayılır. Çünkü istediği takdirde, iş alması mümkündür<sup>74</sup>.

Görüldüğü üzere, ecîr-i müşterek çalıştırılmasında, işçi ile işveren arasında bir bağımlılık unsuru söz konusu değildir. Başka bir deyişle, işçi işverenden işin yapılması hususunda emir ve talimat almamakta tamamıyla bağımsız olarak hareket etmektedir.

Teknolojik gelişmelerle birlikte, hizmet akdinde katı bir şekilde bağımlılık unsuru uygulamasından, önceki hukukumuzdaki uygulamaya yaklaşıldığı görülmektedir. Buna göre, işçinin işi görmesindeki bağımlılık unsuru, yer ve zaman itibarıyla daralmaktadır. Örneğin Almanya’da bağımlı hizmet akdi

---

emir ve talimatları ile bağlı bulunmaması sebebiyle “bağımsız işçi” tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

<sup>70</sup> ZUHAYLÎ, s. 241; AKGÜNDÜZ, Mürşidü'l-Hayran, s. 120.

<sup>71</sup> ALÎ HAYDAR, s. 688; CEZİRÎ, s. 1762; CİN/AGÜNDÜZ, C.II, s. 256; ARMAĞAN, s. 187.

<sup>72</sup> SINAV, s. 28; BİLMEN, s. 238; DÖNDÜREN, Ticaret ve İktisat, s. 455; TABAKOĞLU, s. 85.

<sup>73</sup> Mecelle m. 424; Mürşidü'l-Hayran m. 590/II; BİLMEN, s. 161; ALÎ HAYDAR, s. 693, 694; DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 372.

<sup>74</sup> ALÎ HAYDAR, s. 693, 694; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. X, s. 72-73.

yanında, mesleki açıdan güçlü bağımlılık ilişkisi olmayanlar için, bağımsız hizmet akdi kavramı iş hukukuna girmiştir<sup>75</sup>.

Şu halde denilebilir ki, önceki hukukumuz işçi kavramını, bugünkü hukukumuzdan daha geniş tutmuştur<sup>76</sup>. Bugün ülkemiz uygulamasında, memurlar, zanaatkârlar ve serbest meslek sahipleri işçi sayılmamakta, her biri ayrı bir düzenleme (kamu hukuku ilişkisi veya özel hukuk ilişkisi) ile farklı niteliklerde yer almaktadırlar<sup>77</sup>.

### c. İşçi Niteliğinin Tespiti

Günümüz iş hukukunun en önde gelen sorunlarından biri, işçi niteliğini tespit etmek suretiyle, kimlerin işçi statüsüne girdiğinin belirlenmesidir. Bu sadece Türk İş Hukuku'nda değil, birçok Batı ülkesinde de sorunlar ortaya çıkarmıştır<sup>78</sup>. Günümüz İslâm ülkelerinde de, işçi niteliğini tespitinde Batı ve Türk Hukuku'ndakine benzer gelişme ve tartışmalar olmuştur. Nitekim 279 sayılı ve 1946 tarihli Suriye eski İş Kanununun 2. maddesinde işçi niteliğini tespitinde hizmet akdi esas alınmışken, halen yürürlükteki 1959 tarih ve 91 sayılı Birleşik İş Kanunu m.2 ve Suûdi Arabistan İş Kanunu m.7, işçiyi, "ücret karşılığı işverenin işinde, onun idare ve denetimi altında çalışan kimse" olarak tanımlayıp bağımlılık unsuruna ağırlık vermiştir<sup>79</sup>. Bu tespite rağmen, kimlerin işçi sayılacağı tartışması kesilmiş olmayıp, mesela Suriye'de, çıkarılan çeşitli kanun ve kararlarla devlet ve kamu kurumları işçi ve hizmetli-

<sup>75</sup> Münir EKONOMİ, *Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Orhim-Görüşler-2, (Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemi), İstanbul 1986, s. 177 vd.; CENDEL, s. 59, 82.

<sup>76</sup> ABDURRASUL, s. 8-9.

<sup>77</sup> SINAV, s. 28; DÖNDÜREN, Ticaret ve İktisat, s. 455.

<sup>78</sup> Cumhuriyet sonrası Türk Hukuku'nda, işçi niteliğini belirlemede "hizmet akdi" kıstası kabul edilerek, halen yürürlükte bulunan 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu m.1/1, "bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir" tanımını benimsemiştir. İşçi niteliğini tespit yönünden İş Kanunu yansınra diğer kanunlar da hizmet akdini esas ve ölçü almakla birlikte farklı hükümler getirmişlerdir. Bkz. ESENER, s. 41, 66-69. Bu kıstas, işçi-hizmetli ayırımına son vererek tartışmayı bir alanda sona erdirmiş olmakla birlikte işçi-memur ayırımı üzerindeki tartışmaları yoğunlaştırmıştır. Bütün ihtilaflara rağmen İş Kanununun işçi niteliğini tespitinde şu üç unsur esas aldığı söylenebilir, 1- Hizmet akdine göre çalışma, 2-Bir işte çalışma, 3-Ücret karşılığı çalışma. Bu unsurlar kanunun işçi tanımından çıkmakta olup doktrinde "bağımlılık" unsuruna da yer verilmektedir.

<sup>79</sup> Bkz. HAŞVE, s.26; NAHHAS, s. 62 vd.; Nizâm'ül-Ameli ve'l-Ummâl, 3.B., Riyad 1978, s. 11.

leri, kapıcılar, memurlar, kısa süreli işçiler, işverenin aile fertleri ve gemi personelinin durumları açıklığa kavuşturulmak istenmiştir<sup>80</sup>.

İşçi niteliğini tespitte, işin niteliğini ölçü almanın yanlışlığı günümüz hukukçularınca da kabul edilmiş gözükmektedir. Önceki hukukumuzun işçi anlayışı hizmet akdini ve bağımlılığı da kıstas almayı mümkün kılmamaktadır. Çünkü akitsiz yapılan işlerde ve işçi-işveren bağımlılığının olmadığı “bir işin görülmesi üzerine” kurulan hizmet akdinde, işçi niteliği yine mevcuttur. Bu ölçülerin kabul edilmemesinin belki de en büyük sebebi, önceki hukukumuzda işçi tanımının günümüze göre daha kapsamlı düşünülmesidir<sup>81</sup>.

Sonuç olarak denilebilir ki, önceki hukukumuzda işçi niteliğini tespitte, “ücretle iş görme” unsuru kıstas alınmıştır. Buna göre; gerek belirli bir süre hizmeti söz konusu olan kamu görevlileri (memurlar) veya hizmetli ve işçiler, gerek belli bir işi işverenin verdiği malzemeyle görmesi istenen esnaf ve zanaatkârlar ve gerekse iş görmekte olan avukat, doktor gibi serbest meslek sahipleri işçi statüsünde kabul edilir<sup>82</sup>.

Toplumda değişik yetkilerle ayrı ayrı fonksiyonları olan ve hepsi de ücret karşılığı iş gören kişilerin tek bir statüde toplanmasının, günümüzde şikayet edilen birçok problem ve tartışmalara da son vermesi itibariyle, büyük önemi vardır. Ayrıca hukukçular, işçileri ecîr-i hâs ve ecîr-i müşterek şeklinde iki ana gruba ayırarak akdin işleyişi, tarafların görev ve sorumlulukları yönünden her grup için farklı, hatta özel meslek grupları için istisnâî hükümler koymuşlardır. Böylece, eşit durumda olanlara eşit işlem yapılarak, doğabilecek mahzurlar âdil bir çözüme kavuşturulmuştur.

## 2. İşveren

Hizmet akdi, bir tarafta işçinin, diğer tarafta da işverenin yer aldığı bir akittir. İşveren karşılığı olarak önceki hukukumuzda, “müstecir” (işçi çalıştıran) veya “sâhibül-amel” (iş sahibi) gibi ifadeler kullanılmıştır<sup>83</sup>.

Mecelle 404. maddesinde, isticarı, kira ile tutmak olarak açıklarken, maddenin başında kirayı da, bedel-i menfaat yani ücret olarak tanımlamaktadır. 410. maddesinde ise, müstecirin, isticar eden kimse olduğunu belirttiğine göre, daha geniş olarak, işverenin “ücret karşılığı işçi çalıştıran kimse” olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Şu halde, başkasını bir ücret karşılığı çalış-

<sup>80</sup> Daha geniş bilgi için bkz. NAHHAS, s. 62-70; HAŞVE, s. 32-33.

<sup>81</sup> ABDURRASUL, s. 8-9.

<sup>82</sup> BARDAKOĞLU, İcâre, s. 163-164; DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 371.

<sup>83</sup> BİLMEN, s. 157; ŞERİF, s. 63; ALİ HAYDAR, s. 681; SINAV, s. 35; DÖNDÜREN, İşçi-İşveren, s. 370.

tiran kimseye “işveren” denir. Bu, gerçek kişi olabileceği gibi, devlet, vakıf, şirket gibi tüzel kişi de olabilir<sup>84</sup>.

## II. UNSURLARI

Yukarıda tanımını verdiğimiz hizmet akdi; kural olarak, iş, ücret ve bağımlılık unsurlarından meydana gelmektedir.

### A. İş (Çalışma) Unsuru

Hizmet akdinin konusu, işçinin çalışması olup, bu da kendini, herhangi bir işin yapılması şeklinde gösterir. Önceki hukukumuzda emek (çalışma), başlı başına ekonomik bir değerdir. Hizmet akdi açısından emek, akdın konusu olup bu da işçinin belirli bir süre çalışması veya belirli bir işi görmesi şeklinde ortaya çıkar. Hizmet akdinin belki de en önemli unsuru, işte bu akit konusu olan menfaat, yani işçinin çalışmasından elde edilen yarardır<sup>85</sup>.

Hukukçular, işçinin, işverenin emir ve yararına tahsis edeceği emeğini hizmet akdinin konusu olarak tanımlayıp, akdın geçerliliği için bu emeğin mahiyeti ile ilgili olarak bir takım şartlar ileri sürmüşlerdir. Bilindiği gibi, akitlerin kuruluşunda en önemli husus, akitlerde açıklık ve netliktir. Başka bir deyişle, tarafların ne üzerinde anlaştıklarını bilmeleri, bilerek ve farkında olarak borç altına girmeleri, akitlerin kuruluşundaki en önemli hususlardır. Bu sebeple hizmet akdinde, işçinin işverenin emrine tahsis edeceği emeğinin, iki tarafça da bilinir olması, hizmet akdinin emekle (çalışmayla) ilgili ilk sıhhat şartıdır<sup>86</sup>. İşçinin emeğinin bilinirliği ise, ya işçinin belli bir işi görmesi, ya da belli bir süre çalışması şeklinde gerçekleşir.

İşçinin çalışmasını değerlendirmenin en başta gelen ölçüsü, şüphesiz ki zaman ölçüsüdür. Zaman dilimi, elde edilecek menfaatin belirli olmasını sağlayacağından, tarafların anlaşmasını da mümkün kılar. Alışverişte satılan mal için ölçü ve tartı ne ise, çalışma süresinin belirlenmesi de, akitten beklenen menfaat (yarar) için odur. Bu sebeple çalışma süresinin önceden tespiti,

84 Türk İş Kanunu m. 1’de yer alan, işverenin “işçi çalıştıran tüzel veya gerçek kişi” olduğu tanımı önceki hukukumuzdaki düzenlemeye paralel bir tanımdır. Suûdi Arabistan İş Kanunu m.7/VIII, “işveren, ücret karşılığı işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye denir” diyerek işvereni tanımlamaktadır.

85 Mecelle m. 420; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s. 256.

86 Kadı Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid İBN RÜŞD, *Bidâyetü’l Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid (Mezheblerarası Mukayeseli İslâm Hukuku)*, C.III, Terc. Ahmed Meylânî, İstanbul 1991, s. 318; Hayreddin KARAMAN, *İslâm’da İşçi-İşveren Münasebetleri*, İstanbul 1981, s. 40; Celâl YENİÇERİ, *İslâm İktisadının Esasları*, İstanbul 1980, s.117; BİLMEN, s. 171; CEZİRİ, s. 1711-1712; KARAMAN, *Anahatlarıyla*, s. 77-78, 87.

hizmet akdinin sıhhati için şart kılınmış olup, bu konuda doktrinde görüş birliği söz konusudur<sup>87</sup>. Akdin süre üzerine kurulması genellikle ecîr-i hâs çalıştırılmasında söz konusu olur.

İşçinin emeğini değerlendirmenin ikinci yolu ise, yapılacak işin önceden belirlenmesidir. Çünkü bu, netice itibariyle işçiden elde edilecek menfaatin bilinirliği demektir<sup>88</sup>. Bununla birlikte bir işin görülmesini konu alan hizmet akdinde, sürenin de tespit edilmesi söz konusu olabileceği gibi, işçinin belli bir süre çalışmasını konu alan hizmet akdinde de görülecek işin belirlenmesi gerekebilir. Fakat bu durumlar, akdin kuruluşundan daha çok, işçinin yükümlülüğünün ve çalışma şartlarının bilinmesi açısından önem taşır.

Ecîr-i hâs çalıştırılmasında, çalışma süresinin bilinmesi yanında, akit konusu işin ifasının mümkün olması, işçinin gücü ve kontrolü altında bulunması, meşrû yani hukuken mümkün olması da emekle ilgili önemli şartlardır<sup>89</sup>. Bu sebeple, ustanın bir sanatı, öğretmenin bir ilmi öğretmesini hizmet akdine konu yapmak uygun görülmediği gibi, alacağın tahsili, husûmet ve davanın kazanılması üzerine hizmet akdi yapılması da aynı şekilde değerlendirilmiştir. Çünkü bu tür akitlerde söz konusu işin tamamlanması, tam olarak işçinin gücü ve kontrolü altında değildir. Çünkü ayrıca, çırak ve öğrencinin öğrenmesi, borçlunun ödemesi ve hâkimin de lehte kararı gibi sonuçlar da gereklidir. Bunlar ise, işçinin gücü dahilinde değildir. Aynı şekilde, doktorla, hastayı iyileştirmek üzere hizmet akdi yapılması da bu sebeple uygun görülmemiştir<sup>90</sup>. Bu sebeple bu tür akitler, maksadın gerçekleşmesi üzerine değil, ya mücerret ifa ya da süre üzerine kurulmalıdır<sup>91</sup>. Verilen bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Fakat bu şart ile asıl güdülen gaye, hizmet akdinin, ifası muhtemel olan işler üzerine kurulması önlenerek, tarafların özellikle işçinin korunmasıdır. Aldatma veya aldanmaya yol açabilen, tarafları beklenmedik bir zararla karşı karşıya bırakabilecek veya ileride anlaşmazlık doğurabilecek olan her türlü kapalılık, risk, hile ve bilinmezlik hizmet akdinin hukuken sağlıklı bir şekilde kurulmasına engeldir. Ayrıca, hukuken ya-

---

87 İBN RÜŞD, s. 318 vd.

88 Alaaddin Ebû Bekr el-KÂSÂNÎ, *Bedâiy'üs-Sanâyi fi Tertibi's-Şerâif*, C. IV, Beyrut 1974, s. 184.

89 Mecelle m. 457; SERAHSÎ, C.XV, s. 115; el-KÂSÂNÎ, C. IV, s. 187; BARDAKOĞLU, *Hizmet Akdi*, s. 65.

90 BİLMEN, s. 216-217; BARDAKOĞLU, *İşçi-İşveren*, s. 204.

91 KARAMAN, *Ana hatlarıyla*, s. 154.

sak olan<sup>92</sup>, başka bir ifadeyle dinen haram sayılan fiillerin ifasını konu alan hizmet akdi de geçerli değildir<sup>93</sup>.

### B. Ücret

İşveren açısından hizmet akdinin en başta gelen gayesi işçinin emeği olduğu gibi, işçi açısından da akdin en önemli unsuru, çalışması karşılığı alacağı ücrettir. Sözlükte, “amelin mukabili olan ivaz” anlamına gelen ücret, hukuk dilinde de aynı anlamda olarak “bir işçiye çalışması karşılığı verilen ivaz” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>94</sup>. Hukukçular, öteden beri hizmet akdinin ücret unsuru üzerinde durmuşlar, tarafların mağduriyetini önlemek için ücretle ilgili şart ve hükümleri ayrıntılarıyla tespit etmeye çalışmışlardır.

Doktrinindeki görüş birliğine göre, alış verişte bedel olabilecek her şey, hizmet akdinde ücret olabilir<sup>95</sup>. Bunun yanısıra, satış bedeline uygulanan hükümlerin, emeğin bedeli olan işçi ücretlerine de uygulanacağı doktrinindeki çoğunluk tarafından mümkün görülmektedir<sup>96</sup>. Ayrıca, menfaatlerin de ücret olabileceği belirtilmiştir<sup>97</sup>.

Bir malın ücret olabilmesi için, iki şart aranır. Birincisi; hukuken muteber bir mal olmasıdır<sup>98</sup>. Bu açıdan, ücretin hem mal sayılması hem de kendisinden faydalanmanın, hukuken helal ve serbest olması gerekir. Böyle olunca şarap ve domuz gibi, hukukî tabiriyle gayri mütekavvim mallar<sup>99</sup>,

<sup>92</sup> Bugünkü hukukumuzda da iş gören kişinin işçi sayılabilmesi için, yapılan işin niteliği önemli değildir. Akit ile belirlenen işin bedeni veya fikri olması sonucu değiştirmez. Ancak akit konusunun kamu düzenine, mevzuatın emredici hükümlerine, ahlak ve âdaba, şahsiyet haklarına aykırı olmaması gerekir. (TBK.m.19, 20).

<sup>93</sup> SERAHSÎ, C.XVI, s. 38; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 87-89.

<sup>94</sup> *Türk Hukuk Lügati*, 3. B., Ankara 1991, s. 350; Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1985, s. 758; Muhammed Enis UBADE, *Akdü'l-Bey'i ve'l-İcâre fi's-Şeriatil-İslâmiyye*, byy, ts, s. 52, 59; ALİ HAYDAR, s. 675.

<sup>95</sup> Mecelle m. 463, 464; BİLMEN, s. 183; ZUHAYLÎ, s. 238; BARDAKOĞLU, *Hizmet Akdi*, s. 65.

<sup>96</sup> DÖNDÜREN, *İşçi-İşveren*, s. 377.

<sup>97</sup> Mecelle m. 463; BİLMEN, s. 183; CEZİRÎ, s. 1708 vd.

<sup>98</sup> İmam GAZALÎ, *İhyâu Ulûmiddin*, C.II, Terc. Ahmet Serdaroğlu, İstanbul 1987, s.184; Ebu Musa Muhammed b. İsa b. es-SEVRE, *Sünen-i Tirmizi Tercemesi*, MütERCİM: Osman Zeki Mollamehmetoğlu, C.II, İstanbul ts., s.418-419; CEZİRÎ, s. 1717, 1722-1723.

<sup>99</sup> Mecelle m. 127, “mal-i mütekavvim, iki manaya istimal olunur. Biri intifai mubah olan şeydir. Diğer mal-i mührez demektir” diyerek hukuken kullanılması serbest ve mümkün olan mala mütekavvim mal denildiğini belirtmiştir. Gayri mütekavvim mal ise, kullanılması hukuken mümkün olmayan veya yasaklanmış olan mala denir.

hizmet akdinde ücret olarak kararlaştırılmazlar. İkincisi ise; ücretin belirlenmiş veya bilinir olmasıdır<sup>100</sup>. Bu husus hizmet akdi kadar, tarafların hak ve sorumluluklarını da yakından ilgilendirir. Çünkü taraflar arasında ihtilaflar, muhtemel haksızlık ve mağduriyetler, genelde ödenecek ücretin başlangıçta etraflıca ve açıkça tespit edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Önemli olan ihtilafı çözmek değil, anlaşmazlığa düşmeyi önceden önlemektir. Hukukçuların kaynaklarda yer alan, konuyla ilgili uzun uzun tartışmaları hep bu maksadın gerçekleşmesini hedef almıştır.

Ücret para olarak tespit edilebileceği gibi, menfaat veya ayn (eşya) olarak da<sup>101</sup> kararlaştırılabilir<sup>102</sup>. Bazı hukukçular, yeme ve içmenin ücret veya ücretin bir parçası olarak kararlaştırılmasını, ücretin bilinmezliğine yol açacağı endişesiyle kabul etmemişlerdir<sup>103</sup>. Çünkü bu durumda işçinin mağdur olması mümkün ve muhtemeldir. Fakat yeme ve içmenin, işçi ücretine dahil edilmesi yönünde örfün bulunması ve yeme içmenin ana hatlarıyla önceden bilenebilmesi durumlarında bunda bir mahzur olmayacağı, akdin geçerli olacağı belirtilmiştir<sup>104</sup>.

Ücretin, üretimden veya kârdan bir hisse şeklinde tayini uygun görülmezken de<sup>105</sup> yine tarafları beklenmedik zarar ve mağduriyetlerden koruma gayesi söz konusudur. Bunun sonucu olarak, örneğin, dokumacıyla dokuyacağı yarısı karşılığı kumaş dokuması için hizmet akdi yapmak, etten bir kısmını vermek üzere hayvan kesmek için kasapla hizmet akdi yapmak, kalkacak mahsulün belli bir oranı karşılığı tarlada çalışması için işçi ile hizmet akdi yapmak uygun görülmemiştir.

Ücretin tespiti konusundaki bu sınırlamalar, konuya dair hadislerdeki mevcut yasağa dayanır. Zira Hz. Peygamber, “çıkacak undan bir kısmı karşılığı buğday öğütmeden ve çiftleşmek üzere boğa kiralanmasından” Müslümanları yasaklamıştır<sup>106</sup>. Ücretin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan bir takım sonuçların gerçekleşmesine bağlanması, her şeyden önce

---

<sup>100</sup> İBN RÜŞD, C.III, s. 318; YENİÇERİ, s. 118.

<sup>101</sup> Ali ŞAFAK, “Mukayeseli Hukukta Ücret Politikası”, İslâm’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986, s. 117; BİLMEN, s. 183; TUSİ, s. 443.

<sup>102</sup> Bugünkü hukukumuzda, ücret para şeklinde (nakdi) bir karşılık olabileceği gibi, mal şeklinde (ayni) de olabilir. Ancak, asıl ücretin mutlaka para şeklinde ödemesi gerekir (İş K.m.26/1). Sosyal ücret denilen asıl ücret dışında kalan çıkarlar için mal olarak ödeme yapılabilir. Bkz. SÜMER, s. 34, 62; CENTEL, s. 146-147.

<sup>103</sup> SERAHSİ, C.XVI, s. 34; İBN RÜŞD, C.III, s.318; SEVRE, s.416-417.

<sup>104</sup> İBN ÂBİDİN, s.47.

<sup>105</sup> SERAHSİ, C.XV, s. 89; BİLMEN, s. 215; CEZİRİ, s. 1741; SEVRE, s. 385-386.

<sup>106</sup> SEVRE, s.385-386; BARDAKOĞLU, İşçi-İşveren, s. 199.

işçiyi mağdur edecektir. Bilhassa bu tür ücretlerin, asıl ücret sayılmasında mahzur daha da artmaktadır. Bu konuda en isabetli gözükten usul, ücretin bilinmezliğinin veya ödenmeme tehlikesinin söz konusu olduğu ödeme tarzlarına imkan vermemek, ücretin tahakkukunda bilinirliği ve açıklığı yeteri ölçüde sağlayacak usul ve ölçüleri esas almak olacaktır. Buna göre, ücretin yapılan işten üçte bir, onda bir gibi bir hisse olarak tespiti uygun olmadığı gibi; yine yapılan işten belirli bir miktar olarak tespiti de uygun görülmemiştir<sup>107</sup>.

Hanefi fikhındaki çoğunluk görüşe ve Şafii fikhına göre, beldelerin örfüne dayanarak, bir yükün taşınan malın bir kısmı karşılığı taşınması, dokumacının dokuyacağı kumaşın bir kısmı karşılığı çalıştırılması istihsanen<sup>108</sup> hukuka uygun görülmüştür<sup>109</sup>. Maliki fikhına göre ise, kural olarak, üretim ve kazançtan hisse karşılığı yapılan hizmet akdi hukuka uygun görülmez<sup>110</sup> ancak aldanma tehlikesinin olmadığı ve ücretin yaklaşık olarak tahmin edilebildiği durumlar bunun istisnasıdır<sup>111</sup>. Hanbeli fikhına göre ise, ücretin ana hatlarıyla bilindiği ve bilinmeyen kısmın da anlaşmazlığa ve aldanmaya sebep olmayacak derecede önemsiz olduğu durumlarda, bu tür hizmet akdi geçerlidir. Nitekim Ahmed b. Hanbel, meyveleri mesela 1/6 sı karşılığı toplaması için işçi ile hizmet akdi yapmayı uygun görmüş ve bu durumda işçinin işi görerek bilgi sahibi olduğunu, bir şeyin tamamını bilen, o şeyin şâyî cüzünü de tahmin edebileceğini ifade etmiştir<sup>112</sup>.

Sonuç olarak denilebilir ki, ücretin büyük ölçüde bilinmezliğini gerektiren, elde edilmesini başka şartların gerçekleşmesine, daha doğrusu ihtimale bağlayan ve çoğu defa tarafların anlaşmazlığa ve mağduriyete düşmesine sebep olabilen hisse şeklindeki ücret, hukukçuların çoğu tarafından uygun görülmemiştir. Aralarındaki görüş ayrılıkları da, taraflar arasında bir aldan-

<sup>107</sup> BİLMEN, s. 215-217.

<sup>108</sup> İslâm Hukuku'nun tâlî kaynaklarından biri olan istihsân, hukuki bir mesele hakkında, haklı bir gerekçeye dayanarak, benzerlerine uygulanan genel hüküm yerine istisnâî bir hükmün uygulanmasıdır (CİN/AKGÜNDÜZ, C.I, s. 154-155; M. Akif AYDIN, s. 39).

<sup>109</sup> SERAHSÎ, C. XV, s. 90; İBN ÂBİDÎN, s. 58-59; BARDAKOĞLU, İşçi-İşveren, s. 200.

<sup>110</sup> Bugünkü hukukumuzda da "kârdan pay alma"nın asıl ücret olarak tespiti mümkün değildir. Çünkü işletmenin belirlenen dönem sonunda kâr edeceği konusunda kesinlik yoktur. Bu nedenle kârdan pay alma ancak bir ücret eki olarak kararlaştırılabilir. Bkz. Seza REİSOĞLU, *Hizmet Akdi Mahiyeti- Unsurları- Hükümleri*, Ankara 1968, s. 48-49; SÜMER, s. 63-64.

<sup>111</sup> Enes b. MALİK, *el-Muvatta*, C.II, Mısır 1951, s. 100.

<sup>112</sup> Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed İBN KUDAME, *el-Muğni*, C.V, Mısır 1969, s. 328.



manın olmasını engelleme gayretinden doğmaktadır. Hukukçuların uygun gördüğü durumlar ise, genellikle ücretin bilinmezliğinin ve dolayısıyla aldanmanın bulunmadığı durumlardır.

### **C. Bağımlılık**

Hizmet akdinde bağımlılık unsuru, işçinin işverenin otoritesi altında iş görmesi anlamına gelir. Bir diğer ifadeyle, işçinin, işverenin yönetim ve gözetimi altında onun emir ve talimatlarına uyararak ve hatta onun cezalandırma yetkisini de kabul etmek suretiyle iş görmesidir<sup>113</sup>. Bağımlılık unsurunun temeli, işçinin işletmenin ekonomik riskini üzerine almamasıdır<sup>114</sup>.

Bilindiği gibi önceki hukukumuzda hizmet akdi, işçinin çalışması üzerine kurulduğundan gerek işçinin belirli bir süre içinde çalışması, gerekse süre kaydı olmaksızın belli bir işi görmesi, hizmet akdinin konusunu meydana getirmektedir. Her iki tür hizmet akdi tanımında ortak olarak, iş ve ücret unsurlarına yer verilmiş olmakla birlikte, bağımlılık unsuru ancak belirli bir süre üzerine kurulan hizmet akdinde söz konusu olmaktadır.

Günümüz hukukunda bağımlılık unsuru üzerinde ısrarla durulmakta ve bu unsur hizmet akdini özellikle istisna ve vekâlet akitlerinden ayırıcı bir kriter olarak değerlendirilmektedir<sup>115</sup>.

Ecîr-i hâs'ın söz konusu olduğu süre üzerine yapılan hizmet akdinde bağımlılık, akdin unsurlarından biridir ve işçi diğer tarafın yönetim ve gözetimi altında, onun emir ve talimatlarına uyararak iş görmektedir. Ancak, ecîr-i müşterek'in söz konusu olduğu, bir işin görülmesi üzerine kurulan hizmet akitleri yalnızca iş ve ücret unsurlarına dayanmakta, bağımlılık unsuru ise söz konusu olmamaktadır. Burada işçinin asıl borcu, akit konusu işi kararlaştırılan tarzda yerine getirmek olduğundan, işverene bağımlılığından söz edilemez. Bu tür hizmet akdi, günümüz hukukundaki istisna ve vekalet akitlerini içine alır. Başka bir ifadeyle, bir işin görülmesini konu alan hizmet akdi türü, günümüz hukukunda daha çok istisna ve vekalet akdi içinde ele alınmaktadır<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> CENTEL, s. 81-82; SÜMER, s. 34.

<sup>114</sup> ESENER, s. 127.

<sup>115</sup> Halid Kemal ELBİR, *İş Hukuku*, 9. B., İstanbul 1987, s. 61; CENTEL, s. 82. İşverenin emir ve talimat verme yetkisi vekalet ve istisna akitlerinde de görülebilir. Bu yetki sonucun alınmasına ilişkin olabildiği gibi, başvurulacak vasıtalara ilişkin de olabilir. Burada bağımlılığın teknik karakteri söz konusu olmaktadır. Hizmet akdinin özelliği işçinin işverene iş unsurunun muhteva ve biçimini tayin etme yetkisini terk etmiş olmasıdır. Daha geniş bilgi için bkz. ESENER, s. 127-128.

<sup>116</sup> BARDAKOĞLU, *İcâre*, s. 159-160.

## SONUÇ

Bu çalışmada, Cumhuriyet öncesi Türk Hukuku dönemindeki hukuki düzenlemeler göz önünde bulundurularak hizmet akdine genel bir bakış yapılmış, akdin tanımı ve unsurlarına yer verilmiş, işçi ve işveren kavramları açıklanmış, bu arada işçi türleri olarak bağımlı ve bağımsız işçi kavramlarına da değinilmiştir.

Görüldüğü üzere, Cumhuriyet öncesi Türk Hukuku'nun kanun tarzındaki ilk düzenlemesi olan Mecelle, hizmet akdine, icare akdi çatısı altında yer vermiştir. Hizmet akdinin icare akdi kapsamında kira akdiyle beraber ele alınmasının ortaya çıkarabileceği sıkıntı, bu konuya özgü "icare-i âdemî" başlığı altında ayrı bir düzenleme getirilerek ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Öncesi hukukumuz hizmet akdini, bugünkü hukukumuzdan daha kapsamlı tarzda düzenlemiştir. İşçinin yalnızca belirli bir süre çalışması değil, aynı zamanda bir şeyin imalini üstlenmesi, belirli bir işi görmesi de (malzeme işverenden olduğu sürece) hizmet akdi kapsamında değerlendirilmiştir. Bugünkü hukukumuzda istisna akdi kapsamında yer alabilecek bu ikinci tür işin görülmesi, önceki hukukumuzda ancak hizmet akdi kapsamında olabilmıştır. Zira önceki hukukumuzda istisna akdi, malzemenin ve hammaddenin ancak işçi tarafından sağlandığı durumlarda söz konusu olabilmektedir. Eğer hammadde ve malzemeyi işveren sağlıyorsa önceki hukukumuz açısından ortada bir istisna akdi değil, hizmet akdi söz konusudur.

Bunun yanısıra, hizmet akdi, işverenden başkasına çalışmama kaydıyla yapıldı ise, bağımlılığın da bulunduğu bir ilişki söz konusudur. Bu tür hizmet akitlerinde işçi ecir-i has (bağımlı işçi) adını almaktadır. Ama akitte işverenden başkasına çalışamaz kaydı bulunmuyorsa, bağımlılık unsuru geri plana itildiği için, işçi birden çok işverene iş görebilir, sanatını icra edebilir. Bu tür hizmet akitleri ile iş gören işçilere ise ecir-i müşterek (bağımsız işçi) adı verilmektedir. Hizmet akdinin ücret ödeme borcu altında bulunan tarafı olan işveren ise, işçi çalıştıran bir gerçek veya tüzel kişidir.

Hizmet akdinin söz konusu olabilmesi için en az iki unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlar, iş (çalışma) ve ücret unsurlarıdır. Bunun yanısıra, sadece belirli bir işverene çalışabilecek olan işçilerin (bağımlı işçiler) yapmış olduğu hizmet akitlerinde bağımlılık unsuru da söz konusudur. Buna göre de işçi işverenin emir ve talimatı altında iş görmek durumundadır. Ancak, belirli bir işverene çalışma zorunda bulunmayarak, belirli işleri herkese yapan genellikle sanat erbabı olan işçilerin (bağımsız işçi), işverenle yaptıkları hizmet akitlerinde ise bağımlılık unsurunun bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.

# ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YORUM

*Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN\**

## **I. Yorumun Anlamı ve Türleri**

Hukuki işlemin yorumlanması, muhtevasını belli etmek amacıyla, onu oluşturan irade açıklamalarının anlamının araştırılmasına yönelmiş mantıksal bir faaliyettir. Yorum faaliyetinin amacı, irade açıklamasının hukuk yönünden sonuçlandırıcı olan anlam ve muhtevasını ortaya çıkarmaktır.

Bir hukuki sonuca yönelik irade beyanı çeşitli sebeplerle, özellikle beyan sahibi veya muhatabın buna değişik anlam vermeleri yüzünden yoruma ihtiyaç gösterebilir. Gerçekten bir anlatım, açıklama ve özellikle iradeyi beyan aracı olarak kullanılan söz, kelime ve deyimlerin iyi düşünülmemiş veya doğru seçilmemiş olması, bazı kelime, deyim ve işaretlerin kullanıldığı yere, zamana ve hatta kullanan kişiye göre farklı anlamlar taşıması, irade beyanlarının gerçek anlamını gölgeleyen veya onların birden çok anlama gelmesine neden olan, böylece söz konusu beyanların gerçek anlamları üzerinde tereddüt ve şüphe uyandıran sebeplerdir. İşte; iradeyi açıklamak, beyan etmek için kullanılan söz ve deyimler açık olmadığı, birden çok manaya geldiği, taraflar arasında şüphe ve tereddüt uyandırıp anlaşmazlığa yol açtığı zaman, hakim bunların gerçek anlamlarını bulmak amacıyla yoruma başvurur<sup>1</sup>.

Ölüme bağlı tasarrufların yorumu dendiğinde de ilk akla gelen, murisin kuşkulu ve çapraşık irade beyanlarının açıklanmasına yarayan bu dar anlamdaki “açıklayıcı yorum”dur. Örneğin, bir vasiyetnamede yer alan “araç” sözcüğünün hangi anlama geldiği; bununla otomobilin mi, motosikletin mi, deniz taşıt aracının mı, yoksa bir tarım makinesinin mi kastedildiği işte bu yoldan saptanır. Özellikle noter gibi resmi bir memurun katılımı olmaksızın, hukuk bilgisi bulunmayan ve kullandığı sözcüklerin seçiminde gerekli dikkat ve hassasiyeti göstermeyen bir vasiyetçi tarafından kaleme alınan el yazısı vasiyetnamelerde, kendisinin ölümünden sonra yapılmasını arzu ettiği hususları tayin edebilmek için çoğu kez açıklayıcı yoruma ihtiyaç duyulacaktır.

\* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Bası, İstanbul 1998, sh.139,140.

Fakat hemen belirtelim ki, yorum, salt açıklayıcı yorumdan ibaret değildir. Eksik beyanların tamamlanması, söz gelişi, ölüme bağlı tasarruflarda açık bırakılan yararlanma süresini belirleme (tamamlayıcı yorum)<sup>2</sup>, geçersiz beyanların geçerli hale dönüştürülmesi, örneğin, kedi, köpek gibi bir hayvan lehine yapılan vasiyetin mirasçılara yüklenen bir mükellefiyete (kulfete) çevrilmesi (tahvil edici yorum) ve tümüyle geçersiz işlemin salt belirli bir bölümüyle geçersiz işleme indirgenmesi (bölümsel hükümsüzlüğe indirgeyici yorum), örneğin anlamsız, akıl dışı bir külfetin kesilip atılması da, aslında yorumdan başka bir şey değildir<sup>3</sup>.

Yorumun zikrettiğimiz türleri arasındaki sınırlar kaypak ve silik olmakla beraber aradaki başlıca farkı şu şekilde ifade edebiliriz. Dar anlamda açıklayıcı yorumda fiili (gerçek) iradeye bakılırken, geniş anlamda “tamamlayıcı, tahvil edici ve bölümsel hükümsüzlüğe indirgeyici” yorumda beyan sahibinin farazi (varsayımlı) iradesi araştırılır. Yani burada, beyan sahibinin eksikliği, aksaklığı veya sonradan ortaya çıkan gelişmeyi baştan bilmesi veya öngörmesi durumunun ne isteyeceği, iradesinin ne yönde olacağı tespit edilmeye çalışılır<sup>4</sup>.

## II. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorumun Önemi

Yorum ölüme bağlı tasarruflarda özel bir önem taşır. Zira, ölüme bağlı tasarruflar mahiyetleri icabı bunları yapanın ölümünden sonra hüküm doğuran hukuki işlemlerdir. Hal böyle olunca terekesinin mukadderatını düzenleyen muris, bu tasarruflar yürürlüğe girdikten sonra diriltilip konuşturulamaz ve aslında neyi kastettiği sorgulanamaz. Ayrıca, el yazısı vasiyetnameler genelde kapalı kapılar ardında ve alabildiğine duygusal bir yaklaşımla kaleme alınır. Böyle bir vasiyetnamede de ister istemez içinden çıkılmaz ifadeler yer alır. Resmi vasiyetnamede, noterler kısmen yardımcı oldukları ve düzgün cümlelerle tutanak düzenlemeye özen gösterdikleri için, murisin son arzularının anlaşılma oranı el yazısı vasiyetnamelere göre daha yüksektir. Vasiyetçinin fevkalade bir hal sebebiyle el yazısı veya resmi bir vasiyetname düzenleme iktidarından yoksun olduğu ve bu sebeple son arzularını iki şahide bildirerek onlara söylediklerine uygun bir vasiyetname yazma görevi yüklediği durumlarda ise sözlü vasiyetlerin çoğu bilmece halindedir. Nihayet, ölüme bağlı tasarrufların düzenlendiği tarihte onun yürürlüğe girdiği tarih

<sup>2</sup> Tamamlayıcı yorum, hukuki işlemin düzenlediği konularda boşluk bulunması durumunda yapılır (Bkz. Şener AKYOL, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, sh.33).

<sup>3</sup> Rona SEROZAN, Miras Hukuku, 1. Bası, İstanbul 2000, sh.147,148.

<sup>4</sup> SEROZAN, age., sh.148.

arasında çoğu kez uzunca bir zaman dilimi yer alır. Bu süre içinde maddi ve manevi şartlarla kişisel ilişkiler baştan aşağı değişmiş olabilir<sup>5</sup>.

Yorumun ölüme bağlı tasarruflardaki öneminden dolayı özellikle Almanya ve Fransa gibi ülkelerin medeni kanunlarında bu konuya ilişkin hükümler yer almaktadır<sup>6</sup>. Bilhassa Alman Medeni Kanunu'nda ölüme bağlı tasarrufların yorumu hakkında birçok hüküm vardır<sup>7</sup>. Söz konusu kanuni yorum kuralları, miras bırakanın gerçek iradesini yorum metotları ile meydana çıkarma imkanı olmadığı zaman tatbik olunmaktadır.

İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında ise, yorumla ilgili pek az hüküm vardır. Türk hukuku bakımından yorum hususunda dayanılabilecek genel kural, BK.m.18 hükmüdür. Bu maddeye göre, bir hukuki işlemin muhtevassını tayin ederken tarafların kullandıkları tabirlere (deyimlere) ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki (gerçek) ve müşterek (ortak) maksatlarını araştırmak gerekir. Söz konusu kural, MK.m.5 delaletiyle, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde, medeni hukuk ilişkilerine de uygulanır.

Hukuk sistemimizde BK.m.18 dışında, ölüme bağlı tasarrufların yorumuna ilişkin bazı özel hükümler MK.'un miras hukuku kitabında dağınık bir şekilde bulunmaktadır. MK.m.451/f.2; 462/f.2 c.2; 463; 466/f.2; 502/f.2; 519/c.2; 525/c.2; 587/f.3'deki düzenlemeler ölüme bağlı tasarrufların yorumunda uygulayıcılara yol gösterecek hükümlerdir. Türk Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunundaki gibi yoruma ilişkin çeşitli ve teferruatlı hükümler koymak suretiyle ölüme bağlı tasarruf metnini yorumlamak durumunda bulunan hukuk uygulayıcılarını sınırlandırmamıştır. Ne var ki, yorum kurallarının azlığı, ölüme bağlı tasarrufun yorumu ile karşı karşıya kalan hukukçuları, bilhassa da hakimleri gayet ciddi ve yorucu bir mesai sarfına zorlamaktadır<sup>8</sup>.

---

5 SEROZAN, age., sh.150; Bülent KÖPRÜLÜ, *Miras Hukuku Dersleri*, 2. Bası, İstanbul 1985, sh.224; Samim GÖNENSAY/Kemaleddin BİRSEN, *Miras Hukuku*, İkinci Bası, İstanbul 1963, sh.172; Esat ŞENER, *Eski ve Yeni Miras Hukuku* (Şerh), Ankara 1988, sh.418; ayrıca bkz. Fikret GÜVENÇ, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu*, İBD., C.XLV, Sa.1-2, İstanbul 1971, sh.31 vd..

6 Bu kurallar, Eski Yunan ve Roma hukukundan gelip, Müşterek hukukta gelişen esasları ihtiva etmektedir (Zahit İMRE/Hasan ERMAN, *Miras Hukuku*, 3. Basım, İstanbul 1995, sh.98; Nüşin AYİTER/Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Miras Hukuku*, 2. Bası, Ankara 1991, sh.150).

7 BGB. § 133, 157, 2066-2076, 2084.

8 Ali Naim İNAN/Şeref ERTAŞ, *Miras Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2000, sh.219; İMRE/ERMAN, age., sh.98,99.

### III. Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Egemen Olan İlkeler

#### 1-) Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarrufların yorumuna ilişkin esasları ortaya koyarken vasiyetnamelerin yorumu ile miras sözleşmelerinin yorumunu ayrı ayrı ele alıp değerlendirmek gerekir. Zira, bu iki şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf arasındaki mahiyet farklılığı, zorunlu olarak bunların yorumunda uygulanacak prensipler bakımından da kendini gösterir. Şöyle ki: vasiyetname, bir şahsın hiç kimseye yöneltme zorunda olmaksızın ölüme bağlı arzusunu açıklamak suretiyle yaptığı tek taraflı hukuki işlemlerdir. Vasiyetname herhangi bir bağlayıcılığı olmadığı ve düzenleyen şahsın ölümüne kadar her zaman serbestçe geri alabileceği bir hukuki işlem olduğu için burada yapılan beyana güveni korunacak bir beyan muhatabı yoktur. İki taraflı hukuki işlemler olan sözleşmelerde ortaya çıkan yorum problemlerinde, yorum yoluyla tarafların birbirine zıt menfaatleri arasında adil bir denge kurulmaya çalışılır. Gerçekten iki taraflı hukuki işlemlerde beyan sahibi yani iradesini açıklayan kişi, beyanının istediği, kastettiği, buna kendisinin verdiği anlamda, gerçek iradesine uygun bir biçimde anlaşılıp yorumlanmasını, buna karşılık, muhatap da bu beyanı daha doğrusu iradeyi ifade vasıtalarını sübjektif olarak nasıl anlamışsa, ona hangi anlamı vermişse o şekilde yorumlanmasını ister. Ancak kimseye yöneltilmesi gerekli olmayan vasiyetnamelerde böyle bir menfaat çatışması ortaya çıkmaz. O itibarla vasiyetnamede yer alan beyan yorumlanırken, tamamen beyan sahibinin iradesi esas alınmalı, bu irade araştırılarak bunun gerçek anlamı bulunmalıdır<sup>9</sup> (İrade prensibi).

Öyle ki, miras bırakan düzenlediği vasiyetnameyi sırf belirli menfaatler elde etmek gayesiyle ölüme bağlı kazandırma lehdarına gösterse veya ölüme bağlı tasarrufunu asla geri almayacağına dair söz verse, hatta lehdardan bu iş için para koparsa bile, lehdarın güvenini korumaya yer ve gerek olmaz. Ölüme bağlı tasarruf yine de salt miras bırakanın iradesine göre yorumlanır<sup>10</sup>.

İki taraflı bir hukuki işlem olan ve ölüme bağlı tasarrufta bulunanın serbestçe dönemeyeceği bir nitelik taşıyan miras sözleşmelerinde ise, ortaya

<sup>9</sup> M. Kemal OĞUZMAN, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995, sh.170; Peter TUOR/Bernhard SCHNYDER/Jörg SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995, S.493; Hüseyin HATEMİ, Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000, sh.97; İNAN/ERTAŞ, age., sh.220; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku. 3. Bası, İstanbul 1987, sh.321,322; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.174,175; Mustafa DURAL/Turgut ÖZ, Miras Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 2000, sh.235.

<sup>10</sup> SEROZAN, age., sh.150.

çıkan yorum problemini çözümlerken işlemin diğer tarafını görmezlikten gelemeyiz. Miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin beyanı, kendi iradesini yeteri kadar açıklıkla ifade etmiyorsa, ya da muhatap bu beyanı başka türlü anlamışsa sözü edilen beyana birbirinden farklı dört anlamdan biri atfedilebilir:

a. Beyanda bulunanın kastettiği, istediği anlam; yani beyanda bulunanın gerçek iradesine uygun olan anlam (İrade teorisi), b. Beyana muhatap olan kimsenin bu beyandan şahsen çıkardığı anlam (Sübjektif beyan teorisi), c. Beyanda bulunanın gerçek iradesine veya muhatapın kendi anlayışına bakmadan, bu beyan objektif olarak üçüncü kişilerce nasıl anlaşılacak gerekiyorsa o anlam (Objektif beyan teorisi), d. Böyle bir beyana muhatap olan makul ve dürüst bir kişinin bilebileceği şartları ve halin özelliklerini de dikkate alarak doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde ona verebileceği anlam (Güven teorisi).

İsviçre-Türk doktrin ve uygulamasında, kural olarak, özellikle yöneltilmesi (varması) gerekli irade beyanlarının yorumunda güven teorisine başvurulmaktadır. Şu halde, iki taraflı bir hukuki işlem (akit) niteliğinde olan miras sözleşmelerinin yorumunda, bunların bünyelerine uygun düştüğü ölçüde, güven prensibi esas alınmalı ve yapılan irade beyanı, karşı tarafın (muhatapın) bildiği ve bilmesi gereken bütün hal ve şartları dikkate alarak söz konusu beyana dürüstlük kuralları ışığında vermesi gereken anlama göre yorumlanmalıdır. Miras sözleşmesi ivazsız olsa (örneğin, miras sözleşmesi ile muris muhatabı terekesinin yarısı için mirasçı nasbeder veya mirasçı nasbı söz konusu olmaksızın terekede yer alan bir malvarlığı menfaatini kazandırırken, karşı taraf kendisine gerek sağlar arası gerekse ölüme bağlı bir kazandırmada bulunmasa) bile, yorum yine güven prensibine göre yapılacaktır<sup>11</sup>.

Ancak hemen işaret edelim ki, normalde bir vasiyetname içinde yer alması gerekirken, bir miras sözleşmesinin içeriğine sokulan tasarruflarda durum farklıdır. Mirastan ıskat, vakıf kurma, evlilik dışı çocuğu tanıma, vasiyeti tenfiz memuru tayini gibi niteliği gereği her zaman serbestçe geri alınabilecek tasarruflar bir miras sözleşmesi içinde yer alsalar dahi, onun tek taraflı muhtevasına dahil sayılırlar. Miras sözleşmesinin bunlara ilişkin bö-

<sup>11</sup> SEROZAN, age., sh.151; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.327 (16) no'lu dn.; İNAN/ERTAŞ, age., sh.225, GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.180.

lümü bir vasiyetname hükmünde olduğu için tıpkı vasiyetnamelerde olduğu gibi bunların yorumunda da irade prensibi temel teşkil eder<sup>12</sup>.

## 2-) Ölümüne Bağlı Tasarrufun Metnine Dayanma ve Gerekli Durumlarda Dış Unsurlardan Faydalanma

Yorumla ancak, ölümüne bağlı tasarrufta yer alan bir irade beyanının anlamı açıklanabilir. Ölümüne bağlı tasarruf metninde hiç bir dayanağı bulunmayan bir arzu, yorum yolu ile ölümüne bağlı tasarrufa sokulamaz (Andeutungstheorie = İma kuramı). Buna özellikle, ölümüne bağlı tasarrufun tabi olduğu şekil kaideleri engeldir<sup>13</sup>. Gerçekten, miras bırakanın terekesi ile ilgili düşünce, arzu ve tasavvurları ancak kanunun öngördüğü şekle uygun olarak ifade edildikleri nispette hukuken değer kazanır. Ölümüne bağlı tasarruf metninde hiç bir dayanağı bulunmayan bir arzunun, salt vasiyetname dışı olgulara dayanılarak yorum yoluyla kabul edilmesi halinde, şekil kuralları tüm anlamını yitirir<sup>14</sup>.

Ayrıca, vasiyetnamede yer alan tereddütsüz bir ifadeyi vasiyetname dışı olgularla değişik bir anlamda yorumlamaya kalkışmak da mümkün değildir. Vasiyetname metni açık ise, burada söylenmiş olanlara uymak, bunları kabul etmek gerekir<sup>15</sup> (Eindeutigkeitsregel = Açıklık kuralı).

Vasiyetnamede kendisine bir dayanak bulan irade, muğlak ise, gerçek anlamı tam olarak tespit edilemiyor ve tereddütlere yol açıyorsa, bunun açıklanması için vasiyetnamenin dışındaki olgulara başvurulabilir. Miras bırakanın ilişkileri, mektupları, notları, hatıra defteri, şahitler tarafından nakledilen sözlü açıklamaları, dostluk ilişkileri, mahalli ve ailevi adetler, miras bırakanın özel bir anlamda kullandığı deyimler ve alışkanlıkları (örneğin, otomobili için emektar deyimini kullanması gibi), siyasi düşünceleri, öğrenim düzeyi vs. vasiyetnamedeki irade beyanının anlamını tayinde yardımcı rol oynayabilirler<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.327; SEROZAN, age., sh.151; DURAL/ÖZ, age., sh.240.

<sup>13</sup> OĞUZMAN, age., sh.171; İNAN/ERTAŞ, age., sh.220; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.150.

<sup>14</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.322. Doktrinde savunulan yeni bir görüşe göre, miras bırakanın maksadı, salt vasiyetname dışı olgulara (örneğin onun çevredeki sözlerine ve eylemlerine) dayanılarak da saptanabilir (Bkz. SEROZAN, age., sh.98, 153 vd.).

<sup>15</sup> İMRE/ERMAN, age., sh.99.

<sup>16</sup> İNAN/ERTAŞ, age., sh.221; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.322; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.151; TOUR/SCHNYDER/SCHMID, S.494; DURAL/ÖZ, age., sh.236; ŞENER, age., sh.423.



Örneğin, vasiyetçi, düzenlediği vasiyetnamesinde, arkadaşı Mehmet'e te-rekesinin tümünü bırakarak onu mirasçı nasbetmiştir. Fakat vasiyetçinin arkadaşları arasında iki tane Mehmet bulunmaktadır. Vasiyetçi ölüme bağlı tasarrufunda ismini zikrettiği arkadaşının soyadını belirtmediği gibi ona iliş-kin özel niteliklerden de söz etmemiş, bu konuda herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bu durumda Mehmet adını taşıyan iki arkadaşından hangisini mirasçı nasbettiği vasiyetname dışı olgularla açıklığa kavuşturulabilir. Şöyle ki, aynı öz adı taşıyan bu iki arkadaşından birisi ile ölüncüye kadar dargın kaldığı, diğeri ile arasının iyi olduğu ve bu arkadaşının ölüncüye kadar ken-disinin yanında bulunduğu veya ondan büyük bir iyilik gördüğü kanıtlandığı takdirde, vasiyetçinin gerçek iradesinin bu arkadaşını mirasçı nasbetme yö-nünde olduğu yorum yoluyla anlaşılacaktır.

Bu konuya ilişkin diğer bir örnek: Vasiyetnamesinde, kanuni miras hak-kına sahip kız yeğenini miras dışı bırakarak, bütün servetini karısına bıraktı-ğını ifade eden miras bırakan, karısının ölümünden bir süre sonra yeniden evlenmiş, fakat vasiyetnamesini değiştirmeden veya değiştiremeden ölmüş-tür. Bu durumda sağ kalan eş vasiyetnameye dayanarak bütün mirasın kendi-sine ait olduğunu iddia edebilecek midir? Bu soruya verilecek cevap olum-suzdur. Vasiyetname murisin eski karısı ile evliliği sırasında yapılmış oldu-ğundan, söz konusu tasarruftan faydalanacak olan bu kişidir; bunun ölümü halinde murisin yeni karısı eskisinin yerine geçemez; çünkü bu konuda vasi-yetnamede herhangi bir kayıt bulunmadığı gibi, genel hayat tecrübeleri açı-sından da bunu destekleyecek bir durum yoktur. Murisin önceki evliliğinin ölüm ile değil de, bir boşanma kararı ile neticelenmesi halinde varılacak sonuç yine aynıdır. Her iki ihtimalde de eski eş lehine yapılan teberru hü-kümsüzleşir ve yürürlüğe giremez (bkz. MK.m.146; 495; 522 ve 523); vasi-yetnameden yeni eş lehine bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma niyeti (animus testandi) de anlaşılamadığı için onun mirasçılığı da söz konusu olamaz<sup>17</sup>.

İmre/Erman'a göre, vasiyetnamenin yorumunda yardımcı olabilecek dış olgular, yalnız şekle bağlı delillerdir. Murisin yazıları, not ve mektupları bu açıdan önem taşıyabilirler. Buna karşılık esas itibariyle, şahit dinlenilmesi yoluna gidilmemek ve bu konuda şahitlerin ifadelerinin göz önüne alınma-

---

<sup>17</sup> Vasiyetçi nişanlısı lehine ölüme bağlı teberru yapmış ve ölümünden önce nişan bozulmuş olsa, bu tasarruf hükümsüz olur. Fakat aynı şahıs nişanlısı lehine muayyen mal vasiye-tinde bulduktan sonra onunla evlenip bir süre sonra ölse, evlenmekle kadın, kanuni mi-rasçı olur, böylece bu sıfatı ile musaleh sıfatı birleşir; vasiyet geçerliliğini korur (İMRE, age., sh.1000; ŞENER, age., sh.424).

ması gerekir<sup>18</sup>. Kanaatimizce, hakimin dikkat ve ihtiyatı elden bırakmaması kaydı ile, vasiyetname metninde yer alan muğlak ifadeleri tamamlamak üzere şahit dinlenmesini engelleyen bir hüküm mevcut değildir<sup>19</sup>.

### 3-)Ölüme Bağlı Tasarrufun Muteber Tutulması Kuralı (Favor Testamenti)

Roma Hukukundan gelen “favor testamenti” yani vasiyetnamenin muteber tutulması kuralı, Medeni Kanunumuzda açıkça belirtilmemekle beraber, gerek doktrinde, gerek mahkeme içtihatlarında ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında uygulanacak temel kurallardan biri olarak kabul edilmektedir.

Bu yorum tarzı, ölüme bağlı tasarrufu imkan olduğu ölçüde geçerli saymaya, onu ayakta tutmaya, başka bir deyişle; tasarrufu yapanın gerçek iradesini, son arzularını, isteklerini elden geldiği kadar değerlendirmeye, onu üstün tutmaya, ona saygı ve bağlılık göstermeye yönelmiş bulunmaktadır<sup>20</sup>. Buna göre, kural olarak, murisin ölüme bağlı tasarruflarını iptal etmekten veya hükümsüz saymaktan çok, bunları muhafaza etmek, vasiyetçinin iradesine ve isteğine daha uygun düşer; bu sebeple, yorumda bu gayenin göz önünde tutulması, şüpheli ve müphem hallerde tasarrufun korunması lehinde yorum yapılması gerekir<sup>21</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, favor testamenti ilkesi vasiyetnameyi illaki geçerli kılacak şekilde yorumlamak değildir. Vasiyetnameyi hem geçerli olabilecek hem de geçersiz olabilecek şekilde iki türlü de yorumlamak mümkünse, sadece o zaman favor testamenti kuralı gereğince, vasiyetnameyi geçerli ve ayakta tutacak, kurtarıcı yorum, tercih edilecektir<sup>22 23</sup>.

18 İMRE/ERMAN, age., sh.101.

19 Aynı görüş için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.322 (5) no'lu dn..

20 KÖPRÜLÜ, age., sh.226.

21 İMRE/ERMAN, age., sh.102; SEROZAN, age., sh.79, 151 vd.; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.176; GÜVENÇ, agm., sh.36; İsmet SUNGURBEY, Medeni Hukuk Sorunları, C.II, İstanbul 1974, sh.58 vd.. Ayrıca bkz. Dündar DEVRES, Vasiyetnamelerin Tefsirine İlişkin İçtihat Notu, İBD., C.XXVI, Sa.2, Şubat 1952, sh.93 vd.. Örneğin, vasiyetçinin iştirak halinde mülkiyet ilişkisi içinde malik olduğu bir gayri menkulü vasiyet etmesi durumunda, şeriklerden birinin iştirak konusunun ne tümü ne de şayi bir cüz'ü üzerinde tek başına tasarrufta bulunamayacağı noktasından hareket edilerek vasiyet hükümsüz sayılmamalı, vasiyetçinin bu gayri menkulün taksimi sonunda kendisine düşecek olan potansiyel paya ilişkin talep hakkını vasiyet ettiği kabul edilerek ölüme bağlı tasarruf ayakta tutulmalıdır (SUNGURBEY, age., sh.71 vd.).

22 İNAN/ERTAŞ, age., sh.222; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S.494; Arnold ESCHER, Miras Hukuku (Çev. Sabri Şakir ANSAY), Ankara 1949, sh.92, no.16; HATEMİ, age.,

Alman Medeni Kanunu'nun 2084. paragrafında “bir ölüme bağlı tasarrufun muhtevası (içeriği) çeşitli şekillerde yorumlanabiliyorsa, şüphe halinde, tasarrufu ayakta tutacak yorum yöntemi (yolu) tercih edilmelidir” denilmek suretiyle bu kural bütün açıklığı ile ifade edilmiştir. Medeni Kanunumuzda ise, favor testamenti kuralını düzenleyen genel mahiyette bir hüküm bulunmamakla beraber, bazı maddelerde (örneğin, MK.m.451/f.2; 462/f.2 c.2; 466/f.2; 519/c.2) bu kuralın uygulanmasına yer verilmiştir.

MK.m.451/f.2'ye göre, “tasarrufu yapan kimse, şahsı veya şeyi tayin ederken açık bir hataya düşmüş ise kendisinin hakiki arzusunu kat'iyetle tayin mümkün olduğu takdirde, hatalı tasarruf, bu arzuya göre tashih olunur”. Bu hüküm, BK.m.18'e uygun olarak, ölüme bağlı tasarruflarda (özellikle vasiyetnamelerde), tasarruf sahibinin gerçek iradesini tayin ve tesbit gayesi güder. Böylece, tasarruf veya diğer kaynaklardan anlaşılabilen açık hatalar, vasiyetname veya miras sözleşmesinin iptali sonucunu doğurmayıp bilakis, bunlar yorum yoluyla düzeltilerek tasarrufun muhafazası temin edilmiş ve netice itibariyle, murisin iradesine saygı gösterilmiş olunur<sup>24</sup>.

Burada sözü edilen hata, bizzat iradede değil, beyan filindedir. İrade ile yapılan beyan arasında istenmeden meydana gelen bir uygunsuzluk vardır. Miras bırakan doğru düşünmüş yani iradesinin oluşumunda bir yanlışlığa düşmemiş, ancak bilgisizliği, kelimelerin anlamları üzerindeki yanlış tasavvurları, dalgınlık veya dikkatsizliği gibi sebeplerden dolayı gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmuştur<sup>25</sup>.

MK.m.451/f.2'nin uygulanabilmesi için, hata her şeyden önce ölüme bağlı tasarrufun konusunu teşkil eden şeye (eşya, alacak hakkı) veya ölüme bağlı tasarrufun -mansup mirasçı ya da vasiyet alacaklısı sıfatı ile- lehdarı olan şahsa ilişkin olmalıdır. Ayrıca miras bırakanın gerçek iradesi kesin olarak tesbit edilebilmelidir<sup>26</sup>. Bu şartlar altında tasarruf hükümsüz sayılmayacak, sadece hata düzeltilecektir (falsa demonstratio non nocet = yanlış belirtme zarar vermez).

---

sh.98; DURAL/ÖZ, age., sh.237. Bu kural, Alman mahkeme içtihatlarında, “vasiyetnamenin yorumu onun iptalinden önce gelir” demek suretiyle ifade olunmaktadır (İMRE/ERMAN, age., sh.102).

<sup>23</sup> Aslında bu kural, hukuki işlemlerin korunması (favor actus) ilkesinin ölüme bağlı tasarruflar alanındaki görünümüdür (Selim KANETİ, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tabvili), İstanbul 1972, sh.99; SUNGURBEY, age., sh.61).

<sup>24</sup> Fikret EREN, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, sh.39.

<sup>25</sup> KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, age., sh.323,324.

<sup>26</sup> İNAN/ERTAŞ, age., sh.233.

Örneğin, miras bırakan vasiyetnamesinde “yeğenim Çetin’i mirasçı nasbediyorum” demiş, fakat miras bırakanın Çetin adlı bir yeğeni yoktur. Ancak onun Metin isimli tek bir yeğeni varsa, burada miras bırakanın Çetin ile Metin’i kastetmiş olduğu kabul edilerek tasarrufu geçerli sayabiliriz. Aynı şekilde vasiyetçi, “yeğenim Ali Demir’i mirasçı nasbediyorum” demiş olup, Ali Demir gerçekte kendisinin kuzeni ise tasarruf düzeltilerek geçerli tutulur.

Diğer bir örnek; miras bırakan “X bankasındaki özel kasamda bulunan yakut yüzüğü kız kardeşime vasiyet ediyorum” demiş, lakin bu kasadan sadece bir zümrüt yüzük çıkmışsa, kardeşine zümrüt yüzüğü vasiyet etmiş kabul edilerek hata düzeltilebilir. Keza vasiyetnamesinde “beş numaralı daireyi vasiyet ediyorum” yazacak yerde, “altı numaralı daire” yazan vasiyetçinin bu beyanı da ölüme bağlı tasarrufuna zarar vermez; onu beyan hatası yüzünden iptal edilebilir hale koymaz, beyan vasiyetçinin gerçek iradesi doğrultusunda düzeltilir.

Uygulamada bu konuda hata, daha çok taşınmaz vasiyetlerinde tapu kayıtlarının yanlış gösterilmesi suretiyle ortaya çıkmakta ve Yargıtay, miras bırakanın kastettiği taşınmazın kesin olarak tesbitinin mümkün olduğu halde bu hatayı bir geçersizlik nedeni saymamaktadır<sup>27</sup>.

Bu nokta da son olarak şu sorun karşımıza çıkıyor? Acaba MK.m.451/f.2 hükmü sadece vasiyetçinin düştüğü beyan hatalarına mı ilişkindir? Yoksa bu

<sup>27</sup> Yargıtay kararına konu olan bir olayda, vasiyetçi, çeşitli tasarruflar ihtiva eden vasiyetnamesinde, davacıya Ayvalık Uzunkuyu mevkiindeki 400 zeytin ağacını ihtiva eden ve yüzölçümü 3 hektar 327 metrekare olan zeytinliği vasiyet etmiş, ancak söz konusu zeytinlik 27.12.1941 gün ve 130 sayılı tapu kaydının muhtevasını teşkil ettiği halde, vasiyetnamede tapu kaydının tarih ve numarası 27.12.1941 ve 129, zeytinliğin sınırları da bu son kayıttaki sınırlar olarak gösterilmiştir. Yüksek mahkemeye göre, “bir gayri menkulü vasiyetnamede belli eden unsurlar arasında yüzölçümü ve üzerinde bulunan bina ve ağaç gibi şeyler önemli yer tutar... Vasiyetçinin vasiyetnamesinin 1. bendinde tapu kaydının tarih ve numarasıyla buna ait sınırlar savunmaya uygun şekilde gösterilmiş ise de, gayri menkulün niteliği, ayrıca 3 hektar 327 metrekare, 400 zeytin ağacını havi zeytinlik olarak belirtilmiştir. Bu nitelik açık ve kesin bir şekilde belli iken vasiyetçinin vasiyetnamede 129 sayılı tapu kaydıyla sınırlarını yazmış olmasından 75 zeytin ağaçlı 5514 metrekare yüzölçümündeki zeytinliği vasiyet ettiği sonucu çıkarılamaz. Zira böyle bir yorum, Medeni Kanununun 451. maddesinin son fıkrası hükmüne, ilmi ve kazai içtihatlarla, vasiyetçinin kesinlikle tayin edilen hakiki arzusuna aykırı düşer”. Yargıtay, vasiyetnamede çeşitli vasiyet alacaklıları lehine yapılan tasarrufların, yakın hısımlardan uzak hısımlara doğru gittikçe azalan bir sıra takip ettiğini de nazara alarak, MK.m.451/f.2’yi uygulamış ve gerçekte 27.12.1941 gün ve 130 sayılı tapu kaydına konu olan 400 ağaçlı zeytinliğin vasiyet edilmiş olduğu sonucuna varmıştır (Bkz. M. Kemal OĞUZMAN, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları II, (Borçlar Hukuku - Miras hukuku), 5. Bası, İstanbul 1990, sh.248-255; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.324,325). Ayrıca bkz. Yarg. HGK’nun 21.11.1990 T., E.2-346/K.586 sayılı kararı (YKD., C.17, Sa.5, Mayıs 1991, sh.661 vd.).

hükmün aynı zamanda saik hataları<sup>28</sup> bakımında da işletilmesi mümkün müdür? Öncelikle şunu belirtelim ki, özellikle vasiyetnamelerde saıklar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, her türlü saik hatası bir iptal sebebidir<sup>29</sup>. Yani buna istinaden açılacak bir iptal davası sonucu tasarruf geçersiz kılınabilir.

Doktrindeki bazı yazarlar<sup>30</sup> MK.m.451 hükmünün vasiyetçinin saik hataları bakımından uygulanamayacağını kabul etmektedir. Örneğin, vasiyetçi, sivil savunma ekibinden bay (A)'ya dağ kazasında oğlunun hayatını kurtardığından dolayı muayyen bir mal vasiyet etmiş olsa, fakat hakikatte oğlunu kurtaran kişinin (A) değil de (B) olduğu sonradan anlaşılrsa ve muris herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde gerçek kurtarıcı (B)'ye vasiyet etmek istemiş olsa dahi, tasarruf hiç bir surette hüküm ifade etmez. Bu gerekçeyle ölüme bağlı tasarrufun iptali halinde, irade teşkilindeki hatadan zikredilen şahıslardan başkaları istifade eder; aksi yönde bir açıklık yoksa vasiyet edilen şey kanuni mirasçılarının olur. Burada vasiyetçi, vasiyet lehdarının şahsında değil de onun vasıflarında hataya düşmüştür; vasıf hataları düzeltilemez, bunlar birer saik hatası olarak ölüme bağlı tasarrufu sakatlar.

Serozan'a göre, 451/f.2 kuralı yalnız beyan hataları bakımından değil, aynı zamanda saik hataları bakımında da işletilmelidir. Örneğin, miras bırakan iki hizmetlisinden birisine kızını boğulmaktan kurtardığını sanarak vasiyet kazandırmasında bulunmuştur. Oysa, aslında miras bırakanın kızını boğulmaktan kurtaran öteki hizmetlidir. Bu hata da miras bırakanın farazi iradesi doğrultusunda düzeltilip aşılabilir; böylece ölüme bağlı tasarruf da iptalden kurtarılabilir. Yazara göre, sadece beyan hatalarına özgü söylemiyle yarı yolda kalmış gözükken MK.m.451/f.2 kuralının takılıp kaldığı yerden

<sup>28</sup> Saik hatasında murisin iç iradesi ile beyanı birbirine uymaktadır. Fakat iradenin oluşumuna etken olan tasavvur hatalıdır.

<sup>29</sup> AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.156; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, age., sh.329; KÖPRÜLÜ, age., sh.236,237; İNAN/ERTAŞ, age., sh.232; OĞUZMAN, age., sh.102. HATEMİ'ye göre, vasiyetnamede de alelade (adi) saik hatası iptal için yeterli görülmemeli, esaslılık (temel hatası) şartı aranmalıdır. Ölüme bağlı tasarrufun saik hatası sebebiyle iptal edilebilmesi için vasiyetçinin bu hatayı bilse idi, vasiyetnameyi yapmayacak olduğunun kabulü gereklidir. Yazar bu konuda şu örneği vermektedir: "Hukuk Fakültesini bitiren (A)'ya kitaplarımı vasiyet ediyorum" vasiyeti, vasiyet konusu kitaplar mesleki kitaplar ise ve (A) Hukuk Fakültesini değil, Veteriner Fakültesini bitirmiş ise iptal edilebilir. Kitaplar mesleki nitelikte değilse tasarruf iptal edilmemelidir. Zira, saik hatasının temel hatası niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır (HATEMİ, age., sh.66). Kanaatimizce, hata sebebiyle vasiyetnamenin iptal edilebilmesi için hataya düşülen husus ile ölüme bağlı tasarruf arasında illiyet bağı bulunması gerekli ve yeterlidir.

<sup>30</sup> İNAN/ERTAŞ, age., sh.233,234; EREN, İptal Davası, sh.39.

alınıp böylesine geliştirilmesinde her hangi bir sakınca yoktur. Beyan hatalarında benimsenen bir çözümün çoğu zaman, beyan hatalarıyla çakışan saik hatalarından esirgenmesi doğru olmaz<sup>31</sup>.

Kanaatimizce, vasiyetname metninde murisin farazi iradesini gösteren bir tutamak noktası veya ipucu varsa, saik hatası sonucu yapılan ölüme bağlı tasarruflar da kurtarıcı yorum yoluyla ayakta tutulabilir. Şöyle ki, yukarıdaki örneklere göre, miras bırakan çocuğunun hayatını kurtardığı zannıyla (A) lehine vasiyette bulunmuş ve vasiyetname metninde **“çocuğumun hayatını kurtaran (A)’ya X malımı bırakıyorum”** demişse, miras bırakanı böyle bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmaya iten düşünceler ve tasavvurlar ortaya konmuştur. Vasiyetçinin ölümünden sonra gerçeğin böyle olmadığı, çocuğunu (A)’nın değil (B)’nin kurtardığı anlaşılır ve bu hususlar inandırıcı, sağlam delillerle ispatlanırsa, söz konusu vasiyet (B) lehine yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf olarak düzeltilip ayakta tutulabilir. Fakat miras bırakan vasiyetnamesinde sadece **“(A)’ya X malımı bırakıyorum”** demiş, kendisini bu tasarrufu yapmaya iten düşünceleri ortaya koymamışsa, vasiyetçinin hataya düştüğü ve hataya düşülen husus ile yapılan ölüme bağlı tasarruf arasında illiyet bağı bulunduğu ispatlanabildiği takdirde vasiyet iptal edilecektir.

Ölüme bağlı tasarrufu kurtarıcı yorumun üstün tutulması prensibi, “favor pacta successoralis” tarzında ifade edilerek miras sözleşmeleri hakkında da benimsenmektedir. Vasiyetnamenin muteber olarak muhafaza edilmesi, nasıl vasiyetçinin arzusuna, iradesine uygun ise, miras sözleşmesinin de, miras bırakanın ve karşı âkidin menfaatleri nazara alınarak muteber olarak muhafazası, tarafların menfaatine uygun düşer. Ancak bu prensip miras sözleşmelerinde uygulanırken her iki tarafın da menfaatleri göz önünde tutulmalı ve bunlar arasında bir denge sağlanmalıdır. Bu itibarla, MK.m.451/f.2 kuralının iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmelerinde doğrudan doğruya uygulanması, beyan hatasında bulunan miras bırakanın iradesine üstünlük tanımak anlamına gelir. Ortaya çıkan sonuç da her iki tarafın menfaatlerini gözetmeyi gaye edinmiş bulunan güven prensibine aykırı düşer. Bu sebeple, MK.m.451/f.2 hükmü, ancak, hata karşı akitçe biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa veyahut da karşı taraf ölüme bağlı tasarrufun miras bırakanın gerçek iradesine göre uygulanmasını kabul ediyorsa (BK.m.25/f.2’ye kıyasen) miras sözleşmesine de uygulanabilecektir<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> SEROZAN, age., sh.152.

<sup>32</sup> İNAN/ERTAŞ, age., sh.225,226; OĞUZMAN, age., sh.173; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.181.

Favor testamenti kuralının kanunda düzenlenen diğer bir uygulaması da MK.m.519'da yer almaktadır: Medeni Kanunumuza göre, mansup mirasçı veya vasiyet alacaklısı (musaleh) olabilmek için medeni haklardan istifade ehliyetine (hak ehliyetine) sahip bulunmak gerekir. Hak ehliyeti ancak şahıslara tanındığı için, ancak insanlar ve hükmi şahıslar (tüzel kişiler) mirasçılık ehliyetine sahiptir. İnsan dışındaki varlıklar ve tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar mirasçı olamayacağı gibi vasiyet alacaklısı da olamaz. Şu halde, muris, tüzel kişiliği olmayan bir topluluğa ölüme bağlı kazandırmada bulunmuşsa veya sevgili köpeğine yahut atına bir şeyler bırakmışsa, lehdarlarda medeni haklardan istifade ehliyeti bulunmadığı için bu tasarrufları hükümsüz saymak gerekecektir. Halbuki favor testamenti prensibinin kanunda özel bir uygulanışı olan MK.m.519/c.2'ye göre, tüzel kişiliği haiz olmayan bir topluluğa muayyen bir gaye için yapılan teberrular, bu gayenin temini kaydı ile o topluluğu teşkil eden fertlere ait olur<sup>33</sup>; gayenin temini bu suretle mümkün olmazsa, yapılan teberru bir vakıf kurma<sup>34</sup> olarak kabul edilir. Şu halde; tüzel kişiliği olmayan bir topluluk yararına belirli bir amacı gerçekleştirmek için yapılan ölüme bağlı teberru, **mükellefiyetli kazandırma (donatio sub modo)** olarak topluluğu oluşturan kişiler arasında paylaşılır. Ancak ölüme bağlı tasarruflarda lehdar olarak gösterilen kişiler topluluğu çok genişse ve kimlerin bu topluluğa girdiği belirlenemiyorsa veya gaye devamlılık arz ediyorsa ve özellikle topluluğun bugünkü üyeleri kadar gelecekteki üyelerinin de yapılan kazandırmadan yararlandırılması öngörül-müşse, söz konusu teberru vakıf kurma sayılır<sup>35</sup>. Bu durumda farazi iradeye dayanan bir kanuni çevirme (tahvil) söz konusudur. Aslında tüzel kişiliği olmayan bir topluluk yararına belirli amaçla yapılan kazandırmanın topluluğun üyeleri arasında paylaşılması, amacın gerçekleştirilmesine elverişli değilse, ölüme bağlı tasarruf, miras bırakan tarafından biçimlendirildiği kılığıyla geçersiz sayılmak gerekirdi. Ancak miras bırakan, topluluğun üyelerinin kazandırmadan yararlandırılmasından çok, amacın sağlanmasına ağırlık

33 Yarg. 2. HD.'nin 2.11.1986 gün ve 5778/5388 sayılı kararında, Samatya ilköğretim okulunda okuyan fakir öğrencilere yapılan vasiyet, MK.m.519/f.2 uyarınca geçerli sayılmıştır. Bu halde, lehine kazandırma yapılan kişilerin çevresi ve sayısı belli olduğu için, yapılan kazandırma tutarı fakir öğrenciler arasında eşit olarak paylaşılır. Başka bir deyimle, her fakir çocuk, payına düşen miktar için, vasiyet alacaklısı olarak, vasiyetin yerine getirilmesini istemek hakkına sahip olur (ŞENER, age., sh.199; İMRE/ERMAN, age., sh.264).

34 Bu vakıf, MK.m.473'e göre kurulan ölüme bağlı bir vakıftır.

35 AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.152; İNAN/ERTAŞ, age., sh.222; OĞUZMAN, age., sh.173, 264; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.530; KÖPRÜLÜ, age., sh.227; İMRE/ERMAN, age., sh.102; SEROZAN, age., sh.158; KANETİ, age., sh.204,205.

verdiğine göre, işlem bu hedefe ulaşmaya elverişli olan ölüme bağlı bir vakfa çevrilerek ayakta tutulmaktadır. Bu yaklaşım, miras bırakanın varsayımlı (farazi) iradesine uygun olduğu gibi, çevrilen kazandırma ölüme bağlı tasarruf biçiminde yapıldığından, vakıf kurma işlemi için MK.m.74/f.1'in öngördüğü şekil şartını da gerçekleştirmektedir<sup>36</sup>. Örneğin, miras bırakan hukuk fakültesi son sınıf öğrencilerine, **her ders yılında sosyal ve bilimsel etkinlikler düzenlemek ve aynı zamanda bir fakülte dergisi çıkarmak** üzere 15 milyar lira vasiyet etmişse, gaye süreklilik gösterdiği için bu ölüme bağlı tasarruf bir vakıf kurma olarak değerlendirilir. Oysa muris, son sınıf öğrencilerine **dersliğin onarımı** gibi geçici bir amacın gerçekleştirilmesi maksadıyla böyle bir teberruda bulunsaydı; söz konusu kazandırma topluluğun tüm üyelerine (son sınıf öğrencilerine) yapılmış sayılır ve mükellefiyetli vasiyet olarak değerlendirilirdi.

Miras bırakan tüzel kişiliği olmayan bir şahıs topluluğuna devamlılık arz eden bir gayeyi gerçekleştirmek maksadıyla teberruda bulunmuş fakat, kazandırma miktarının yetersizliği<sup>37</sup> yüzünden bu tasarrufun ölüme bağlı bir vakıf kurma işlemi olarak telakki edilmesi mümkün olmamışsa ne yapılabilir? Kanaatimizce bu durumda, MK.m.77/f.3 hükmüne istinaden, miras bırakanın yaptığı ölüme bağlı kazandırmanın, onun takip ettiği gayeyi gerçekleştirmek mükellefiyeti altında mümkün oldukça benzer veya yakın gaye güden mevcut bir vakfa, böyle bir vakıf yoksa bir kamu tüzel kişisine verilmesi gerekir<sup>38</sup>.

Vasiyetçi tüzel kişiliği bulunmayan kişiler topluluğuna **geçici bir amaçla**, vasiyette bulunmuş ve topluluğu oluşturan kişilerin ferden belirlenmesi de mümkün değilse şöyle bir sorunla karşılaşılacaktır: Örneğin Adana'nı bir iş adamı düzenlediği vasiyetnamesinde, münferit ölüme bağlı teberular yaptıktan sonra **"memleketimdeki yoksullara da 50 milyar TL. vasiyet ediyorum"** demişse, topluluğu oluşturan kişilerin ferden belirlenmesi mümkün olmadığından, teberru üzerinde somut bir hak sahipliğinden söz

<sup>36</sup> KANETİ, age., sh.205. MK.m.519/c.2 uyarınca topluluğa yapılan ölüme bağlı kazandırmanın vakfa çevrilmesinde, "vakfın uzuvları, idare sureti ve temsil tarzı kafi derecede gösterilmemiş" olacağından, bu eksikliğin MK.m.77/f.2 uyarınca tamamlanması gerekir. Söz konusu hükme göre, bu durumda, "teftiş makamı (Vakıflar Genel Müdürlüğü) noksanların ikmali için, düşüncesi ile birlikte mahkemeye müracaat eder".

<sup>37</sup> Vakfın tesciline karar verecek asliye hukuk mahkemesi, vakıf kurma işlemi, ehliyet, şekil, amaç ve malların amacı gerçekleştirmeye yeterliliği yönünden inceler. Vakfedilecek mallar yeterli değilse, MK.m.77/f.3 uyarınca, mahkeme tarafından Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün düşüncesi alınarak mümkün olduğu kadar amacı aynı olan bir başka vakfa tahsis olunur.

<sup>38</sup> Aynı yönde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.530,531; ŞENER, age., sh.200.



edilemez. Ayrıca tamamen geçici bir nitelik taşıyan amaç için vakıf da kurulamaz; yani doğrudan doğruya MK.m.519/c.2'yi işletmek suretiyle ölüme bağlı tasarruf ayakta tutulamaz.

Serozan, bu bağlamda, MK.m.519 kuralının söyleminin ötesinde alabileceği geniş biçimde uygulanmasını ve “yoksullara vasiyet” gibi lehdarları soyut ve genel tutulmuş olan bir kazandırmanın bile hiç değilse ilgili kamu kurumuna yapılmış mükellefiyetli bir kazandırma olarak ayakta tutulabileceğini ifade etmektedir<sup>39</sup>.

Alman Medeni Kanunu 2072. paragrafında bu konuya ilişkin açık bir hüküm yer almaktadır: Buna göre, miras bırakan spesifik bir belirleme yapmaksızın yoksulları mirasçı (veya vasiyet alacaklısı) tayin etmişse, şüphe halinde bu kazandırma, miras bırakanın son ikametgahının bulunduğu bölgedeki resmi yoksul kuruluşları arasında paylaşılır.

Gazete haberlerinde sık sık rastlandığı gibi, hayvanlar lehine bir ölüme bağlı kazandırma yapılmışsa, acaba buna nasıl bir anlam verilecektir? Hayvanlar haklardan istifade ehliyetine sahip bulunmadıklarından mirasta hak sahibi olamazlar; onlar lehine yapılan vasiyet geçerli değildir. Ancak murisin son isteklerinin gerçekleştirilmesi için, bu teberru, eğer imkanı varsa mirasçılara yüklenen bir mükellefiyet (MK.m.462) olarak yorumlanabilir. Mükellefiyette ön planda gelen unsur gaye olduğuna, bundan mükellefiyet lehdarı lehine bir alacak hakkı da doğmadığına göre, hayvanların mükellefiyet lehdarı sıfatını taşımalarına ve mükellefiyetten yararlanmalarına bir engel yoktur<sup>40</sup>.

Cami, çeşme gibi cansız bir şeye yapılan ölüme bağlı kazandırmalar da bu yolda mirasçılara yüklenmiş bir mükellefiyet olarak yorumlanabilir<sup>41</sup>.

Anlamsız ya da yalnızca başkalarını tedirgin etmek için ölüme bağlı tasarruflara konulan şart ve mükellefiyetlerin yok (yazılmamış) sayılacağını belirten MK.m.462/f.2 c.2 de, doktrinde, favor testamenti ilkesinin bir uygulanma yeri olarak nitelendirilmektedir. Bu hükme göre, sadece başkalarını tedirgin eden veya faydasız ya da anlamsız olan şart ve mükellefiyetler hiç konulmamış sayılır ve bunların bağlı olduğu kazandırma geçerliliğini ko-

<sup>39</sup> SEROZAN, age., sh.159.

<sup>40</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.529; KÖPRÜLÜ, age., sh.228; İMRE/ERMAN, age., sh.102; ŞENER, age., sh.422; İNAN/ERTAŞ, age., sh.222. İsviçre’de, hayvanlar lehine yapılan ölüme bağlı kazandırmaların geçersiz sayılmayıp, mirasçılara hayvana bakma mükellefiyeti yükleyen bir ölüme bağlı kazandırma olarak kabul edilmesi hususunda, açık bir yasal yorum kuralının İsviçre Medeni Kanunu m.482’ye eklenmesine ilişkin yasa teklifi, 1999 yılında meclise sunulmuştur (SEROZAN, age., sh.159).

<sup>41</sup> OĞUZMAN, age., sh.264 (17b) no’lu dn..

rur<sup>42</sup>. Örneğin, miras bırakanın, ölümüne bağlı tasarrufunda bir kişiyi, her gün Galata Kulesine tırmanması veya her gece yarısı piyano çalması ya da yüksek sesle şarkı söylemesi şartıyla mirasçı tayin etmesi durumunda, sözü edilen anlamsız ve rahatsız edici şartlar konulmamış sayılır<sup>43</sup>.

Ayrıca şekli anlamda ölümüne bağlı tasarrufların, yani vasiyetname veya miras sözleşmesinin, birden fazla maddi anlamda ölümüne bağlı tasarrufu içermesi ve bunlardan birinin ya da bir kısmının sakat olması durumunda, -diğer ölümüne bağlı tasarruflarla bunlar arasında sıkı bir bağlılık bulunmamak kaydı ile- yalnız sakat olan tasarruf veya tasarruflar iptal edilir; diğer tasarruflar yönünden vasiyetname (veya miras sözleşmesi) geçerliliğini korur. Bu sonuca uygun bir düzenleme, vasiyetnamelerle ilgili olarak BGB.§ 2085'de hükme bağlanmıştır. Buna göre, birden çok tasarrufu içeren vasiyetnamedeki tasarruflardan birinin sakatlığı halinde, miras bırakanın sakat kısım olmadan ölümüne bağlı tasarrufu yapmayacağı sonucuna varıldığı takdirde, diğer tasarruflar geçersiz olur. Buna karşılık, bir vasiyetnamede, bir veya birkaç tasarruf, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle sakat olduğu takdirde, yalnız bu veya bunlar hükümsüz olup, diğer tasarruflar geçerliliğini korur. Kanaatimizce, Türk hukukunda da, MK.m.5 aracılığıyla, BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması suretiyle böyle bir sonuca varılabilir. Örneğin, (M), el yazısı vasiyetnamesinde bir vakıf kurmuş, pul koleksiyonunu (A)'ya vasiyet etmiş ve terekesinin 1/4'i üzerinde (Ü)'yü öldürmesi şartı ile (B)'yi mirasçı nasbetmişse; yalnızca sözü geçen hukuka aykırı şart nedeniyle sakat olan mirasçı nasbının hükümsüz kılınması yeterlidir. Bütün vasiyetnamenin iptal edilebilmesi için, sakat mirasçı nasbı tasarrufu olmadan, miras bırakanın diğer tasarrufları da yapmayacağını anlaşılması gerekir<sup>44</sup>. Bu yaklaşım da favor testamenti kuralının uygulanmasından başka bir şey değildir.

Doktrindeki bazı yazarlara göre, favor testamenti prensibini yumuşatıcı bir yorum kuralı olmaktan ileri götürmemek gerekir. Şöyle ki: favor testamenti kuralı ancak ölümüne bağlı tasarrufun muhtevâsından doğan hü-

<sup>42</sup> Bkz. KANETİ, age., sh.98; SEROZAN, age., sh.80; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, age., S.495; ESCHER, age., (m.482), sh.222,223, no.36; EREN, İptal Davası, sh.63; ayrıca bkz. OĞUZMAN, age., sh.149 (313a) no'lu dn..

<sup>43</sup> Oysa ki, ölümüne bağlı tasarrufa konulan şart veya mükellefiyet hukuka veya genel ahlaka aykırı ise, sadece hukuka veya ahlaka aykırı şartın ya da mükellefiyetin değil, bunları ihtiva eden ölümüne bağlı tasarrufun da hükümsüzlüğü söz konusu olur. Örneğin, miras bırakan, bir kişiyi öldürmesi, kaçakçılık yapması veya randevu evi işletmesi şartıyla (A)'yı mirasçı tayin etmişse, ölümüne bağlı tasarruf bütünüyle hükümsüzdür.

<sup>44</sup> KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, age., sh.275; OĞUZMAN, age., sh.147; Mustafa DURAL, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980, sh.292,293; KÖPRÜLÜ, age., sh.248; İMRE/ERMAN, age., sh.194,195.

kümsüzlükler için bahis konusu olabilir. Ehliyetsizlik veya şekil noksanı gibi sebeplere dayanan hükümsüzlüğü, ölüme bağlı tasarrufun yorumuyla bertaraf etmek mümkün değildir<sup>45</sup>.

Kanaatimizce, ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin kanun hükümleri de, dar bir zihniyetten uzak kalarak favor testamenti prensibinin ışığı altında yorumlanmalıdır. Şu halde, bahis konusu hükümleri (kanunun amacını zedelemeyen) bir kaç şekilde anlamak imkanı varsa, tasarrufun ayakta kalmasını sağlayan yoruma üstünlük tanınmalıdır. Bu, aynı zamanda miras bırakanın son arzularına gösterilen geleneksel saygının ve kanuni mirasçılık karşısında iradi mirasçılığa öncelik tanıyan çağdaş yaklaşımların bir gereğidir<sup>46</sup>. Miras bırakanın ölüme bağlı son arzularını yaşama geçirmek, bu isteklere geçerlilik kazandırmak uğruna yorum mekanizmasının açıklama, tamamlama, çevirme (tahvil)<sup>47</sup> ve kısmi hükümsüzlüğe indirgeme biçimindeki tüm teknikleri denenmelidir.

Bu bağlamda, ister -15 yaşını doldurmuş olmak şartı ile- küçük olduğu için, ister kısıtlı olduğu için miras sözleşmesi yapmak ehliyetine sahip olmayan bir mümeyyizin yaptığı miras sözleşmesi resmi vasiyetnameye çevrilip geçerlik kazandırılabilir. Belirtmek gerekir ki, bir miras sözleşmesinin vasiyetnameye çevrilmesindeki en etkin rolü, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın iradesi oynayacaktır. Bir başka deyişle, miras bırakan, sakatlığı bilse idi, aynı tasarrufu vasiyetname olarak yapar mıydı sorusunun cevaplandırılması

<sup>45</sup> OĞUZMAN, age., sh.172; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.152; İNAN/ERTAŞ, age., sh.222.

<sup>46</sup> Aynı görüşte KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.323; ESCHER, age., sh.96, no.21; SEROZAN, age., sh.151 vd..

<sup>47</sup> Hukuki işlemin çevrilmesi (tahvili), hükümsüz bir işlemin, muteberlik şartlarını gerçekleştirdiği yakın gaye güden diğer bir işleme çevrilmek suretiyle ayakta tutulabilmesi ve bu nedenle de ona geçerli sonuçlar bağlanabilmesidir. Ancak bunun için, tarafların, nazara aldıkları hukuki işlemin hükümsüzlüğünü bilmiş olsalardı, diğer muteber işlemleri yapacakları kabul edilebilirdir. (Bu konuda bkz., EREN, age., 274; Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çev. Cevat Edege), 2. Baskı, Ankara 1983, sh.224; Turhan ESENER, Hukuki Muamelelerde Tahvil, AÜHFD., C.XVI, Y.1959, Sa.1-4, sh.234 vd.; M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 2. Bası, İstanbul 1998, sh.130; Selâhattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993, sh.110 vd.). Çevirme (tahvil), Alman Medeni Kanununda (BGB.§140'da) açıkça düzenlendiği halde, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları ile Borçlar Kanunlarında benzer bir hüküm yoktur. Bu durum karşısında tahvilin hangi temele dayanacağı tartışma konusudur. İsviçre/Türk doktrininin bir bölümü ve Yargıtay hukuki işlemlerin çevrilmesini yorumun bir çeşidi olarak değerlendirmektedir (bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.112 (21), (22) no'lu dn.). Bu yaklaşımın eleştirisi ve diğer görüşler için bkz. KANETİ, age., sh.77 vd..

gerekir. Cevap olumlu ise çevirme mümkün olacak, aksi halde olmayacaktır ki, bu da bir yorum meselesidir<sup>48</sup>.

Yine aynı şekilde, miras sözleşmesi olarak düzenlenen bir senet, Medeni Kanununun 492. maddesi karşısında miras sözleşmesinin şekil şartlarına uymamakla beraber, resmi bir vasiyetname için 479. maddenin koyduğu şekil şartlarını taşıyorsa, resmi vasiyetnameye tahvil edilerek geçerli sayılabilir<sup>49</sup>. Yargıtay da, resmi şekle uyulmadan düzenlenmiş miras sözleşmelerinin iptaline karar vermeden önce bunların resmi vasiyetname olarak geçerli kabul edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>50</sup>.

Gerek ehliyetsizlik, gerekse şekil noksanı sebebi ile iptali kabil olan bir miras sözleşmesinin resmi vasiyetnameye çevrilip ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulabilmesi için yapılacak incelemede varlığı aranacak şartlar şunlardır:

Resmi vasiyetnamenin şekil/ehliyet şartlarının gerçekleşmiş olması,

Vasiyetname ile de, miras sözleşmesi ile izlenen amacın ve sonucun elde edilmesinin mümkün olması,

Miras bırakanın eğer hükümsüzlüğü bilse idi, geçerli bir vasiyetname yapacağını anlaşılması,

İvazlı bir miras sözleşmesi söz konusu ise murisin yaptığı ölüme bağlı tasarruf ile karşı ivaz arasında bir bağlılığın bulunmaması (Yani murisin kendi lehine olan tasarruflar yapılmamış olsa idi dahi, yine de son arzularını bir vasiyetname ile açıklayacağını ispatı) gerekir<sup>51</sup>.

Örneğin, karşı tarafın yapılmasına katıldığı fakat imzalamadığı bir miras sözleşmesi, MK.m.479'un resmi vasiyetnameler için aradığı şekil şartlarını taşıyor ve özellikle sözleşme metninde karşılıklı olarak yapılmış birbirine bağlı kazandırmalar bulunmuyorsa, vasiyetnameye çevrilerek, murisin son arzuları yaşama geçirilebilir.

---

48 DURAL, age., sh.66,67; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.140; EREN, İptal Davası, sh.135,136. Alman Hukukunda da baskın görüş, bu tür miras sözleşmelerinin, vasiyetnameler için aranan şartları içermesi halinde, BGB.§140'a dayanılarak, vasiyetnameye çevrilebileceğini kabul etmektedir (DURAL, age., sh.66 (39) no'lu dn.'den naklen).

49 DURAL, age., sh.85; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.146; EREN, İptal Davası, sh.136,137.

50 Bkz. DURAL, age., sh.85,86; KANETİ, age., sh.202.

51 DURAL, age., sh.86,87.

İsviçre-Türk Hukuklarında ortak vasiyetname<sup>52</sup> geçerli değildir. Ancak bazı hallerde birlikte yapılmış ve bu sebeple geçersiz olan vasiyetnamelerin tahvil (çevirme) yolu ile geçerliklerinin sağlanması mümkündür. Örneğin, karı koca olan (A) ve (B) birlikte bir vasiyetname yaparak son arzularını açıklamaya karar verirler. (A), vasiyetname metnini, her ikisinin de son arzularını kapsayacak şekilde, -düzenleme yeri ve tarihini de göstermek suretiyle- kaleme alır, kendisi imzaladıktan sonra karısı (B)'de yukarıdaki vasiyetname benim de son arzularımı kapsamaktadır diye yazıp vasiyetnameyi imzalar. Bu durumda (A) ve (B)'nin ortak (müşterek) vasiyetnamesi olarak geçersiz olan bu vasiyetnameyi, (A)'nın el yazısı ile yazıldığı ve yine onun tarafından düzenleme yeri ve tarihi de belirtilerek imzalandığı (böylece vasiyetçilerden biri yönünden bütün şekil şartlarını haiz olduğu) için, tahvil yoluyla, (A)'nın bağımsız vasiyetnamesi olarak geçerli sayıp; belli ölçüde ayakta tutmak imkanı mevcuttur<sup>53</sup>. Diyelim ki, ortak vasiyetnamede karı koca birlikte (Ü)'yü mirasçı nasbetmişlerse, mirasçı nasbına ilişkin tasarruf (A) bakımından geçerli sayılır; onun ölümünden sonra hüküm ifade eder. Buna karşılık, ortak vasiyetnamede yer alan ölüme bağlı tasarruflar arasında bağıllık varsa, yani birinin yapılmaması halinde diğerinin de yapılmayacağı anlaşılıyorsa vasiyetname bütünüyle geçersizdir. Taraflar ortak vasiyetnamede birbirlerini karşılıklı olarak mirasçı veya vasiyet alacaklısı tayin etmişler veya ölüme bağlı tasarruflardan her birinin hüküm doğurması diğerinin geçerliliğine veya ortadan kalkmamasına bağlanmışsa durum böyledir<sup>54</sup>.

Acaba taraflar (örneğin eşler), ortak vasiyetnameyi resmi vasiyetname şeklinde yapmışlarsa, bunu aynı şekil şartlarına sahip miras sözleşmesine tahvil ederek geçerli saymak mümkün müdür?

İnan/Ertas'a göre, vasiyetnamenin tek taraflı rücu edilebilirlik (MK.m.487) niteliği gereğince, tarafların miras sözleşmesi yapma iradesi yoksa buna cevaz vermemek gerekir<sup>55</sup>.

Kanaatimizce, resmi şekilde yapılmış ortak vasiyetnameleri dahi, eğer şekil şartları gerçekleşmiş ise, tahvil yolu ile, miras sözleşmesi olarak geçerli saymak imkanı vardır<sup>56</sup>. Zira, favor testamenti ilkesi uyarınca, ancak ölüme

52 "Birden fazla miras bırakanın, ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere, mamcukleri üzerinde tek taraflı olarak tasarrufta bulunmak gayesiyle, birlikte son arzularını açıklamalarına, ortak vasiyetname denir" (Mustafa DURAL, İsviçre Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler, MHAD., Y.3, Sa.4, İstanbul 1969, sh.165).

53 DURAL, agm., sh.171; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.131,132.

54 İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararı için bkz. KANETİ, age., sh.199.

55 İNAN/ERTAŞ, age., sh.223.

56 Aynı görüş için bkz. DURAL, agm., sh.171,172.

bağlı tasarrufu ayakta tutabilecek bütün olanaklara başvurulduktan ve bunlar tüketildikten sonra, onun geçersizliğine hükmolunacaktır<sup>57</sup>. Bu konudaki Yargıtay kararları da aynı yöndedir<sup>58</sup>.

Bilindiği gibi el yazısı vasiyetnamelerin baştan sona kadar vasiyetçinin el yazısı ile yazılıp, imza edilmesi, ayrıca düzenleme yeri ve tarihinin (gün, ay, ve yıl olarak) el yazısı ile belirtilmesi gerekir. Söz konusu şekil şartlarındaki eksiklik vasiyetnamenin iptal edilmesine neden olabilir. Ancak, el yazısı vasiyetnamede düzenleme yeri veya tarihinin hiç gösterilmediği veya yetersiz olduğu yahut hataen yanlış gösterildiği<sup>59</sup> durumlarda, vasiyetname içi olgulardan yararlanarak eksiklik giderilebiliyor veya gerçek tarih (ya da yer) tesbit edilebiliyorsa vasiyetname geçerli sayılmalıdır. Örneğin, (M)'nin düzenleme yeri ve tarihi bulunmayan vasiyetnamesi şu satırlarla başlamaktadır: **“Bugün Fransızların milli bayramı; bizim ramazan bayramımızla aynı güne tesadüf ediyor. Ben ise Paris’teki otel odasında karşımdaki Eyfel Kulesi’ne hitap ederek onu işbu vasiyetnameme tanık tutuyor ve soruyorum: - Ey ünlü kule! Benden mutsuz bir insan gördün mü?”**<sup>60</sup>. İşte bu gereksiz edebiyat; vasiyetnamenin sıhhatini kurtarmaya yeterli olur. Şöyle ki: vasiyetnamede yer alan bu tutamak noktalarından hareket ederek, söz konusu iki bayramın birleştiği günde ve bu birleşme yılında vasiyetnamenin Paris’de, Eyfel yakınlarındaki bir otel odasında yazıldığını tespit edip, vasiyetnameyi iptal edilmekten kurtarabiliriz. Düzenleme tarihinin hataen yanlış gösterildiği bir örnekte ise: (M), vasiyetnamesinin altına 16 Ekim 1970 tarihini atmıştır. Ancak bu tarihin yanlışlığı kendisinin geçirdiği ağır

57 KANETİ, age., sh.98; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.176.

58 “Miras sözleşmesi ve sair kurumlar çerçevesinde yorumlanmak mümkün oldukça murisin son arzularını ayakta tutmak gerekir. Senedin vasiyetname şeklinde adlandırılması önem taşımaz. Böyle olunca, resmi şekilde yapılmış olan ortak tasarrufta (vasiyetnamede) tarafların açıkladıkları işlemler birbirine bağımlı ise olayın miras mukavelesi olarak nitelendirilmesi, taraflardan biri diğerine bazı mükellefiyetler yüklemiş veya bazı ikame şartları konmuşsa her iki irade açıklamasının geçerli kabulü son arzulara uygun düşen bir yorum tarzı olur. Ortak işlemin miras mukavelesi niteliğinde kabulü halinde ancak anlaşma (MK.493/1), tek taraflı fesih haklarının saklı tutulması, mirastan iskat sebeplerinin ortaya çıkması (MK.493/1), karşı edimin yerine getirilmemesi (MK.494), ehliyetsizlik veya irade sakatlığı (MK.451-499), şekil eksikliği (MK.500) sebeplerine bağlı olarak -ve kural olarak da akit tarafça- feshedilebileceği gözden irak tutulmamalıdır” Yarg. 2. HD.’nin 2.3.1990 T., E.9067/K.2434 sayılı kararı (YKD., C.16, Sa.9, Eylül 1990, sh.1296 vd.).

59 Vasiyetnamedeki tarihin yanlışlığı her türlü delille (bu arada vasiyetname dışında yer alan olgu ve vasıtalar yardımı ile) ispat edilebilir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.203).

60 HATEMİ, age., sh.71’den naklen.

bir trafik kazası sonucu kolları ve bacakları kırık bir halde 1970 yılının sonbaharında, üç ay boyunca, hastanede yoğun bakımda yattığı ispat edilerek ortaya konabilir. Öyle varsayalım ki, vasiyetnamenin metninde şöyle bir cümle yer almaktadır: “**Dün Miras Hukuku tek ders sınavını başarı ile verdim ve mezun oldum. Bu sınava hazırlanırken bana çok yardım eden ev arkadaşım (B)’ye aşağıda yazılı mallarımı vasiyet ediyorum .....**”. Bu misalde (M)’nin miras hukuku tek ders sınavını hangi tarihte başardığı tesbit edilebilir. Söz konusu tarihin 15 Ekim 1971 olduğu anlaşılırsa, (M)’nin 1970 tarihini yanlışlıkla koyduğu meydana çıkar. Bu durumda, bizzat vasiyetname metninde yer alan olgulara dayanılarak, hataen atılan yanlış tarih düzeltilebildiğinden vasiyetname muteber kabul edilecektir<sup>61</sup>.

Bu konuda şunu da belirtmeliyiz ki, vasiyetnamedeki tarih vasiyetçinin vasiyetnameyi düzenlediği anda ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetine sahip olup olmadığı ve birden fazla vasiyetnamenin söz konusu olduğu hallerde bunlardan hangisinin sonra yapıldığı noktalarının anlaşılmasına hizmet eder. O itibarla, ölümüne kadar her zaman vasiyetname yapma ehliyetine sahip olan bir vasiyetçi, tek bir tarihsiz vasiyetname bırakmışsa, m.485 hükmünün **amaca göre yorumlanması** sonucu bu vasiyetnamenin muteber tutulması gerektiği iddia edilebilir ve böyle bir yaklaşım favor testamenti ilkesi ile desteklenebilir. Nitekim İsviçre’de 1 Ocak 1996’dan itibaren yürürlüğe giren ZGB. Art. 520a gereğince, “vasiyetname içi olgulardan anlaşılamayan tarihin eksikliği, birden fazla vasiyetname ve ehliyetsizlik iddiası yoksa, başlı başına bir iptal sebebi sayılamaz”<sup>62</sup>.

Son olarak, favor testamenti ilkesinin Devletler Özel Hukukuna yansıyan uzantıları da vardır. Şöyle ki: MÖHUK.m.22/f.4’e göre, ölüme bağlı tasarrufun şekli, yapıldığı yer hukukuna veya ölüme bağlı tasarrufun esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabileceği gibi, ölenin milli hukukuna uygun şekilde de yapılabilir. Bu üç alternatifli şekil kuralından amaç, ölenin son arzularının sonucu olan işlemin mümkün olduğunca geçerliğini sağlamaktır. Bunlardan birine göre geçerli olan tasarruf şekil açısından geçerli sayılacaktır. Ayrıca, şekil eksikliği nedeniyle ölüme bağlı tasarrufların geçersiz hale gelmesini önlemek için milletlerarası düzenlemeler de yapılmıştır<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Bu sonuca, MK.m.451/f.2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle de varılabilir (İMRE/ERMAN, age., sh.66).

<sup>62</sup> HATEMİ, age., sh.71,72; SEROZAN, age., sh.107. Benzer düzenleme için bkz. BGB.§ 2247/II,V.

<sup>63</sup> Bkz. “Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki 5.10.1961 tarihli La Haye Sözleşmesi” (RG. 17 Ocak 1983 - 17931).

#### 4-) Kanuni İntikal Esaslarına Bağlılık Kuralı

Ölüme bağlı tasarruflar yorumlanırken, tereddüt hasıl olursa, miras bırakan aksini arzu ettiğini beyan etmiş olmadıkça, kanuni miras intikali esaslarına bağlı kalmak istediği karine olarak kabul edilir<sup>64</sup>. Bu yorum kuralı, hem vasiyetnameler hem de miras sözleşmeleri bakımından geçerlidir.

Örneğin, miras bırakan (M), vasiyetnamesinde oğlu (A)'yı mirastan ıskat etmiş ve buna ait hisseyi eşi (E) ve kızı (B)'ye bıraktığını beyan etmiştir. Bu durumda, (A)'ya ait hisse (E) ve (B)'ye yarı yarıya mı tahsis edilmiş olacaktır, yoksa kanuni miras hisseleri oranında mı intikal edecektir? Murisin üzerinde tasarruf ettiği hisseyi (E) ve (B)'ye eşit şekilde tahsis ettiği kabul edilirse, murisin eşi (E), 14/32 kızı (B) ise, 18/32 oranında mirastan pay alacaklardır. Ancak murisin tasarruf ettiği hisse hakkında kanuni intikal hükümlerinin uygulanmasını istediği kabul edilirse, varılacak sonuç değişecek (E) 11/32, (B) 21/32 oranında miras payı alacaktır<sup>65</sup>. İşte (M) aksini açıklamadıkça, kanuni intikal hükümlerinin esas alınacağı kabul edilmekte ve miras payları bu oranlara göre belirlenmektedir.

Aynı şekilde muris vasiyetnamesinde **“karım ile çocuklarımı mirasçı tayin ediyorum”** demişse, aksi tasarruf metninden anlaşılmadıkça, bu kişiler kanuni miras hakları oranında mirasçı nasbedilmiş sayılırlar.

Diğer bir örnek verelim: murisin **“çocuklarımı mirasçı nasbediyorum”** veya **“mallarımı çocuklarıma vasiyet ediyorum”** şeklinde bir ölüme bağlı tasarruf yapmış olması halinde, vasiyetnamenin düzenlenmesinden önce ölen bir çocuğun çocukları (yani murisin torunları) da bu kazandırmadan faydalanabilirler mi? Alman hukukunda, böyle bir halde, torunların ölmüş babaları lehine yapılan bağışı alabilecekleri kabul edilmektedir. Çocuğun vasiyetnamenin düzenlenmesinden sonra, fakat vasiyetçiden önce ölmesi halinde, aynı hüküm öncelikle uygulanacaktır (Bkz. BGB. §2068-2069)<sup>66</sup>. Türk Medeni Kanununda bu yönde açık bir hüküm olmamakla birlikte, tereddüt halinde, yorumun kanuni miras intikali esaslarına bağlı kalınarak yapılması kuralından hareket edilerek aynı sonuca varılabilir. Fakat burada da tasarrufun yapıldığı esnadaki hal ve şartlara bakılmalı; muris ile torunları arasındaki iliş-

<sup>64</sup> OĞUZMAN, age., sh.173; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.325; İNAN/ERTAŞ, age., sh.223; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S.495; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.151,152; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.176,177; bkz. Yarg. 2. HD.'nin 26.11.1996 tarih E.12492/K.12380 sayılı kararı (İKİD., 1997, sh.12635).

<sup>65</sup> Benzer örnekler için bkz. İNAN/ERTAŞ, age., sh.223,224; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.325.

<sup>66</sup> İMRE/ERMAN, age., sh.103,104.



kilerin gergin ve hatta kopuk olduğunun ispatı halinde karine hükümden düşmelidir<sup>67</sup>.

Medeni Kanunumuz, tereddüt halinde kanuni intikal hükümlerinin uygulanacağına dair genel bir hüküm ihtiva etmemekle beraber, bazı maddelerinde, ezcümle MK.m.587/f.3, 502/f.2 ve 525 de özel olarak bu tarz yoruma yer vermiş bulunmaktadır:

MK.m.587/f.3'e göre; vasiyetnamede veya miras sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe, terekeden bir malın mirasçılardan birine tahsisi, vasiyet olarak yorumlanmayıp, taksim (paylaştırma) kuralı sayılır. Aynı yaklaşım MK.m.502/f.2'de, mirasçılar lehine yapılan sağlar arası teberruların, miras bırakanın tasarrufundan aksi anlaşılmadıkça, birer taksim kuralı olarak anlaşılması gerektiği biçiminde ifade edilmektedir.

Böylece kuşku halinde, vasiyet kayırması yerine taksim eşitliği varsayılır. Aradaki değer farkı, vasiyetten farklı olarak<sup>68</sup>, "denklik parası" ile kapatılır<sup>69</sup>. Örneğin, miras bırakan vasiyetnamesinde terekesindeki gayrı menkulü oğlu (A)'ya, bankadaki nakit parasını oğlu (B)'ye ve diğer menkul mallarını kızı (C)'ye bıraktığını bildirmiştir. Bu durumda ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ortada bir vasiyet değeril, paylaşırma kuralı var sayılacak; söz konusu malların değerlerinin aynı olmaması dolayısıyla meydana çıkabilecek eşitsizlik de, hissesinden fazla alanın az alana aradaki farkı ödemesi ile bertaraf edilecektir. Örneğe göre, mirasın açıldığı gün gayrı menkulün değerı 16 milyar TL, bankadaki nakit para 12 milyar TL ve menkullerin değerı 8 milyar TL ise durum şöyle olacaktır: Tereke  $16+12+8=36$  milyar TL; her bir çocuğun kanuni miras hissesi  $36/3=12$  milyar TL. dir. Şu halde (A), kız kardeşi (C)'ye 4 milyar TL. denklik parası ödeyecektir<sup>70</sup>. Oysa ki, miras bırakan bu son arzularının birer taksim kaidesi olmadığını vasiyetnamede açıkça belirtse idi (ya da miras paylarına nisbeten ilgililer lehine yapılan kazandırmalar arasında aşık bir kıymet farkı bulunsa idi) bir ön vasiyetin kabulü gerekecekti. Bu durumda, her bir çocuğun kanuni miras hissesi 12 milyar, mahfuz hisseleri de 9'ar milyar TL. olduğundan, murisin menkul mallarını bıraktığı kızı (C)'nin mahfuz hissesine  $9-8=1$  milyar

<sup>67</sup> ESCHER, age., sh.95, no.19.

<sup>68</sup> Kanuni mirasçı, kendisi lehine yapılan kazandırmannın, bir taksim kaidesi değeril de ön vasiyet olduğunu ispatlayabilir. Ancak vasiyet, mahfuz hisselerine tecavüz ediyorsa tenkise uğrar.

<sup>69</sup> İNAN/ERTAŞ, age., sh.225; SEROZAN, age., sh.158.

<sup>70</sup> Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.415; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.280.

TL.'lık tecavüz söz konusu olacak ve o, sadece 1 milyar TL.'lık bir tenkis talebinde bulunabilecekti.

MK.m.525'de yer alan, "miras açıldığı zaman henüz mevcut olmayan bir kimseyi terekenin tamamı veya bir kısmı veya terekeye dahil muayyen bir mal için namzet tayin etmek caizdir. Bu takdirde nakil ile mükellef -mirasçı veya lehine vasiyet yapılan- kimse müteveffa tarafından tayin edilmemiş ise, bu sıfat, kanuni mirasçıya aittir" hükmü de, miras bırakanın kanundaki miras kaidelerine (kanuni intikal esaslarına) bağlı kalmak istediği yolundaki kari-nenin özel bir görünümüdür<sup>71</sup>.

### 5-)Mirasçı Nasbı ve Muayyen Mal Vasiyetinin Teşhisine İlişkin Yorum Kuralı

Bazen ölüme bağlı tasarrufun mirasçı nasbı mı yoksa muayyen mal vasiyeti mi olduğu hususunda tereddüt hasıl olabilir. MK.m.463/c.2, bu yorum problemini halletmeye yönelik bir düzenleme içermektedir. Buna göre, "... Terekenin tamamını veya şayi bir cüz'ünü almak üzere bir şahsı tayin eden her tasarruf mirasçı nasbı hükmündedir". Şu halde, miras bırakanın yapacağı bir vasiyetname veya miras sözleşmesi ile, terekesinin tamamını veya belli bir oranını (1/2, 2/3, 1/5 gibi) bir şahsa bırakması halinde mirasçı nasbı söz konusu olur.

Ölüme bağlı tasarrufta mirasçı nasbı söz konusu olup olmadığını ortaya koyacak unsur, tasarrufta kullanılan deyimler değil, yorumla varılacak sonuçtur<sup>72</sup>. Bu bağlamda, miras bırakan terekesinin 1/3'ünü (A)'ya vasiyet ettiğini bildirirse dahi bu tasarruf vasiyet değil mirasçı nasbı sayılmak gerekir. Bunun gibi, vasiyetçi terekesine (tam veya aşağı yukarı) eşit olan bir malı vasiyet ettiğini söylemiş olsa, yine gerçekte bir mirasçı nasbının bulunduğu sonucuna varılabilir. Örneğin, büyük çiftliğinden başka hiç bir kayda değer malı olmayan bir çiftçi, sözü geçen çiftliği (A)'ya vasiyet ederse durum böyledir. Bu halde, onun çiftlik derken terekesinin tamamını düşündüğü söylenebilecektir.

Vasiyetçi, sadece belirli bir malını başkasına bırakmak istemiş fakat ölüme bağlı tasarruf metninde mirasçı nasbı terimine yer vermişse; bu, yapılan tasarrufun vasiyet olarak yorumlanmasına engel olmayacaktır. Örneğin, miras bırakan bir vasiyetname yapmış ve evindeki antika halı için (A)'yı mirasçı nasbettiğini bildirmiştir. Burada, kural olarak, halının (A)'ya vasiyet

<sup>71</sup> GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.177.

<sup>72</sup> OĞUZMAN, age., sh.138; İNAN/ERTAŞ, age., sh.224; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.325,326; KÖPRÜLÜ, age., sh.174,175; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.178; DURAL/ÖZ, age., sh.239; AYİTER/KILIÇOĞLU, age., sh.101.

olunduğu kabul edilecektir. Aynı şekilde, çiftliği, fabrikası ve çeşitli başka malları bulunan murisin, yaptığı vasiyetnamede çiftliğinin 1/2 hissesi için (A)'yı mirasçı tayin ettiğini beyan etmesi, tasarrufun mirasçı nasbı sayılmasını gerektirmez. Zira muris, terekasının şayi cüz'ünü değil, terekede yer alan bir gayrimenkulün 1/2 hissesini (A)'ya bırakmaktadır.

#### 6-) Ölüme Bağlı Tasarrufun Yapıldığı Andaki Maddi ve Hukuki Durumlara Göre Yorumlanması Kuralı

Ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anla, hükümlerini meydana getirdiği an arasında az veya çok bir sürenin geçmiş olması sebebiyle maddi ve hukuki durumlarda, örneğin; para değerinin düşmesi, doğum, evlenme, evlat edinme ve benzeri bazı değişikliklerin olması kuvvetle muhtemeldir. Buna rağmen, vasiyetnameier, maddi ve hukuki durumlarda sonradan meydana gelen değişiklikler nazarı itibara alınmadan, yapıldığı andaki ilişkilere, daha doğru bir ifadeyle, o zamanki maddi ve hukuki durumlara göre yorumlanarak değerlendirilir<sup>73</sup>. Zira, vasiyetçi çoğunlukla bu durumlardan haberdar olduğundan her zaman ölüme bağlı tasarrufu değiştirmek veya ondan rücu etmek imkanlarına sahiptir<sup>74</sup>.

Miras sözleşmelerinde, vasiyetnamelerin aksine, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andaki maddi ve hukuki durumlara göre yorumlanması kuralı, güven prensibi bakımından mutlak olarak bir uygulama bulamayacaktır. Bundan dolayı miras sözleşmesinin yapıldığı andan sonra maddi ve hukuki durumlarda meydana gelen bir değişiklik, miras sözleşmesinin taraflarının bu hukuki işlem ile elde etmek istedikleri müşterek amaçlara uygun ise, nazarı itibara alınacak, aksi halde değişikliğe itibar edilmeyecektir. Böyle bir çözüm şeklinin kabulü, miras sözleşmelerinde, vasiyetnamenin aksine, tek

<sup>73</sup> Mesela, aradan geçen zaman içinde vasiyet edilen paranın değeri çok düşmüş olsa bile, para değerindeki değişikliğe göre vasiyet miktarı değiştirilemeyecektir.

<sup>74</sup> İNAN/ERTAŞ, age., sh.224; GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.177. Bazı yazarlara göre, miras bırakanın vasiyetnamesini düzenlerken göz önünde bulundurduğu durumlar, vasiyetname açıldığı zaman olağanüstü değişikliklere uğramış ve bu sebeple de, miras bırakanın vasiyetnameyi yaparken izlediği amacın gerçekleşmesi imkansız hale gelmişse, ölüme bağlı tasarrufun yorum yoluyla değişen durumlara uyarlanması mümkündür (SEROZAN, age., sh.148,149; DURAL/ÖZ, age., sh.234). Kanaatimizce bu yaklaşım ancak, vasiyetçinin söz konusu değişikliklerden ölümüne kadar haberdar olmadığı ve vasiyetnamede ölüme bağlı tasarrufun değişen durumlara nasıl uydurulabileceğine (yani miras bırakanın farazi iradesinin ne yönde olabileceğine) ilişkin bir tutamak noktası bulunduğu hallerde benimsenebilir.

tarafı bir irade beyanı ile her zaman cayma imkanının bulunmamasından kaynaklanmaktadır<sup>75</sup>.

#### IV. Medeni Kanunun Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Özel Yorum Kuralları

Ölüme bağlı tasarrufların yorumuna egemen olan ilkeler izah edilirken bu ilkelerin Medeni Kanundaki birer yansması niteliğini taşıyan bazı özel yorum kurallarına (MK.m.451/f.2; 519/c.2; 462/f.2; 463/c.2; 502/f.2; 587/f.3, 525) zaten değinmiştik. Şimdi ise, yasanın öngördüğü diğer özel yorum kurallarına kısaca temas edeceğiz:

Muayyen mal vasiyetinin ifası mükellefiyeti kendisine yüklenen kimse, o mal terekeden çıkmadığı takdirde, ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılma-dıkça bu mükellefiyetten kurtulur, yoksa onu tedarik ederek vasiyet alacaklı-sına vermesi gerekmez (MK.m.464/son). Örneğin (M), vasiyetnamesinde: "Tablolarımı (A)'ya bırakıyorum, ancak; Hoca Ali Rıza'nın büyük ve Boğaz manzaralı tablosunu (B)'ye verecektir" demiş, ancak bu tablolar arasında böyle bir tabloya rastlanmamıştır. Şu halde, ölüme bağlı tasarrufta aksi be-lirtilmedikçe (A)'nın söz konusu tabloyu tedarik ederek (B)'ye verme mü-kellefiyeti yoktur<sup>76</sup>.

Vasiyeti ifa ile mükellef mirasçı veya vasiyet alacaklısı, miras bırakan-dan önce öldüğü, mirastan mahrum olduğu veya mirası red ettiği için mirasta hak sahibi olamazsa, vasiyet borcu ortadan kalkmaz (MK.m.466/f.2). Bu durumda onun aradan çekilmesinden yararlanan, onun yerine geçen kişiler vasiyeti ifa etmekle mükellef olurlar<sup>77</sup>. Kanunun buyurucu ifade tarzına

<sup>75</sup> GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.183; İNAN/ERTAŞ, age., sh.227. Özellikle, miras bırakanın hayatta aldığı bir edim karşılığında yaptığı bir para vasiyetine, ölüm anında pa-ranın satın alma gücünün çok düşmüş olması halinde emprevizyon nazariyesi uygulan-a-caktır. Oysa vasiyetnamede, emprevizyon nazariyesine kaide olarak yer yoktur. Vasiyet-namede, miras bırakanın yeni duruma uymak konusunda tek tarafı olarak elinde bulunan imkanları kullanmamış olması değişen durumlara yorum yolu ile uyulmasını güçleştir-mektedir. İki tarafı bir muamele olan miras sözleşmesinde ise, tek tarafı irade ile yeni duruma uydurma imkanı olmadığından, değişen durumlara uyarılmanın yorum yolu ile sağlanması daha kolay kabul edilmelidir (GÖNENSAY/BİRSEN, age., sh.183).

<sup>76</sup> Bkz. HATEMİ, age., sh.98.

<sup>77</sup> Roma hukukunun eski anlayışına göre, vasiyet borcu, onu ifa ile mükellef olanın şahsına bağlı idi. Vasiyet ile mükellef olanın ortadan çekilmesiyle, onun ifa ile mükellef bulun-duğu vasiyet borcu da ortadan kalkardı. Fakat sonraları, Roma hukukunda da, murisin fa-razi iradesine dayanılarak, ortadan çekilen vasiyet mükellefinin bu borcu, kazandırmanın hükümsüzlüğünden istifade eden, mirasçıların borcu oldu. Pandekt hukuku ise, eski Roma hukukunu tamamiyle terk ederek, ilk mükellefin ortadan çekilmesine rağmen, ona tahmil edilmiş olan tasarrufun müstakilen devam etmekte olduğu prensibini kabul etti

rağmen bu hüküm de bir yedek hukuk kuralıdır. Eğer murisin iradesi o yönde ise, vasiyet borçlusunun ortadan çekilmesi, ona bağlı olan kazandırmaların da hükümsüzlüğü sonucunu doğurabilir. Bu hükmün, ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutmaya yönelik yorumlayıcı bir yedek hukuk kaidesi olduğu BGB. §2161'in ifadesinden de anlaşılmaktadır: Buna göre, “muris hilafını arzu etmiş olmadıkça, vasiyeti ifa ile mükellef olan kimse mirasçı veya musaleh olamasa bile vasiyet muteberdir”.

Mirastan feragat, belirli bazı kişi veya kişiler lehine yapılmışsa, bunların miras bırakandan önce ölüm, mahrumiyet, red gibi sebeplerle mirasçı sıfatını kazanamamaları halinde feragat hükümsüz sayılır ve feragat eden miras bırakana mirasçı olur (MK.m.476/c1). Burada kanun, ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, belirli kişiler lehine yapılan feragatin bozucu bir şarta bağlı olarak yapıldığını karine olarak kabul etmektedir. Aynı şekilde mirastan feragat belli bir kişi lehine yapılmamışsa, en yakın ortak kökün alt soyu lehine yapılmış sayılır ve bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması halinde, feragat yine hükümden düşer (MK.m.476/c.2).

Vasiyetçinin önceki vasiyetnameden rücu ettiğini bildirmeden ikinci bir vasiyetname yapmış olması halinde, yeni vasiyetnamenin şüphe götürmez (tereddüde yer vermez) şekilde öncekini tamamladığı anlaşılmadıkça, ikinci vasiyetname öncekinin yerini alır (MK.m.491/c.1). Böylece, sonraki vasiyetname ile önceki vasiyetnameden rücu edildiği farz edilmiş olmaktadır.

Şekle ait noksan vasiyetnamenin tanzimine iştirak edenlere (notere ve şahitlere) veya bunların aileleri efradından birine (usul, furu, kardeşler ve eş) teberru yapılmaktan ibaret ise, vasiyetnamenin tümü değil, yalnız o teberru iptal olunur (MK.m.500/f.2).

Vasiyet alacaklısı vasiyetçiden önce (beklenmedik biçimde erkenden) ölecek olursa ve tasarrufta herhangi bir ikame öngörülmüş değilse, vasiyet edilen değer terekeye (aslında vasiyet borçlusuna) kalır (MK.m.523/c.2).

Son olarak şunu belirtelim ki, yukarıdaki yasal yorum kurallarının her biri, miras bırakanın aksini belirtmediği durumlarda, belirli bir hukuksal sonucun istendiğini varsayarlar. Her ne kadar bu kuralların bir bölümü geleneksel yorum kuralı söylemiyle kaleme alınmış olmayıp, düpedüz birer “emredici kural” görünümündeyse de, bu kuralların miras bırakanın açık ya da kapalı irade beyanıyla, hatta çağdaş anlayışa göre, yorum kuralının çözümü somut olayda amaca uygun düşmüyorsa, onun “farazi irade beyanı” ile bile

devre dışı bırakılabilecek birer “yedek hukuk kuralı” oluşturduklarını kabul etmek daha doğru olur<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> SEROZAN, age., sh.156.

# ANONİM ORTAKLIKTA İHRAÇ PRİMLERİ (AGİO)

*Yrd.Doç.Dr. Şükrü Yıldız\**

## I. GENEL OLARAK

Anonim şirketlerin hisse senetlerini itibari değerinin üstünde bir bedelle (başa baştan yukarı) ihraç etmeleri durumunda, elde edilen tutarın itibari değere karşılık gelen kısmı şirketin esas sermayesini oluşturur. Bunu aşan tutara ise agio veya ihraç (emisyon) primi, böyle paylara da agiolu paylar veya primli paylar adı verilir.<sup>1</sup>

Aslında ihraç primi sadece pay ihracında değil, diğer menkul kıymetlerin başa baştan yukarı çıkarılması halinde de söz konusu olur.

İhraç primlerinin sebebi ve iktisadi dayanağı, pay ihraç eden anonim şirketin iktisadi durumunun sağlamlığı ve gelecekteki kazanç olanağının yüksekliğidir.

Agiolu pay alan yatırımcılar, bu niteliklere sahip bir şirket içinde sermayelerinin güven içinde olacağını ve kendilerine yüksek kazanç getireceğini göz önünde bulundurarak böyle bir prim ödemeye razı olurlar.

İhraç primleri de, aynen hisse senetlerinin itibari değerleri gibi, ortaklık hakkının kazanılması için yapılmış olan mecburi ödemelerdir.<sup>2</sup> Bu sebeple pay sahipleri yönünden, nominal sermayeye tekabül eden itibari değer tutarı ile birlikte, hisse senetlerinin maliyet bedelini vücuda getirirler.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, anonim şirket bakımından ortaklık hukukuna dayanan bir servet artışı teşkil eden ihraç primleri, hisse senedi itibari değer tutarı, gibi sermaye hesabına kaydedilmeyerek, yedek akçe hesabına kaydedilir.

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

1 TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), 7. Bası, sh. 414. N. 778; TEKİNALP (Bilanço), 329; KESAN, Emisyon Primleri, İkt.-Maliye C. XVII, (1971) sh. 447.; TEKİL, C.2, 186, dpn.10, 666. İsviçre hukukunda ihraç primlerine (überpari-Emission) adı da verilmektedir. ; BÜRGI (SAG 22), 33; STEIGER (ÇEV:ÇAĞA), 26; BÖCKLI, 40 N.47a

2 KESAN, sh. 448.; TEKİL, C.2, 668; TEOMAN (Arslanlı Armağanı), 602.

Agio dan (ihraç primi) söz edebilmek için payın anonim şirket tarafından kuruluşta ya da sermaye artırımında çıkarılırken öngörülmesi gerekir. Bunun dışında bir pay sahibinin sonradan payını itibari değer in üstünde bir bedelle satması halinde “agio” (ihraç primi) söz konusu olmaz.<sup>3</sup>

Anonim şirketler, özellikle sermaye artırımında agio’lu paylar çıkararak, dağıtılmayan kârlar ile diğer yedek akçeleri ve good-will’i belli bir oranda paraya dönüştürür. Böylelikle, eski pay sahipleri ile yenileri arasındaki dengeyi sağlar.<sup>4</sup>

Bu yönü ile agio bir kazanç niteliğinde değildir.<sup>5</sup> Anonim şirketin agiolu pay ihracı etmesi zorunlu olmayıp, tamamen ihtiyaridir.

## II. OLUŞTURULMASI

### A. Esas Sermaye Sisteminde

TTK hükümlerine göre her payın ve hisse senedinin bir itibari değeri bulunacaktır. İtibari değerden<sup>6</sup> yoksun pay Türk hukukunda kabul edilmemiştir<sup>7</sup>. Diğer yandan sermaye artırımı kararında yeni payların ihraç fiyatları belirtilir<sup>8</sup>. Çünkü yeni payların hem hak sahiplerine hem de halka sunulmasında ihraç fiyatlarının ilan edilmesi gereklidir(TK.m. 393 f. 2, b. 9; m. 394). Bu fiyatın itibari değer veya itibari değerden yüksek bir tutarda belirlenmesi mümkündür. Buna karşılık hiç bir şekilde itibari değer in altında bir fiyatla yeni pay ihraç edilemez. (TK.m. 286).Zira sermayenin muayyenliği ve korunması ilkelerine bağlı olarak itibari değer in altında da hisse senedi çıkarılamaz. (TK m. 286 , 399) Buna karşılık, pay ve hisse senetleri, itibari değerlerinin üstünde bir bedelle taahhüt edilebilir veya satılabilir.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), 414; N. 778 ; İMREGÜN, 282, dpn.19; AYTAÇ, (Hisse Senetleri), 186; ÖZKORKUT, 67, dpn. 103.

<sup>4</sup> TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), 414, N. 778; TEKİL, AŞ. C.2, 666

<sup>5</sup> TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), 414, N:778, KESAN, 448; AYTAÇ (Hisseli Senetleri), 186; AYTAÇ, Kayıtlı Sermaye, 277; ÖZKORKUT, 68.

<sup>6</sup> TK itibariyle değere çeşitli görevler yüklemiştir. İtibari değer sermayeye katılma borcunun miktarını hakların kapsamalarını ve içeriklerini nihayet agio hesabının belirtilmesini sağlar. Bu konudaki geniş açıklamalar için bakınız. TEOMAN Ö, Anonim Ortaklık Hukukunda Payın (Birim-Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi, ikt. Mal., 1973, C. XLX, S. 12, s. 498 vd.

<sup>7</sup> İsviçre hukukunda da aynı kural geçerlidir. BÖCKLI, 39 N.47

<sup>8</sup> LUTTER, Kölner, Komm. § 186 Anm.37.

<sup>9</sup> AYTAÇ (Hisse Senetleri), 189; KESAN, 449.



Anonim şirketler agiolu payı kuruluşta seyrek, sermaye artırımında ise sıklıkla çıkarılır<sup>10</sup>. Primli hisse senedi ihracı için TK bazı şartlar aramıştır. TTK m. 286/2 göre “Senetlerin, itibari kıymetlerinden yüksek bir bedelle çıkarılmaları esas mukavelede bu hususta bir hüküm bulunmasına veya bunun umumi heyet tarafından karar altına alınmasına bağlıdır”. Buna göre TK sisteminde agiolu pay çıkarabilmek için ya esas sözleşmede hüküm bulunacak veya genel kurul tarafından karar alınacaktır.

Primli pay ihracı yetkisinin, esas sözleşme ile ya da genel kurul kararı ile yönetim kuruluna devredilebilip devredilemeyeceği konusunda TK. m. 286 da açıklık yoktur. Oysa maddenin kaynağı olan 1936 tarihli İsv. BK'nun 624. maddesinin 2. fıkrası<sup>11</sup> “Hisse senetlerinin itibari kıymetinden yüksek bir bedelle ihracı, bu hususta esas mukavelede bir hüküm mevcut olduğu veya umumi heyet yahut onun salahi yetli kıldığı diğer bir uzuv karar verdiği takdirde caizdir” şeklinde açık bir düzenleme getirmişti. İsviçre doktrini de yeni payların alım fiyatının tespiti yetkisinin açık olarak yönetim kuruluna bırakılmasını mümkün görmektedir<sup>12</sup>.

Buna göre hukukumuzda esas sermaye sistemini benimsemiş ortaklıkların esas sözleşmelerine koyacakları hükümle ya da genel kurulun artırım kararında açıkça belirtilmiş olması şartı ile itibari değer üzerinde fiyat tespit yetkisinin yönetim kuruluna bırakılabileceğinin kabul edilmesi gerekir düşüncesindeyiz. Bu değer tespiti esas sözleşmede ya da artırım kararında belirtilmişse zaten sorun çıkmayacaktır. Ancak genel kurul piyasa şartlarını en iyi şekilde yönetim kurulunun bileceğini düşünerek bu fiyatı tespit yetkisini yeni pay alma hakkının kullanılmasından önce (TK.m. 394) ya da sonra (TK.m. 393/2 b.9) yönetim kuruluna bırakmışsa bu yetki devri geçerli sayılmalıdır<sup>13</sup> Çünkü burada hem artırma hem de payların itibari değerini belirlemeye yetkili organ olarak yine genel kurul kaldığı için, yeni pay ihraç yetkisinin yönetim kuruluna geçtiği söylenemez. Ayrıca kanun koyucunun mehzadaki düzenlemeden bilerek ayrıldığını söylemek de mümkün değildir. Hem yönetim kurulunun piyasa şartlarını en iyi şekilde değerlendirerek, menfaatler dengesini de koruyacak şekilde prim tespit edeceği ortadadır. Bütün bu sebeplerle TK.m. 286'da açıkça öngörülmüş olmamasına rağmen,

---

10 BÖCKLI, 40 N.47c

11 TANDOGAN, İsv. BK.m. 624, f.2, s.17.

12 ZINDEL, 262; OTT, 161.; BÖCKLI, 40 N.47a

13 Aksi fikirde ULUSOY, (Yargıtay Kararları Sempozyumu 2), tartışmalar, 345.

itibari değer üzerindeki alım fiyatının yönetim kurulunun tespitine bırakılabileceği kabul edilmelidir<sup>14</sup>.

Ticaret Kanunu yönünden ihraç primleri sadece para olarak değil, aynı zamanda ayın sermaye konulması durumunda da mümkündür. Gerçekten TTK. m. 307'de ayınlara değer biçilmesinde<sup>15</sup> hile kullananların şirketin bu yüzden uğradığı zararı müteselsilin tazmin edecekleri belirtilmek suretiyle payların itibari değerlerinin altında değer taşıyan aynı kıymetler karşılığında ihracı men edilmiştir. Buna karşılık daha yüksek değerli aynı kıymetler karşılığında ihracına mani herhangi bir hüküm sevk edilmemiş TK. m. 458 ile buna açığca müsaade verilmiştir.

Belli bir miktar pay karşılığında şirkete devredilen aynı kıymetler için takdir edilen değer, bu payların itibari değerleri tutarından fazla ise, aradaki fark mahiyeti itibariyle bir ihraç primi sağlayacaktır. Ancak bu fazla bilançoda gizli yedek akçe olarak yer alacaktır.<sup>16</sup>

Anonim ortaklığın agiolu pay ihraç ettiği durumlarda, agionun pay sahiplerinin nakdi sermaye koyma borçlarının kapsamına dahil olup olmadığı tartışılmalıdır

Bizimde katıldığımız görüşe göre agio (ihraç primi) de bu kapsama dahildir.<sup>17</sup> Zira TK m. 405 fıkra 1'e göre "pay sahibi, hisse senetlerinin çıkarılması sırasında tayin olunan ve hisse senetlerinin itibari kıymetine müsavi veya ondan yüksek olan pay bedelinden fazla bir şey ödemeğe esas sözleşme ile dahi mecbur tutulamaz". Bu hükme göre agio (ihraç primi)de payların itibari değerleri gibi, ortaklık hakkının iktisabı için yapılması zorunlu olan mecburi ödemelerdir. Dolayısıyla pay sahipleri yönünden itibari değer tutarı ile birlikte payların maliyet bedelini oluşturur ve pay sahiplerinin şirkete karşı ödemekle sorumlu tutulduğu tek borç ilkesi kapsamında mütalaa edilir.

Karşı görüşe göre ise pay sahipleri esas sözleşme veya GK kararı ile derpiş edilen agioyu da ödemek zorundadır. (TK m. 286, f.2; 405, f.1). Ancak agioyu ifade temerrüde düşülmesi halinde ıskat müeyyidesi uygulanmaz.

<sup>14</sup> AYTAÇ, (Rüçhan Hakkı), 328.

<sup>15</sup> 27.06.1995 tarih ve 559 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan TK. m.. 299 fıkra 3'e göre aynı sermaye olarak kanun veya devralınan şeyler için verilen karşılığın aşırı derecede fazla olması halinde mahkemenin tasdik talebini red edeceği hükmü içermektedir.

<sup>16</sup> KESAN, 449.

<sup>17</sup> ARSLANLI, AS C.I. 191; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), 192. İMREGÜN, 282-283; GÖLE, 55; DOĞANAY, C. II, m. 405, 905,901; TEKİL, AŞ, C.2, 668; FOLLİET, 189-191 (Tekil, C.2, 668 den naklen); BAUMBACH -HUECK, § 54, Anm. 7; GODİN-WİLLHELMİ, §.54, Anm. 2.; SIEGWART, Art.624, No.17-19; FUNK, Art. 681, 682 No:1; KESAN, 44

Çünkü agio nakdi sermaye borcunun kapsamına dahil değildir.<sup>18</sup> Ayrıca agio yedek akçe kalemine ait olup esas sermaye kapsamına girmez.

Ancak hemen belirtilmelidir ki, itibari değerin kâra ve tasfiye artışına katılmada, oy hakkının kullanılmasında, hakların kapsam ve içeriklerinin belirlenmesinde anahtar görev görmesi, agionun da pay sahibinin sermaye borcunun kapsamı içinde bulunmasına engel teşkil etmez. Zaten kanun bunu açıkça ifade etmiştir. Böyle olunca agioyu ödemede temerrüde düşen pay sahibi hakkında da iskat müeyyidesinin uygulanması mümkündür.<sup>19</sup>

Agió miktarının esas sözleşmede gösterilmesi zorunlu değildir. Ancak kuruluşta bu miktar kurucular tarafından, sermaye artırımında ise genel kurul tarafından belirlenir.<sup>20</sup> Yine yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi genel kurul tarafından açıkça yetkilendirilmişse yönetim kurulunun da bunu belirleme yetkisi olmalıdır.

Kuruluş aşamasında çıkarılan agiolu payların bedelinin ne zaman ve ne oranda ödeyeceği ortaklık esas sermayesi ile belirtilebilir. İhraç primlerinin şirkete ne zaman ödeneceği konusunda esas sözleşmede bir açıklık yoksa, ne yapılacağı konusunda TK'da bir açıklık yoktur. Diğer yandan TK. m. 285/1 de yer alan "her payın en az dörtte biri ve karşılığı kısmen ayın ve kısmen para olarak taahhüt edilmiş olan sermaye paylarının ise para kısmının dörtte biri ödenmiş olmak şarttır" hükmü 27.6.1995 tarih ve 559 sayılı KHK. İle yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak STB'nin 1995/1 sayılı Tebliği hükmüne göre "Ticaret Kanununun 279. maddesinin kaldırılması şirket sermayesinin ödenmeyeceği anlamına gelmemektedir. TTK. 279 maddesinin 2. fıkrasının 3. bendi uyarınca, şirket esas sermayesinin miktarı ile her payın itibari kıymetinin ve sermayesinin ödeme suret ve şartlarının ana sözleşmede gösterilmesi zorunludur" hükmü getirilmiş ve Tebliğinin I, A a (ee) maddesine göre de "özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere esas sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesinde sermayenin muvazaadan Ari olarak tamamen taahhüt edildiğinin ve

---

<sup>18</sup> TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), 534, N.1020. , N. 1054

<sup>19</sup> GÖLE, 116; BÜRGİ, Art. 681/682. N. 2.; FUNK, Art. 681/682. N. 8; BATTAL, (Tartışmalar), 73; FOLLİET, 33 ( Tekil, C.2, 186, dpn.10 dan naklen); Yazar agio için dahi uygulanacak İsv. BK. hükümlerini şu şekilde sıralamıştır: a-pay sahibinin temerrüdü b-karşılıkları tamamen ödenmemiş bir hisse senedinin üçüncü kişi tarafından iktisabı c-pay sahiplerinin şirkete verdiklerini geri isteyememeleri d-tasfiye memurlarının pay bedellerinin henüz ödenmemiş kısımlarını icabı halinde tahsil etmeleri. Buna karşılık agio ile ilgili bulunmayıp sadece itibari değer açısından önem taşıyan hükümler şunlardır: a- asgari tediye, tevdi, ticaret siciline tescil.

<sup>20</sup> ARSLANLI, C.1., 34; GÖLE, 56.

nakdi sermayenin ¼'ünün ödendiğinin veya AO.'nun kuruluşunun tescili tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ödeneceğinin, kalanın da en geç üç yıl içerisinde olmak üzere, AO.'na hangi tarihte veya tarihlerde ödeneceğinin belirtilmesi şarttır."<sup>21</sup> hükmü öngörülmüştür.

Tebliğ hükmüne göre kuruluşta çıkarılan agiolu payları bedellerinin ¼ ün kuruluştan itibaren üç ay, kalan ¾ ün ise üç yıl içinde ödenmesi gerekir.<sup>22</sup>

Alman POK. §. 54 uyarınca pay sahibinin temel borcu payın itibari değerini ya da bundan yüksek olarak çıkarılan ihraç primini ödemektir. 188 Abs. 2 yollamasında paragraf 36/2 göre pay sahibinin kuruluşta yerine getirmekle yükümlü bulunduğu asgari sermaye borcunun en az payın itibari değerinin dörtte biri olduğunu belirtmekte, payların ihraç primli olarak çıkarılmaları halinde ise ilk taksidin agioyu da kapsayacağı hükme bağlanmakta ve agionun tamamının, anonim ortaklığın kuruluş safhasında ödenmesi gerekir.<sup>23</sup>

Bir diğer konu ise agiolu olarak çıkarılan payların itibari değerleri ödenmiş olmalarına karşın, agionun ödenmemesi durumunda payların hamiline yazılı hisse senetlerine bağlanabilip bağlanamayacağı sorunudur.

Biz agionun da sermaye koyma borcunun kapsamı içinde olduğunu kabul ettiğimizden, agio tutarının tamamı ödenmedikçe hamiline yazılı pay senedi ihraç edilmeyeceği kanaatindeyiz.<sup>24</sup>

## B. Kayıtlı Sermaye Sisteminde

Sermaye Piyasası Kanunu m. 12/V., TTK. m. 286/2'deki şartları kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketler açısından değiştirmiştir. Sermaye Piyasası Kanunu m. 12/V göre esas sözleşmede öngörülecek özel bir hüküm ile yönetim kurulu agiolu paylar çıkarmaya yetkili kılınabilir. Böylece anılan madde TTK m. 286/2 deki "senetlerin itibari kıymetlerinden yüksek bir bedelle çıkarılmaları esas mukavelede bu hususta bir hüküm bulunmasına veya bunun umumi heyet tarafından karar altına alınmasına bağlı-

<sup>21</sup> Tebliğ hükmünün eleştirisi için bak. POROY( TEKİNALP/ÇAMOĞLU), .266-267, N.488b

<sup>22</sup> Karş. ARSLANLI, C.I., 193,; MOROĞLU (Esas Sermaye Artırımı) , 64,; GÖLE, 68. ; Aksi görüşte STEIGER ( Çev. Çağa), 100 dpn.151, 124 dpn.179.

<sup>23</sup> BAUMBACH-HUECK, §. 54 Anm. 10. §. 63 Anm. 7,;GODİN-WİLLHELMİ, . §. 54 Anm. 2. Alman hukukunda oy hakkının kazanılmasında ana sözleşmeye konulan ilk taksidin ödenmiş olması şartının agioyuda kapsayıp kapsamayacağı konusunda tartışma vardır. ZÖLLNER, Köll. Kommentar. , §.134 Anm. 56

<sup>24</sup> BÜRGI, Art. 683 Anm. 7. ; BÜRGI (SAG 22), 33; Kaşı fikirde TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), 573, N. 1120

dır” kuralını bertaraf etmiştir. Yani kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun agiolu pay çıkartabilmesi için bunun mutlaka esas sözleşmede öngörülmesi şart olup, genel kurulun bu yetkiyi yönetim kuruluna vermesi söz konusu değildir.<sup>25</sup>

Diğer yandan yönetim kurulunun çıkarılacak payların itibari değerini belirleme yetkisi yoktur.<sup>26</sup> Yetkinin esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilmesi durumunda yönetim kurulu yalnızca pay çıkarma ve primi belirleme konusunda yetkilidir.<sup>27</sup> Bu nedenle payların itibari değerinin de esas sözleşme de saptanması gerekir.

Sermaye Piyasası Kanunu sistemin de tam ve nakden ödeme kuralı getirilmiştir. Bu sebeple pay bedellerinin (itibari değeri + agio) tam ve nakit olarak ödenmesi gerekir. Diğer bir anlatımla bu sistemde, ayın sermaye taahhüt edilerek agio oluşturulması mümkün olmadığı gibi, itibari değerlerin tam olarak ödenip agionun taksitlendirilmesi de mümkün değildir.

Kayıtlı sermaye sisteminde agionun ödeme zamanının tespiti ve hami-line yazılı hisse senedi çıkarılıp çıkartılamayacağı sorunu doğmayacağı gibi iskat sorunu da olmayacaktır.

### III. AGIOLU PAY İHRAÇ ETMENİN ZORUNLU OLUP OLMADIĞI

İhraç fiyatı konusunda hemen belirtilmesi gereken bir diğer konu ise, mevcut pay sahiplerinin, sermaye artırımında tespit edilen ihraç fiyatının düşüklüğü sebebiyle payların iç değerinin azalacağını ileri sürerek fiyatın yükseltilmesini ya da zarardan korunmaları için mali yetersizlik nedeniyle kullanamadıkları yeni pay alma haklarının mevcut pay sahipleri veya ortaklık tarafından alınmasını istemeye yetkili olmadıklarıdır<sup>28</sup>. Hak sahipleri, genel kurulun artırım kararında tespit edilen -bu hak yönetim kuruluna verilmişse- ya da yönetim kurulu tarafından belirlenen ihraç fiyatı ile bağlıdır- lar<sup>29</sup>.

Ancak bu ilkeye rağmen hukukumuzda, malvarlığı esas sermayesinin üzerinde olan ortaklıklarda yeni payların, mevcut pay sahiplerinin menfaatle-

<sup>25</sup> TEKİNALP, (Sermaye Piyasası Hukuku), 49; YILDIZ, 229

<sup>26</sup> TEKİNALP (Sermaye Piyasası Hukuku), 49; AYTAÇ, İptal Sorunu, 277.; BAHTİYAR, 114; YILDIZ, 229; ÖZKORKUT, 68.

<sup>27</sup> TEKİNALP, (Sermaye Piyasası Hukuku), 4a; AYTAÇ, İptal Sorunu, 277.; BAHTİYAR, 114; YILDIZ, 229; ÖZKORKUT, 68

<sup>28</sup> ZINDEL, 263; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), 590. N. 1381.

<sup>29</sup> LUTTER, Köln, Komm. § 186 Anm.38.; YILDIZ, 229

rini korumak için primli ihraç edilebilir edilemeyeceği konusunda tartışmalar çıkmıştır.

Bir kısım yazarlara<sup>30</sup> göre şirket malvarlığı esas sermayeyi kıymet itibariyle aşılırsa, yeni paylar itibari değerden yüksek bir bedelle ihraç ve ihraç fiyatı şirket mamelekinin değeri ile ayarlanarak eski hissedarın zararı telafi edilmelidir.

Buna karşılık diğer bir kısım yazarlar ise<sup>31</sup>. "Kanunda ortaklığı primli pay ihraç etmeye mecbur kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Böylece yeni payların ihraç bedellerinin eski payların gerçek değerinden düşük olabileceğinin zımnen kabul edildiği ortadadır. Ayrıca TK. m. 394 pay sahiplerine, yeni payların öncelikle satın alınarak ya da bu hakkın satılarak zararlarını telafi imkanı vermektedir. Bu sebeple, itibari değerden pay ihraç etmek mevcut pay sahiplerinin haklarını ihlal etmez" görüşünü ileri sürmektedirler.

Yargıtay Ticaret Dairesi<sup>32</sup> 6.1.1966 tarihli kararında Karayalçın'ın bilimsel mütalaasına dayanarak yeni payların primli çıkarılmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir.

<sup>30</sup> ARSLANLI, (A.S) C.1. 103. dph. 34; POROY/ EREM, 31; DOMANIÇ, (A.S) 1023; AKÜNAL, 265; KLETTE, BB,1968, 978; ; KLETTE, BB,1968, 1201; Krs. TEKİNALP (POROY/ÇAMOGLU), 618;.

<sup>31</sup> KARAYALÇIN, (Meseleler, 1 ), 215; MOROGLU,(Esas Sermaye Artırımı), 99-100 ; DOGANAY, C.I, 1047; AYTAÇ, (Rüçhan Hakkı), 326-327. ; YILDIZ, 230; BAHTİYAR, 115; TÜRK, 579. Yazar primli pay yerine yüksek itibari değerli pay ihraç etmenin menfaatler dengesine daha uygun düştüğü görüşündedir. Ayrıca, payın sahibine verdiği hakları kullanmada anahtar rol oynayan itibari değeri hiç nazara almadan, 1000TL itibari değere sahip payla 5000 TL itibari değere sahip payın sahibine 1 oy hakkı verdiğini savunmaktadır (Yargıtay Kararları, Sempozyumu 2) Tartışmalar, 342-343.

<sup>32</sup> Yargıtay TD'nin 6.1.1966 tarih ve E. 1965/2583, K. 66/57 sayılı kararı " Gerçekten, bir anonim ortaklığın safi mamelekinin esas sermayesinden fazla olduğu, yani pay senedinin itibari değerinin yazılı değerinden yüksek bulunduğu hallerde, yeni pay senedi çıkarmak suretiyle esas sermayenin artırılmasında, her şeyden önce tasfiye sonucuna yeni ortaklarda katılacaklarından eski ortaklar için bir zarar söz konusu olur. Ancak, Kanunumuz 394. maddesinde iste böyle bir zararı karşılamak amacıyla ki, eski pay sahiplerinden her birine, yeni pay senetlerinden ortaklık sermayesindeki payı ile orantılı miktarını alabilmek imkanına yer vermiştir. Eğer mahkemenin düşündüğü gibi, eski ortaklardan bazıları yeni pay senedi alamayacak bir mali güçte iseler, bunlar rüçhan haklarını satmak suretiyle bu zararını telafi yoluna gidebilirler. Devamlı anonim ortaklığın sermayesinin artırılması kararında müktesep hakların ihlali söz konusu olmayacağı gibi afaki iyiniyet kurallarına da bir aykırılık yoktur. Çünkü gerek taraflar gerekse bilirkişi raporu, davalı ortaklığın esas sermayesinin artırılması lüzumunu kabul etmektedirler. O halde yeni pay senedi çıkarmak suretiyle esas sermayenin artırılmasının, sırf bir kısım pay senedi sahiplerini ızzar etmek kasti ile yapıldığı sübuta ermediğine, bilakis ortaklık için faydalı olmak amacını güttüğü tahakkuk ettiğine göre, olayda her hangi bir suretle afaki iyiniyet kurallarının ihlalinin söz konusu edilmemesi gerekir (BADİTER, C. IV, S.2, 1967/68, s.356)".

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 11.10.1978 tarihinde verdiği bir kararda 11. Hukuk Dairesi'nin görüşünü benimsemiş ve yeni payların itibari değer üzerinden çıkarılmaması durumunda, kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırılığın söz konusu olmayacağını ve ilgili genel kurul kararının sadece bu gerekçe ile iptal edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>33</sup>.

Bize göre de Yargıtay'ın verdiği sonuç isabetlidir. Aslında, uygulamada çoğunlukla iç değerin sulandırılmasından kaçınma için iç değere ya da pazar değerine uygun ihraç fiyatları belirlenerek hukuka ve gerçeğe uygun hareket edilmektedir<sup>34</sup>.

#### Yıllar İtibarıyla Kurul Kaydına Alınan Pay İhraçları 1986-2000

YILLAR	HİSSE	SENEDİ
	İTİBARI DEĞERİ	AGİOLU DEĞERİ
1986	101.987,6	101.978,6
1987	187.202,2	187.202,2
1988	364.478,0	364.478,0
1989	966.758,4	971.543,4
1990	1.807.027,0	4.106.637,3
1991	3.606.901,3	4.443.523,6
1992	4.821.753,2	5.322.828,3
1993	8.275.759,7	9.573.374,7
1994	32.256.681,5	37.553.000,5
1995	42.770.649,1	51.332.652,4
1996	89.246.889,3	102.202.386,2
1997	215.470.499,7	305.732.067,5
1998	440.099.948,7	696.821.765,0
1999	665.309.404,0	678.870.665,0
2000	366.137.273,0	604.653.970,0

Fakat bununla birlikte ortaklık, hukuka aykırı amaç gütmedikçe büyük oranlarda ihtiyaç duyduğu sermayeyi, etkili bir sermaye sulandırması yolu ile gerçekleştirebilecektir. Bu yol özellikle öz varlık yönünden iyi durumda olan ortaklıkların itibari değerden pay ihraç ederek sermayelerini büyük miktarda artırmalarına imkan verir<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> HGK. E. 1977/11 - 10113, K. 1978/824 (YKD. C. 5, S.8 Agustos 1979, s. 1106).

<sup>34</sup> SerPK'na tabi halka açık anonim ortaklıkların 1986-2000 yılları arasında gerçekleőtirdikleri sermaye artırımlarında Tabloda da görüldüğu gibi, büyük oranda agiolu pay ihraç ettikleri görülmektedir. Kaynak SPK .www.spk.gov.tr

<sup>35</sup> MOROGLU, (Esas Sermaye Artırımı), 99-101; AYTAÇ, (Rüçhan Hakkı), 327; ZINDEL, 263;

Bu sebeple düşük ihraç fiyatı ile yeni pay alma hakkını özdeşleştirmek tehlikelidir. Çünkü yeni pay alma hakkı ihraç fiyatının düşüklüğü nedeniyle faydasını gösterir. Hem hakkın bizzat kendisi bir malvarlığı değerini oluşturmaz. Yeni pay alma hakkı bir hediye olmayıp, gerektiğinde hak sahiplerinin ortaklıktaki etki oranlarının aynı kalmasını sağlayacak bir denkleştirme aracı olma özelliğini gösterir<sup>36</sup>.

Hak sahipleri isterse yeni pay alma hakkını kullanarak isterse bu haklarını satarak zararlarını telafi edebilirler. Zaten bu hakkın bir değere sahip olup piyasada alınıp satılabilmesi de ihraç edilen payın borsa değeri ile ihraç fiyatı arasında bir fark olmasına bağlıdır<sup>37</sup>.

Ayrıca, TK sisteminde ihraç fiyatının, mevcut payların borsa değerine uygun olarak belirlenmesi hususunda ortaklığa yüklenen kanuni bir mecburiyet de bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Bunun yanında, primin doğrudan doğruya ortakların bir kârı veya ortaklara doğrudan dağıtılacak bir unsur olarak değil, ortaklığın malvarlığına eklenecek bir unsur olarak ele alınması gerekir. Çünkü TK.m. 466/2 de primin umumi yedek akçeye ekleneceği hükme bağlanmıştır<sup>39</sup>.

Doktrinde; ülkemizde sermaye piyasasının henüz istenilen şekilde gelişmemiş olması ve bu sebeple yeni pay alma hakkının satışının yaygın olmadığı ileri sürülerek, sorunun çözümünde, yeni pay alma hakkından artakalan payların itibari değerden yüksek olan bir fiyatla satılması gereği üzerinde durulmuştur<sup>40</sup>.

Bu fikri savunan Aytaç'a göre bu konuda genel kurul ihraç fiyatını tespit yetkisini yönetim kuruluna bırakmamış olsa bile, yönetim kurulu rüçhan haklarının kullanılmasından sonra geriye kalan payları üçüncü kişilere primli olarak satabilir. Yönetim kurulunun artan payları primsiz satması hem ortaklığın hem de ortakların zararına sonuç doğurur. Nitekim uygulamada yönetim kurulları artan payları primli satabilmektedir. Artık bu işlemi bir ihraç olarak değil, satış işlemi olarak değerlendirmekte de yarar olacaktır<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> ZINDEL, 263; YILDIZ, 231

<sup>37</sup> LUTTER, Kölner, Komm. § 186 Anm.38.; YILDIZ, 231

<sup>38</sup> MOROGLU, (Esas Sermaye Artırımı), 99; AYTAÇ, (Rüçhan Hakkı), 326.; YILDIZ, 231

<sup>39</sup> AYTAÇ, (Rüçhan Hakkı), 327; Krs. TÜRK, 579.

<sup>40</sup> AYTAÇ, (Rüçhan Hakkı), 327.

<sup>41</sup> AYTAÇ, (Rüçhan Hakkı), 328-329. Aksi görüş MOROGLU, (Esas Sermaye Artırımı), 114. Yazar bu durumda payların itibari değerle ihraç edilmiş sayıldığı görüşündedir. ARSLANLI (A.S) C.I, 103.



Savunulan görüşü, arta kalan payların nasıl ve hangi fiyattan satılacağı konusunda esas sözleşmede ya da artırım kararında özel bir düzenleme getirilmemiş olması şartı ile biz de kabul ediyoruz<sup>42</sup>.

Hemen belirtelim, 1992 yılında 3794 sayılı kanunla SerPK m.7'de yapılan yeni düzenlemede bu görüşün etkisi gözlenmektedir. "Halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımında, halka sunulan payların kullanılmayan rüçhan haklarını karşılayan payların itibari değeri üzerinde olması halinde bunların başa baş değeri üzerinde yani primli (agio) satılmasını SPK, ortaklıktan isteyebilir" (SerPK. m. 7/1). Bu konuda SPK'na verilen yetki ile genel kurulun yetkisi sınırlandırılmış, hatta yok edilmiştir<sup>43</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz şekilde hak sahiplerinin, payların borsa değerine uygun ihraç fiyatının belirlenmesini istemeye hakları olmadığı gibi, yeni payların ihraç fiyatının itibari değerinde belirlenmesini talep hakları da yoktur<sup>44</sup>. Böylece ihraç fiyatının üçüncü kişiler için olduğu gibi mevcut hak sahipleri için de yüksek tespit edilebileceği ortadadır<sup>45</sup>.

İhraç fiyatı, eşit işlem ilkesine aykırı olmadıkça çeşitli hak grupları içinde birbirine göre farklı haklar veren çeşitli pay grupları, yeni pay alma hakkı veren intifa senetleri ve değiştirilebilir tahvillerde olduğu gibi birbirinden farklı olabilir<sup>46</sup>.

Bu istisnai durum sadece bir defalık için öngörülecekse, o zaman yalnızca artırım kararı yolu ile ve yeni pay alma haklarının kaldırılması şartları içinde farklı ihraç fiyatları belirlenebilir<sup>47</sup>. Aranılan şartlara uyulmadan bu fiyatlar belirlenmişse alınan karar iptal edilebilir bir karardır.

Bunun gibi kanuni yeni pay alma hakkının bir kısmının kaldırılması durumunda, hak sahipleri ile diğer üçüncü kişiler için de birbirinden farklı ihraç tutarları belirlenebilir<sup>48</sup>.

Hiç bir ayırım yapılmadan, herkes için aynı yükseklikte bir ihraç fiyatının tespiti pay sahiplerinin yararına olabileceği gibi zararına da olabilir. Bu

---

<sup>42</sup> MOROGLU, (Esas Sermaye Artırımı), 116; TEKINALP (POROY/ ÇAMOGLU), 617.; YILDIZ, 232

<sup>43</sup> TEKINALP (POROY/ ÇAMOGLU), 617.

<sup>44</sup> OTT, 163; STEIGER, (Çev. Çaga), 353; ZINDEL, 266; LUTTER, Kölner, Komm. § 186 Anm.38. (28) ZINDEL; 264.

<sup>45</sup> LUTTER, Kölner Komm. § 186 Anm.39.; YILDIZ, 233. Aksi fikirde GODIN/WILHELMI, § 186, Anm.5

<sup>46</sup> LUTTER, Kölner Komm. § 186 Anm.40.

<sup>47</sup> LUTTER, Kölner Komm. § 186 Anm.38.; YILDIZ,233

<sup>48</sup> ZINDEL, 263.; YILDIZ, 233

sonuç ilk önce mali durumları uygun olmayan pay sahiplerinin artırıma katılmayarak ortaklıktaki etkilerinin azalmasına yol açar. Böylece pay sahiplerinin yeni pay alma hakları fiilen kaldırılmış olur. Diğer yandan, itibari değer üzerindeki ihraç primlerinin yedek akçelere eklenmesi, ortaklığı güçlendireceği için bu pay sahiplerinin hem kâr payında hem de tasfiye bakiyesinde olumlu bir gelişme meydana getirecektir<sup>49</sup>.

Pay sahiplerinin yeni pay alma hakları hukuka uygun bir şekilde kaldırılmış ya da kaldırılacaksa; bu hak sahiplerinin, haklarının zarara uğratılmasını önleyebilme güçleri yoktur. Her şeyden önce onlar, eski payların, sermayedeki etkisinin aynı kalması ya da yeni payların ihraç fiyatının yüksek tespit edilmesini talep edemezler.

Bu sebeple, ortaklık yeni pay alma hakkının kaldırıldığı durumlarda, pay sahiplerinin ya da hak sahiplerinin haklarını korumak için esas itibariyle yeni payları borsa değerine uygun olarak ihraç etmeli ya da satımı, teklif vermek suretiyle eşit şartlarda en iyi fiyat veren üçüncü kişileri seçerek yapmalıdır.

Bu ortaklığa kanunla yüklenmiş bir mükellefiyet değildir. Ancak, yüksek borsa değerine rağmen şirketin de menfaatine olmayan durumlarda, kanuni yeni pay alma haklarını kaldırarak itibari değerden pay ihracı iyiniyet kullarına aykırı olup, pay sahiplerini açıkça zarara uğratmak amacı taşır<sup>50</sup>.

Belirttiğimiz sorunun çözümü Alman Hukukunda açıkça düzenlenmiştir. Alm POK § 255/2'de” yeni pay alma hakkının kaldırılmasına rağmen uygun olmayan ölçüde düşük bir ihraç fiyatı belirlenmişse, bu karar iptal edilebilir bir karardır” şeklinde kural öngörülmüştür.

Böylece Alman Hukukunda, yeni pay alma hakkının kaldırılması durumunda, ortaklığa yeni paylar için uygun yükseklikte bir ihraç fiyatı belirleme görevini verilmiştir.

Hem İsviçre Federal Mahkemesi'nin hem de Yargıtay'ın önüne gelen olaylarda böyle bir sorun söz konusu olmamıştır. Bu sebeple, yeni pay alma hakkını kaldıran ortaklığın itibari değerden yeni pay ihraç edebilmesinin geçerli olup olmadığı konusuna değinilmemiştir. Bizce böyle bir durumda, pay sahiplerinin korunması bakımından, itibari değerden pay ihracının uygun olmayacağı açıktır<sup>51</sup>. Bu şekilde bir fiyat belirleyen genel kurul kararı iptal edilebilir bir karar olarak kabul edilmelidir. İhraç fiyatını tespiti yetkisi yönetim kuruluna bırakılmışsa, bu kurul da; piyasa şartlarına, mevcut payların

<sup>49</sup> ZINDEL, 264.; YILDIZ, 233

<sup>50</sup> BGE 91 II 298; BGE 102 II 265 BGE 99 II 55.

<sup>51</sup> ZINDEL, 265.; YILDIZ, 234

bilanço ve borsa kuruna, kâr politikasına ve şirketin borsada sahip olduğu etki gibi kıstaslara uyarak, ihraç fiyatı tespit ederek görevini yerine getirmelidir. Takdirin sınırını, dürüstlük ve iyiniyet kuralları yanında, eşit işlem ilkeleri de çizmeli ve tarafların hakları korunacak şekilde sonuç çıkarılmalıdır<sup>52</sup>.

Eğer yönetim kurulu bu görevini, eşit ve uygun olmayan bir fiyat belirleyerek kötüye kullanmışsa, artırım kararının icrasını gereği gibi yerine getirme görevini ihlal ettiği için her hak sahibi kurul üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilir<sup>53</sup>.

#### **IV. AGİO'NUN BİLANÇODA GÖSTERİLMESİ**

TK m. 466, f. 2, 6-1 uyarınca;

Hisse senetlerinin çıkarılmasında, çıkarılma masrafları indirildikten sonra itibari kıymetten fazla olarak elde edilen hasılanın itfalara ve hayır işlerine sarf edilmeyen kısmı”kanuni haddini bulduk”tan sonra dahi yedek akçeye eklenir.

Burada öngörülen hasıla agio’dur. Kanuna göre ihraç masrafları ayrıldıktan sonra kalan safi tutarın itfalara veya yardım ve hayır işlerine tahsis edilmeyen kısmının kanuni yedek akçe olarak ayrılması mecburiyeti vardır.

Alm. POK § 150/2’da pay senetlerinden sağlanan “agio” ile § 150/3 değiştirilebilir tahvillerden elde edilen “agio” ve § 150/4 imtiyazlı pay sahiplerinin bu imtiyaz karşılığı yaptıkları ödemelerin kanuni yedek akçe eklenmeyi hükmünü içermektedir.

Kanunda gösterilen harcama amaçları sınırlı olup genişletilemez. Agio tutarı itfalara ya da hayır ve yardım işlerine kısmen veya tamamen harcanabilir. Hisse senedi çıkarılma masrafları indirilebilir.

Kanun koyucu, AŞ’nin normal işletme kazancından farklı bir mahiyet taşıyan ve işletme faaliyetinden değil, sermaye artırımı sırasında şirketin sahip olduğu özelliklerden ileri gelen nevi şahsına özel olağanüstü bir hasılat teşkil eden ihraç primlerini yıllık kârdan saymamış ve kâr ve zarar hesabında yer

---

<sup>52</sup> ZINDEL, 266.

<sup>53</sup> LUTTER, Kölner Komm. § 186 Anm.40. Yazar çeşitli hak sahiplerine farklı ihraç fiyatı tespiti durumunda, uygun ve eşit olmayan fiyatlar varsa, her hak sahibinin ortaklığa karşı fiyatın uygun hale getirilip iştirak taahhüdlerinin kabul edilmesi davasını açabileceğini belirtmektedir.

almalarını kabul etmemiştir. Bunların kanuni yedekler kalemine eklenmesini öngörmüştür.<sup>54</sup>

### A. Agio'nun Kullanılması

TK. m. 466 f. 2. b. I elde edilen agionun nasıl kullanılacağını göstermiştir. Kanun agionun öncelikle ihraç masraflarına, itfa ve hayır işlerine sarf edilmesini kalan olursa onun da kanuni yedek akçeye eklenmesini aramıştır. Agio'nun kar payı olarak ortaklara dağıtılması ise yasaktır<sup>55</sup>

#### 1. Çıkarma Masrafları

Bir şirketin faaliyete geçmesi veya sermayesinin yükseltilmesi için yapılan ve bu hususlarla doğrudan doğruya ilgili bulunan masrafların çıkarma masrafları olarak düşünülmesi gerekir. Böylece şirketin kuruluşu veya sermaye artırımı için yapılan genel kurul toplantısı ile ilgili masraflar, noter ve mahkeme masrafları ile harçlar, hisse senetleri için yapılan baskı masrafları ve damga vergileri, banka ve aracı kurumlara ödenen komisyonlar, ilan ve reklam giderleri ve benzeri diğer masraflar çıkarma masrafını oluşturur.<sup>56</sup>

#### 2. İtfalara ve Hayır İşlerine Sarf

##### a) İtfalara Sarf :

Agionun olağan olmayan, ihtiyari itfalara tahsisi gerekir. Zorunlu itfalara harcanması durumunda bunlara ait karşılıklar serbest kalarak şirketin kârını artırır. Böylece agionun dolaylı olarak pay sahiplerine dağıtılma olanağı doğar. Oysa Kanun koyucunun amacı agionun pay sahiplerine dağıtılmamasıdır.<sup>57</sup>

##### b) Yardım ve Hayır İşlerine Sarf:

Yardım ve hayır işleri ile neyin kastedildiği tartışmalı bir konudur. Bir görüş agio'nun sadece TK m. 468 ve 469 f. 3'de öngörülmüş olan işçiler yararına yardım akçeli için kullanılması gerektiğini yeni yardım ve hayır işinin ortaklık içinde kalması gerektiğini savunur.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> BÜRGİ, Art. 671. N. 61.; KESAN, 449.; TEKİNALP (Bilanço), 328. ; BÖCKLI, 727 N.1414b.

<sup>55</sup> TEKİNALP (Bilanço), 330 dp. 66., TEKİL,AŞ, C.2, 668-669, dpn.104-105.; BÖCKLI, 727 N.1414b, 1414c.

<sup>56</sup> KESAN, 450.; TEKİL,AŞ, C.2, 66.

<sup>57</sup> TEKİNALP (Bilanço), 330 dp. 66., TEKİL,AŞ, C.2, 668-669, dpn.104-105

<sup>58</sup> GUHL/KUMNER/MERZ, 301.; SCHCANY, Art. 671; SIEGWART, Art.624, No.15; TEKİL,AŞ, C.2, 670-671.Türk hukukunda Arslanlı ve Karayalçın soruna işaret etmekle

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise TK m. 469 f. 3 de “Esas mukavele hüküm olmasa bile umumi heyet, şirket müstahdem ve işçileri için yardım sandıkları ve sair yardım teşkilatı kurulması ve idamesi maksadıyla veya diğer yardım maksatlarına hadim olmak üzere safi kordon aidat tefrik edebilir. Böylece agionun ortaklık içine dönük olarak hayır işlerine sarfının şart olmadığını, ortaklık dışındaki bir hayır ya da yardım işi içinde agio kullanılabilir. Genel kurulun buna ilişkin kararı TK m. 381 denetimi altındadır.<sup>59</sup>

TK hayır işlerinden olması şartı ile bağışa karşı değildir.

### c) Yedek Akçe

Agio'nun umumi yedeklere eklenebilmesi için, çıkarma masraflarına , itfalara veya yardım ve hayır işlerine kısmen ya da tamamen harcanmamış olması gerekir. Diğer bir ifade ile bu kalemlerden ortaya bir tutar kalmışsa yedek akçeye eklenir.

Kanuni yedek akçenin ikinci ayırımı gibi (TK. m. 466 f.2 b.3), bu ekleme zorunluluğunun sınırı yoktur. TK.m 466 f. 1'de yer alan ödenmiş sermayenin beşte biri şeklindeki tavan olağanüstü ayırımlar için geçerli değildir.

Diğer yandan şirket dilerse çıkarma masraflarının tamamını cari yıl hasılatından indirip, agio'nun tamamını umumi yedek akçe olarak ayırabilir<sup>60</sup>.Bu yönü ile ihraç primleri kanuni yedek akçenin olağanüstü kaynaklarından birisini oluşturur.

### B. Kullanma Yetkisine Sahip Organ

Elde edilen agioyu kanunda gösterilen şekilde kullanma ve tahsis etme yetkisi genel kuruldadır.<sup>61</sup>

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna agiolu pay çıkarma yetkisi verilmişse, esas sermaye sisteminde genel kurulda olan yetki, bu sistemde YK geçen ve bu şekilde kullanma yetkisi yönetim kurulunun olur.

### V. NİTELİĞİ

Agio'nun hukuki niteliği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre agio müşterek amaca ulaşmak için getirilmesi gerekli katılma payı kapsamı içinde yer alır

---

yetinmiş olup görüş açıklamamışlardır. ARSLANLI,C.III,100, dpn.64; KARAYALÇIN, (Muhasebe Hukuku),118-119

<sup>59</sup> TEKİNALP (Bilanço), 331.

<sup>60</sup> KESAN,450;TEKİNALP (Bilanço), 330.

<sup>61</sup> TEKİNALP (Bilanço), 330.

ve itibari değerle birlikte payların maliyet değerini oluşturur<sup>62</sup>. Bu yönü ile agio şirket açısından kar niteliğinde değildir.

Diğer bir görüşe göre ise, agio şirket için bir kar teşkil eder<sup>63</sup>. Bu görüş temsilcilerinden Arslanlıya göre "sermaye artırımında şirkete iştirak müteahhitleri tarafından payların itibari kıymetinden fazla ödenen agio ( ihraç primleri) hukuken kıymet artışına iştirak zımında munzam bir sermaye vaz'ı manasını taşır da şirket bakımından kazanç olarak tecelli eder. Daha doğrusu anonim şirket bilançooya geçemeyen kıymet artışları neticesinde sağladığı kazancı bilvasıta ihraç primi ile realize etmiş sayılır. Ancak ekseri kanunlar gibi TTK'da ihraç primlerinin kar olarak dağıtılmasını men etmiştir".<sup>64</sup>

Bize göre de agio bir kazanç değildir<sup>65</sup>. TK m. 466 f. 2. b. 3 kazanç yerine para (hasılat) deyimini kullanmıştır. Hem agio kazanç'a benzese dahi dağıtılma unsuruna yer verilmemiş ve nerelere harcanacağı tahdidi olarak kanunda gösterilmiştir. Bu sebeple Agio'nun kazanç benzerliği kazanç sayılmasını, kazanç olarak kabul edilmesini ve vergilendirilmesini haklı göstermez.<sup>66</sup>

Buna rağmen Türk Vergi Hukuku uygulamasında agionun vergiye tabi olacağı görüşü hakimdir.

---

<sup>62</sup> KESAN, 232; TEKİL, AŞ, C.2, 666 dpn.98, 668

<sup>63</sup> SIEGWART, Art. 624 N.12; BÜRGİ, Art.671 N. 64; SCHUCANY, Art. 671 N.5; ARSLANLI,C.III, 99

<sup>64</sup> ARSLANLI, C.III, 99

<sup>65</sup> TEKİNALP (Bilanço) 332, ; TEKİL, AŞ, C.2, 666-668; ERİŞ (AŞ) 765, ; KESAN (Emisyon Primlerinin Vergi Hukukundaki Durumu), 239.

<sup>66</sup> TEKİNALP (Bilanço), sh. 332.,; KESAN (Emisyon Primlerinin Vergi Hukukundaki Durumu), 232 vd.

## BİBLİYOGRAFYA

- AKÜNAL , T:** Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri, Yıl: 3, Sayı: 5, No: 5, s. 257 vd.
- ARSLANLI, H:** Anonim Şirketler, C.I, Umumi Hükümler, 2.B, İstanbul, 1959, (ARSLANLI, A.Ş, C.I).
- ARSLANLI, H:** Anonim Şirketler, C.II-III Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960, (ARSLANLI, A.Ş. C.II-III).
- AYTAÇ, Z:** Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985, s. 293 vd., (AYTAÇ, Rüçhan Hakkı).
- AYTAÇ, Z:** Kayıtlı Sermayeli Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara, 1986, s. 257 vd, (AYTAÇ, Yönetim Kurulu Kararlarının İptali).
- AYTAÇ, Z:** Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara, 1988, (AYTAÇ, Hisse Senetleri).
- BAHTİYAR, M:** Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, (İstanbul 1996.)
- BATTAL AHMET :** Anonim Şirketlerde Ortağın Iskat Prosedürü ile İlgili Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, Ankara 2000.
- BAUMBACH/HUECK:** Aktiengesetz, I. Buch, 13.Aufl. München, 1968.
- BÖCKLI , P. :** Schweizer Aktienrecht, Zweite, erweiterte und vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 1996.
- BÜRGI, W.F.:** Zürcher Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, 5.Teil, Die Aktiengesellschaft, Zürich, 1957
- BÜRGI, W.F. :** Zur Überpari- Emission von Inhaberaktien, SAG 22, 33.
- DOĞANAY, İ:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. B, C. I, Ankara, 1990
- DOMANIÇ, H:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK, Şerhi, C. II, İstanbul, 1988
- FORSTMOSER, P/ MEIER-HAYOZ, A:** Einführung in des Schweizerische Aktienrecht (3. Aufl.) Bern. 1983.
- FORSTMOSER, P:** Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Zürich 1981.

- GODIN, F/ WILHELMI, H:** Kommentar zum Aktiengesetz 3. Aufl. Bd. II, Berlin, 1967.
- GÖLE, C:** Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüd, Ankara 1976.
- İMREGÜN, O:** Anonim Ortaklıklar, 4.B., İstanbul, 1989
- KARAYALÇIN, Y:** Muhasebe Hukuku, Ankara 1988
- KARAYALÇIN, Y:** Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler. (I) "Hukuki Mütalâalar" Ankara 1975, XV+ 386, A.Ü.H.F. Yayını 376. (KARAYALÇIN Meseleler I).
- KESAN, N :** Emission Primleri(I) İktisadi ve Hukuki Mahiyeti, İktisat ve Maliye Dergisi C.XVII (1971) sh.447-451.
- KESAN, N :** Emission Primlerinin Vergi Hukuku Muvacehesindeki Durumu, İktisat- Maliye C.XVIII, S.6, sh.235-245.
- KLETTE, D :** Der Emissionkurs beim genehmigtes Kapital, BB, 1968 Heft 24, sh.977-980
- KLETTE, D :** Die Rechtfolgen eines zu niedrigen Emissionkurses beim genehmigtes Kapital, BB, 1968 Heft 27, sh.1101- 1105.
- LUTTER, M:** Kölner Kommentar Zum Aktiengesetz, Bd. 2. München, 1985, §. 182-240 (LUTTER, Kölner Komm).
- MOROĞLU, E:** Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İstanbul, 1972, (MOROĞLU, Esas Sermaye Artırımı).
- OTT, E:** Das Bezugsrecht der Aktionäre, Diss. Zürich, 1962.
- POROY, R (Tekinalp/Çamoğlu):** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997.
- POROY/EREM:** Sermaye Piyasası Etüdü, Ankara, 1964.
- SCHUCANY, E:** Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2 Aufl. Zürich, 1960.
- SIEGWART, A:** Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/5a: Allgemeine Bestimmungen, OR 620-659, Zürich, 1945.
- STEIGER, F:** İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku, (Çev: Çağa,T), İstanbul, 1968.
- TEKİL F :** Şirketler Hukuku C.II, Anonim Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1976
- TEKİNALP, Ü:** (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1997.



- TEKİNALP, Ü:** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle 2. Bası, İstanbul, 1979 (TEKİNALP, Bilanço).
- TEKİNALP, Ü:** Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul, 1982 (TEKİNALP, Sermaye Piyasası Hukuku).
- TEOMAN, Ö:** Anonim Ortaklık Hukukunda Payın (Birim-Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi, İkt. Mal., 1973, C. XLX, S. 12, s. 498 vd.
- TEOMAN, Ö:** Alman ve İsviçre Anonim Ortaklık Hukukunda Pay Bedelinin Ödenme Oranının Oy Hakkına Etkisi ve Türk Sistemi Üzerine Düşünceler, Halil Arslanlının Anısına Armağan, İstanbul 1978, sh.599-623.
- TÜRK, H. S:** Anonim Ortaklık Pay Senetlerinin İtibari Değer Farkları, Prof. Mahmut Koloğlu'na 70. Yıl Armağanı, Ankara, 1975, s. 579.
- YILDIZ, Ş :** Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996
- ZINDEL, G:** Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft, Zürich, 1984.
- ZÖLLNER W:** Kölner Kommentar Zum Aktiengesetz, Bd. 1. München, 1985.



# İSLÂM HUKUKUNDA

## SİGORTA VE FÂİZ HAKKINDA BİR RİSÂLE

*Prof. Dr. Ârif Cüveycâti\**

*Çev.: Doç Dr. Ekrem Buğra Ekinci\*\**

### Giriş

Sigorta, bugünkü anlamıyla İslâm hukuku literatürüne daha geçen yüzyılda girmiştir. Bu konuda ilk hükümlere ondokuzuncu asırda Şam'da yaşamış Hanefî mezhebindeki bir Osmanlı hukukçusu olan Seyyid Muhammed Emîn İbni Âbidîn'in *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr* adlı çok kıymetli eserinde rastlanmaktadır. Konuları etraflı inceleyen ve yazılış tarihi bakımından da nisbeten günümüze en yakın olmasının değerini arttırdığı bu eserde İbni Âbidîn, sigortanın ne kefâlete, ne de emânet akdinde emânetçinin ücret almasına benzemediğini isbatlamaya çalışmış; sigortanın ğarer, yani belirsizlik bulunduğu için fâsid bir sözleşme olduğunu ve İslâm hukukunun uygulandığı yerlerde buna cevaz verilemeyeceğini bildirmiştir. Daha sonra İstanbul'daki Şeyhülislâmlıktan, hayat sigortasının geçerli olup olmadığına dair 1911 yılında istenen bir fetvâya, adı geçen makam, İslâm ülkesi dışında bulunan bir şirketle yapılması durumunda geçerli olacağı yolunda cevap vermiştir. Yine son Osmanlı şeyhülislâmlarından büyük hukukçu Mustafa Sabri Efendi de sigortaya cevaz verilemeyeceğini, çünkü bunun bir çeşit kumar olduğunu söylemekte ve iâne (yardım) sandıklarını bir çözüm yolu olarak tavsiye etmektedir. Bunu takiben, son asrın büyük İslâm hukukçularından olup, bu konuyla derinlemesine ilgilenen eski Mısır müftüsü Muhammed Bahîtü'l-Muti'i, aynı yolda yürüyerek sigortanın geçerli bir akit olmadığını etraflı delillerle açıklamıştır. Yine bu kanaati taşıyanlardan Yûsuf el-Kardâvî de, burada bir teberru, yani bağış söz konusu olmadığı için sigortanın yardımlaşma sayılamayacağına, buna bir şirket de denilemeyeceğine dikkat çekmiştir.

---

\* Şam Üniversitesi Şeriat Fakültesi Ahkâm-ı Fikhiyye Eski Müderrisi.

\*\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Kürsüsü Öğretim Üyesi.

Daha sonraları bazı çağdaş hukukçular, İslâm hukukuyla ilgili toplantılarda, bir ihtiyaç, hatta zaruret olduğu gerekçesiyle ve bir takım başka hukukî hükümlere de kıyas ederek sigortanın caiz olduğunu söylemişlerdir. Bunlar içinde en geniş ve ısrarlı açıklamalar Prof. Mustafa Ahmed Zerka'ya aittir. Suriyeli olan bu zat, 1961 yılında Şam'da düzenlenen İslâm Hukuku Haftası'nda, sigortanın çeşitli bakımlardan bey' bi'l-vefâ, âkile, muvâlât akdi, kefâlet gibi hukukî müesseselere benzerliğine işaret etmiş, bu sebeple câiz olduğunu bildirmiştir. Öte yandan bu görüşe en büyük itiraz, konferansa katılan Mısırlı hukukçu Prof. Ebû Zehre'den gelmiş, bunun görüşleri Şam'da yayınlanan *el-Hadâretü'l-İslâmiyye* dergisinde (Yıl:2, Sayı:5) çıkmıştır. Zerka da buna cevaplarını yine aynı dergide yayınlamıştır. Her ikisinin de görüşleri o zaman İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsü hocalarından Hayreddin Karaman tarafından Türkçeye çevrilmiş olarak 1976 yılında İstanbul'da yayınlanmıştır. Ebû Zehre, kaza ve tehlike sigortalarının hoş görmemekle beraber bunların geçerli olduklarını, ancak hayat sigortalarının asla böyle sayılamayacağını bildirmekte, böylece sigortaya mutlak olarak cevaz veremeyen diğer hukukçulardan ayrılmaktadır, çünkü bunlar her çeşit sigortanın geçerli olmadığı görüşündedirler. Maamafih Ebu Zehre de sonra bu fikrinden döndüğünü açıklamıştır. Öte yandan M. Abduh, Taha es-Senûsî ile Yûsuf Musa ve Abdurrahman İsa gibi bazı yazarlar, sigortanın cevazı hususunda Zerka ile aynı kanaattedirler. Bu arada 1972 yılında Libya'nın Beydâ şehrinde toplanan konferansta da hayat sigortalarının geçerli olmadığı, ancak kaza ve tehlike sigortalarının her ne kadar mevcut fıkıh bilgilerine uymasa bile âdet haline geldiği için geçerli sayılacağına karar verilmiştir. Bu yönde düşünen Dr. Sıddîk Muhammed Emin Darîr, Libya evkaf bakanlığının yayınladığı *Hedyü'l-İslâmî* dergisindeki yazısında (Yıl:1975, Sayı:6) bilhassa kaza ve tehlike sigortalarının bir yardımlaşma mahiyeti taşıdığını, buna ihtiyaç bulunduğunu, sigortacının sigortalıya kefil ve herkesin alacağından ve vereceğinden emin olduğunu bildirerek Zerka'nın yolunu tutmuştur.

Bu yazı, Suriye'nin Şam Üniversitesi Şeriat Fakültesi Ahkâm-ı Fıkhiyye eski müderrislerinden Profesör Ârif el-Cüveycâtî'nin yazdığı ve *Kelimetü Hakkın Havle Ukûdi't-Te'mini ve'r-Ribâ fi'l-İslâm* adıyla 1962 yılında Şam'da yayınlanmış olan yirmi sayfalık Arapça bir risâlenin tercümesidir. Bu eser, yukarıda zikredildiği üzere, yine aynı ülkeden Profesör Mustafa Ahmed Zerka'nın 1961 yılında düzenlenen İslâm Hukuku Haftası'nda sigorta akdinin sahih olduğuna dair verdiği ve ertesi yıl da tenkitlere cevaplarıyla beraber adı geçen *el-Hadâretü'l-İslâmiyye* dergisinde yayınlanan tebliğine bir reddiye mahiyetindedir.

Cüveycatî, sigorta akdine cevaz vermeyenlerin safında yer almakta ve modern anlayıştaki Zerka'dan farklı olarak meseleyi tamamen klasik bir tarza

ele almaktadır. Bu konuda hukukçuların modern yaklaşımları yazarın din gayretine dokunmuş olacak ki, Zerka'nın görüşlerine destek aldığı delillerin konuyla ilgisi bulunmadığını, öte yandan Hanefî mezhebinin en muteber kaynağı sayılan Reddül-Muhtar'ın yazarı İbni Âbidîn'in konuyla ilgili sözlerini zikrederek eski âlimlerin kıyamete kadar gelecek bütün problemlere çözüm getirdiklerini ve eksik bir şey bırakmadıklarını kaydetmektedir. Bu da yazarın anlayışını yansıtmaya açısından dikkat çekicidir. Eserde sigortanın dünyevî yönü incelendiği gibi, çeşitli âyet ve hadîslerle işin uhrevî yönü de sık sık dile getirilmiştir. Bu yönden eserin klasik fıkıh kitapları uslubunda yazıldığı söylenebilir. Ayrıca yazar, fâiz hükümleri ve ticarete uyulması gereken prensiplere değinmeyi de gerekli görmüştür. Cüveycâtî'nin sigorta akdine itirazları, en çok bunda ğärer, yani belirsizlik bulunması etrafında yoğunlaşmaktadır. Aslında Ebû Zehre'nin yayınlanan görüşleri Zerka'nın görüşlerini karşı yeterince güçlü esasları içermekte ve bir tartışma zemini kurmaya elverişlidir. Ancak Ebû Zehre, Cüveycâtî'den daha yumuşak düşünmektedir, hatta bir ara zarar ve tehlike sigortalarına cevaz verir gibi olmuştur. Bu sebeple bir çeşitlilik olması bakımından, bunlardan daha değişik üslûba sahip bir yazarın bu husustaki görüş ve itirazlarının da Türkçeye çevrilerek ortaya konulması faydalı bulunmuştur. Yeri geldikçe bazı açıklamaları içeren dipnotlar ve âyet numaraları tercüme eden tarafından konulmuştur.

Bu konuda hukukçular arasında bir uzlaşmanın sağlanamayışı, biraz da İslâm hukukunun günümüzde artık bütünüyle uygulanan bir hukuk sistemi olmaktan çıkmasıyla doğmuştur. Sigorta modern haliyle, İslâm hukukunun uygulanma sahası dışındaki ülkelerde doğmuş, bilahare İslâm dünyasına büyük ölçüde İslâm hukukunun kısmen veya tamamen terk edildiği devirlerde girmiştir. Bu sebeple benzerlerinde olduğu gibi burada da ortaya çıkan yeni meselenin İslâm hukukuna uygun olup olmadığı değil, belki İslâm hukukunun bu yeni kuruma uygun olup olmadığı söz konusu edilmektedir. Sigortanın geçerli olup olmadığına, hatta kısmen geçerli ve kısmen de geçersiz olduğuna dair görüş bildirenlerin hepsinin de dayandıkları deliller, kendi mantığı içerisinde tutarlı ve güçlüdür. Bu sahada meseleyi kesip atacak şekilde konuşmanın imkânsızlığı ortadadır. Ancak bu durum içinden çıkılmaz bir sıkıntı da doğurmamaktadır. Yukarıda da işaret edildiği üzere İslâm hukukunun uygulanmadığı yerlerde böyle bir problem yoktur, sigorta da dâhil her çeşit fâsid akit burada geçerlidir. Öte yandan, tarihte, en azından yakın tarihte İslâm hukukunun uygulandığı zamanlar da göz önüne alınacak olursa, bu hukuk sisteminde sigortanın fonksiyonlarını gören ve maksada çok daha elverişli yardım sandıkları gibi başka kurumların varlığına rastlanmaktadır. Burada, sigorta akdinde esas olan ve akdin yerine getirilmesinin bağlandığı

olay gerçekleşirse sigortacının, gerçekleşmezse sigortalının uğradığı büyük zarar söz konusu değildir. Bu yardım sandıkları teberru, yani bağış kabul eder, bunları bağış sahipleri arasından seçilen veya hükümet tarafından belirlenen emîn bir kimse idare ederdi. Bu kimse sandıkta toplanan paraları, tıpkı nakit para vakıflarında olduğu gibi tenmiye edebilir, yani bunların mudârebe (emek-sermaye ortaklığı), muamele (kredi ihtiyacı olan kimseye borç verip yanında ucuz bir şeyi pahalı veresiye satmak), murâbaha (krediye ihtiyacı olan kimseye bir malı veresiye satıp, daha ucuza peşin satın almak) gibi yollarla gelir getirmesini sağlayabilirdi. Kaza ve âfetler neticesi doğan zararlar bu yardım sandıklarınca karşılanırdı. Böylece hem gerçek bir yardımlaşma sağlanır, hem de tek bir kişinin (ki bu çoğunlukla sigortacıdır) giderek zenginleşmesi yerine, zarar ve ziyanın eşit bir şekilde topluma yayılarak etkisinin azaltılması mümkün olurdu. Öte yandan beytül-mal, yani devlet hazinesi zenginlerden topladığı zekâtları bir fonda toplar, fakirlerden bir şey almaz, sonra bundan çalışamaz durumda olanlara maaş bağlar, ev sağlar, sağlık veya diğer zaruri masraflarını karşılardı. Selçuklu ve Osmanlılarda bizzat devletin kurduğu ve tamamen bir kamu hukuku tasarrufu olan derbent sistemiyle yolların emniyeti vergi muafiyeti (veya başka tavizler) karşılığında o yol kenarlarında yaşayanlara yüklenmekte, böylece tüccarların mallarının zarar görmesi durumunda bunlar tazmin yükümlülüğü altına girmekteydi. Bu sistem tamamen bir kamu hukuku tasarrufu olduğu için İslâm hukukuna da aykırılık teşkil etmezdi.

### **Yazarın Kısa Özgeçmişi**

Muhammed Ârif bin M. Vahîd bin Sâlih Cüveycâtî (1899-1976), Şam'da yaşamış, Hanefî mezhebinde büyük bir İslâm hukuku, hadîs ve dil âlimidir. Abbasî soyundandır. Zamanının en önde gelen âlimlerinden eski usulde medrese tahsili görmüş, ezcümle M. Hayru't-Tabba', Râşid Kuvvetli, Abdülkâdir İskenderânî, Mahmud Attâr, Abdülkâdir Bedran ve Şeyh Bedreddin Hasenî'den çok kıymetli kitaplar okuyarak bu sonuncusunun üç asistanından biri olmuştur. Anadilinin yanında, bir dil âlimi derecesinde İngilizce, Fransızca ve Türkçe bilirdi. İşgal devrinde Fransız ve Suriyeli yetkililer arasında aracılık yapmıştır. Ticaretle hayatını kazanmış, arzusu hilafına seçildiği Şam Ticaret Odası emînliği görevini vefatına kadar elli yıl sürdürmüştür. Ömrü boyunca hergün akşamla yatsı arasında gayriresmî olarak Şam'ın meşhur Emevî câmiinde Hanefî fıkhi ve bilhassa Hâşiye-i İbni Âbidîn okutmuş, pekçok öğrenci yetiştirmiştir. Çok dindardı. Uzleti, yalnız kalmayı sever, insanların arasına karışmak ve çok konuşmaktan hoşlanmazdı. Bu sebeple zamanın Suriye cumhurbaşkanı Tâceddin Hasenî tarafından kendisine yapılan başmüftülük teklifini geri çevirmiştir. Bozuk

mezhepleri, bid'at fırkalarını reddeden eserlerinin yanında Hanefî mezhebine göre alış-veriş hükümlerini ayrıntılı olarak bildiren *el-Ma'lûmâtü'd-Darûriyye* adlı bir eseri vardır. Şam'da vefat etmiş, tarihî Bâbu's-sağir kabristanına defnolunmuştur. Ağabeyi Yâsin Cüveycâtî de (1878-1965) meşhur bir hukukçu, hâfız, Nakşibendî tarikatına mensup bir mutasavvıfı<sup>1</sup>.

### İslâm'da Sigorta Akitleri ve Fâiz Hakkında Sözün Doğrusu

(Profesör Ârif Cüveycâtî Şam Üniversitesi Şeriat Fakültesi Ahkâm-ı Fıkhiyye Eski Müderrisi)

#### Sözün Doğrusu

(Rahmân ve Rahîm olan Allahın adıyla, sadece O'ndan yardım dileriz.)

Profesör Mustafa Zerka'nın, Şam'da yayınlanan "*el-Hadâretü'l-İslâmiyye*" dergisinin birkaç sayısında İslâm'da sigorta akdi hakkında uzun bir araştırmasını okudum ve iyice inceledim. Yazarın söylediklerinin çoğunun, muteber şer'î kaynaklara uymadığını gördüm. Maamafih bununla da yetinmemiş, sigorta akdinin kayıtsız şartsız olarak tamamen İslâma uygun olduğunu yazmış. Kendi indî görüşüyle sigorta akdinin helâl ve zarurî, hatta yapılması iyi bir iş olduğunu bildirmiş. Yine şer'î kâidelere aykırı olan da'vâsını isbat etmek için birtakım aslı astarı bulunmayan aklî deliller getirmiş. Aynı zamanda Profesör Zerka'nın, bazı fâiz çeşitlerinin yasak olmadığına dair Millet Meclisi'nde bazı tartışmalara girdiğini de duydum. Burada fâiz çeşitleri zikredilmiş, bu konuda şer'î nassların çatıştığı ve bunlarda bir açıklık bulunmadığı dahi söylenmiştir.

Bunun için, her ne kadar insanların çoğu, helâl-harâma bakmadan "para gelsin de nereden gelirse gelsin" diyecek kadar maddeye önem verse de, sağlam şer'î kaynaklara dayanarak bu mevzuda bir reddiye yazmayı kendime dînî bir vecîbe kabul ettim. Âlim, câhil herkesin bu konuyu iyice anlamaları için sözü kısa tutacağım. Başarı Allahdandır.

#### Meşrû Kazanç Yolları

Bu konuyu iyice anlamak için, kazanç konusundaki akitlerin şer'î prensiplerini ve akdi yapan taraflara yüklenen sorumlulukları bilmek gerekir. Bunun için önce konumuzla ilgili bazı âyet ve hadîsleri nakledeceğiz. Tâ ki, sigorta ve fâiz meselesini iyice anlayalım.

Allah diyor ki: (Ey îmân edenler! Kazandıklarınızın ve sizin için yerden bitirdiğimiz şeylerin en güzellerinden infak ediniz, hak yolunda harcayınız!

<sup>1</sup> Bkz. Nizâr Abaza/M. Mutî' el-Hâfız: Târihu Ulemâi Dimeşk fi'l-Karnî'r-Râbi' Aşer Hicrî, Dimeşk tsz.

Kendinizin göz yummadan almayacağınız derecede bayağı ve kötü şeyleri infak için seçmeyiniz.) [Bekara: 267]<sup>2</sup>.

(Ey îmân edenler! Mallarınızı, kendi aranızda karşılıklı rızaya dayanan ticaret olmaksızın haram sebeplerle yemeyiniz.) [Nisâ: 29].

(Senden içki ve kumarı sorarlar, de ki, onlarda hem büyük günah ve hem de insanlar için faydalar vardır. Günahları faydalarından büyüktür.) [Bekara: 219].

(Fâiz yiyenler dediler ki, alım-satım da ancak fâiz gibidir. Halbuki Allah, alış-veriş helâl, fâizi haram kılmıştır.) [Bekara: 275].

Hız. Peygamber de, alış-verişin gerekli olmayan şartlarıyla ilgili buyuruyor ki: (Bazı insanlara ne oluyor ki, Allah'ın kitabında bulunmayan birtakım şartları koyuyorlar? Her kim Allahın kitabında bulunmayan bir şart koşarsa geçersizdir. Yüz tane şart koşsa bile, Allah'ın şartı daha doğru ve daha kuvvetlidir.) [Kütüb-i sitte]

Olmayan şeyi satmak ile ilgili olarak, meyveyi olgunlaşmadan ve hastalıktan emin olmadan satmak isteyen kimseye yine Hz. Peygamber buyurdu ki: (Peki şayet Allah, bu meyveyi vermezse, sen kardeşinin malını ne ile kendine helâl edeceksin?) [Buhârî ve Müslim]

İslâm hukukçuları, kanun koyucunun izin verdiği alış-veriş, kiralama ve hizmet akidleriyle ilgili olarak birçok şartlar zikretmişler. Şöyle ki:

1- Satılan şeyin mütekavvim (hukuken üzerinde akit yapılabilen) bir mal olması,

2- mevcut olması,

3- satıcının malı olması (kendisi için satıyorsa),

4- teslim etmeye muktedir olması,

5- satılan şeyin malûm olması,

6- bedelin malûm olması,

7- fâsit bir şartın bulunmaması. Bu şartlar, benzer bütün akitler için geçerlidir.

<sup>2</sup> Eserin metninde bu âyet bildirilirken, âyetin ilk kısmında muhtemelen zuhul eseri olarak, "Ey îmân edenler! Size rızık olarak verdiğimiz şeylerin en temiz olanlarından yeyin" meâlindeki âyet (Bekara: 172) yazılmıştır. İki metnin Arapçaları arasında sadece iki kelime farkı bulunmaktadır. Öte yandan her iki ifadenin de anlamı birbirine yakındır, ancak bizim meâlen aldığımız ifade, konuyla daha doğrudan ilgilidir ve zannederiz ki yazarın muradı da budur.



### Sigorta Akdinin Fesâdı ve Sonuçları

Yukarıda kazandırıcı akitlerinin esaslarını ve in'ikad etmesi olması için gerekli şartları zikrettik. Kazandırıcı akitler, ticaret, kiralama ve hizmet muamelelerinden farklı birşey değildir. Dolayısıyla yukarıda bildirdiğimiz prensiplere aykırı unsurları akdin fâsit olmasına sebebiyet verir. Fâsit olduğu için o akdin gereğini yapmamak ve o akdi feshetmek gerekir. Çünkü böyle fâsit bir akitle gelen kazanç, habîs kesb, yani kötü kazanç kabul edilir.

İslâm hukukçularının bildirdiklerine göre, mebînin, yani satılan şeyin veya semenin, yani bedelin, tartışmaya sebebiyet verecek kadar meçhul olması akdin fesâdını gerektirir. Yine, akdin gereklerinden olmayan ve iki taraftan birine menfaat sağlayan bir şart da, eğer câiz olduğuna dair bir nass veya urf-i âm, yani genel örf yoksa akdin fâsit olması sonucunu doğurur. Kanun koyucu, bu fazla olan şartı bir çeşit fâiz olarak görmüş, tehlike, kumar ve ğarer (belirsizlik) ihtiva eden akitleri kesinlikle yasaklamıştır. Nitekim sigorta akdinde de ğarer vardır. Kumar olan işlerde de aynı ğarer vardır. Sözgeleşî, inci avcısının veya balıkçının az olsun, çok olsun çıkaracağı inci veya balıkları satması ve çeşitli eşyalar bulunan bir yere taş atıp hangisinin üzerine düşerse onun alınması şeklindeki akitlerde ğarer bulunmaktadır.

Dürri'l-muhtar kitabında diyor ki, bu, kanun koyucunun yasakladığı câhiliye devri alış-verişlerindedir, çünkü bunda kumar vardır. İslâm hukukçuları, ğareri, iki ihtimalli olan veya bizce neticesi belli olmayan iş, şeklinde tarif etmiştir.

Ben derim ki, konumuz olan sigorta da böyle ğarer ihtiva eden bir akittir. Buna ilâveten sigorta akdinde bir akdin fesâdına sebep olacak pekçok müf-sitler, yani bozucu unsurlar vardır. Meselâ, şer'î bir ivaz, yani karşılık bulunmamaktadır. Neye kefil olduğu belli değildir. İslâm hukukçuları diyor ki, bilinmezlik bulunduğu için *uhde* adı verilen kefâlet<sup>3</sup>, yerine getirmekte

<sup>3</sup> Kefâlet bi'l-uhde, yani uhde yoluyla kefâlet geçerli değildir. Çünkü uhde kelimesi değişik anlamlara gelmektedir. Nitekim bunun bir anlamı, akit konusu malın, satanın malı olduğunu gösteren belgedir. Buna göre, uhde, satılan şeyin müşteriye teslimine kefâlet demektir ki kefil satıcının uhdesinde bulunan malı teslim kefil olduğu için bu adı almaktadır. Bu çeşit bir kefâlet, teslim muktadir bulunmadığı bir şeye kefil olduğu için geçerli değildir. Diğer bir anlamı da, satılan şeyin müşterinin elinden istihkak yoluyla alınması veya bunlarda eski bir aybın ortaya çıkmasıyla tazmine kefil olmak demektir, buna kefâlet-i derek de denilir. Böyle bir kefâlet, Hanefî mezhebine göre ancak belirli şartlar altında geçerlidir, çünkü miktar meçhuldür. Böyle bir kefilin sorumlu tutulabilmesi için, satıcının veya müşterinin aleyhine malda veya semende istihkaka, yani başkasının hakkı bulunduğu dair hükmedilmiş olması veya kefilin başta "*malı satın aldığın takdirde elinden alınacak olursa ben paranın satıcıdan alınıp sana verilmesini, verilmezse kendim ödemeyi taahhüt ederim*" demesi gerekir, çünkü böyle olmadıkça satım akdi ken-

acz bulunduğu için *halâs* yoluyla kefâlet<sup>4</sup>, kefil olunan şeyin ve kefil olunan kimsenin belli olmadığı, sözgelisi, “*Senin kimde alacağın varsa veya falanca kimsedeki alacağına kefil oldum*” şeklindeki kefâlet akdi sahih değildir<sup>5</sup>.

Sigorta akdinin sahih olduğunu söyleyen yazar, temliğin tehlike üzerine olduğunu gözardı ederek diyor ki: Sigortada tehlike ve kumar yoktur. Çünkü sigortalanan kimsenin elde ettiği emniyet, sigortanın karşılığı olabilir. Buna cevaben deriz ki, sizin bahsettiğiniz emniyet, mevcut veya akit yapıldığı sırada başka bilinen bir yerde mevcut ve kendisine işaret edilen bir mal değildir. Dolayısıyla bu emniyet şer’an ivaz, yani paranın karşılığı olamaz. Nitekim; fâiz akitlerindeki zaman tanıma da şer’an bir ivaz kabul edilmemiştir.

İmâm-ı Nevevî, ğarer üzerinde kurulan akdın durumu ve neticeleri hakkında diyor ki: “Ğarer, alışveriş bahsinin çok önemli bir kâidesidir ki, sayılamayacak kadar meseleyi ilgilendirir. Olmayan şeyi satmak, meçhul şeyi satmak ve teslim edilmesi mümkün olmayan şeyi satmak gibi.”

Ben derim ki, bu kadarcık bilgi sigorta akdinin esasını bilmek için kâfidir. Aşağıda “Dürrü'l-muhtar” hâşiyesindeki, “Kitâbu ahkâmî'l-müste'men” kısmında sigorta akdi ile ilgili olarak yazıları zikredeceğiz. Sen de bilirsin ki, İslâm hukukçuları, sigorta ve fâiz meselelerini gündeme getiren yazarın da zannettiği gibi, olmuş veya olması mümkün olan hiçbir meselenin hükmünü bildirmeyi ihmal etmemiştir. Böylece her meselenin hükmünü ve yapıldığı zaman uyulması gereken işleri yazmışlardır.

---

diliğinden infisah etmez. Uhde kelimesi, bir de muhayyerlik şartı demektir. İşte böyle çeşitli anlamlara gelmesi ve içeriğinin meçhul olması sebebiyle uhde yoluyla kefâlet İslâm hukukunda kabul edilmemiştir. Muhammed Emîn İbn Âbidîn: Reddül-Muhtâr, Matbaatül-Meymeniyye Kâhire, IV/282.

- 4 Kefâlet bi'l-halâs, yani halâs yoluyla kefâlet de uhdeye benzemektedir. Burada istihkak yoluyla alınmış bir malın kurtarılmasına kefil olma durumu sözkonusudur. İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe, bunu sadece satılan malın, yani mebiin kurtarılması şeklinde yorumlamakta ve her zaman buna muktedir olunamayacağı için böyle kefâlete cevaz vermemektedir. Halbuki satın alma yoluyla kefil olunsa, kefâlet-i dereke benzeyen bu yol geçerlidir ve aksi durumda semeni iâde eder. İmam Ebû Yûsuf ve Muhammed, satılan mal üçüncü şahsın elinden kurtarmak, bu mümkün olmazsa semeni iâde etmek şeklinde yorumlayarak, halâs yoluyla kefâleti geçerli kabul ederler. İbn Âbidîn, IV/282.
- 5 Ayrıca kaldı ki, kefile menfaat sağlayan bir şarta bağlanmış kefâlet İslâm hukukuna göre geçerli değildir. Dolayısıyla kefil olmak karşılığında bir bedel, bir ücret şart edilirse, rüşvet anlamına gelen bu şart geçersiz olduğu gibi, kefâlet de sahih olmaz. Çünkü bu takdirde o kefâlete kefilin bedel olmaksızın rızası bulunmadığı anlaşılır. Bu da sigorta ile kefâlet arasındaki en önemli farklardan biridir. Ömer Nasuhi Bilmen: Hukuk-u İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İst. 1985, VI/249 (İmam Serahsî'nin Mabsut'undan naklen).

İbni Âbidîn, diyor ki: “Müslümanların yaşadığı bir ülkeye, onların izni ile giren gayrimüslime “müste'men” denir. Dârü'l-islâma müste'men olarak gelen bir gayrimüslim, burada yaşamakta olan bir zimmînin, yani bir gayrimüslim vatandaşın haklarına sahip olur. Bunun malını da, fâsid sözleşme ile almak câiz olmaz. Bilakis, dârülharpte bulunan bir “müste'men müslüman”, gayrimüslimlerin malını, fâsid akit ile alabilir. Çünkü, dârülharpte bulunan müste'menin, gayrimüslimlerin mallarını, onların rızası ile alması câizdir. Her ne kadar bizim şeriatimizin esaslarına uymaz gibi görülse de.”

Daha sonra devam ediyor: “Bu şekilde çok sorulan bir soruların cevabı da şöyledir: Bir müslüman tâcir, malını bir harbînin, yani dârülharp vatandaşı bir gayrimüslimin gemisi ile gönderiyor. Gemi sahibi olan gayrimüslime, navlun veriyor. Ayrıca, dârülharpte bulunan bir harbîye, bir ücret de veriyor. Gemi yanar veya batar yahut soyulursa ya da başka bir şekilde gemideki mal elden giderse, o harbî, bu malın bütün değerini, sigorta parası karşılığı olarak, müslüman tâcire ödüyor ve buna “sigorta” diyorlar. Fakat, harbînin, sultanın izni ile İslâm ülkesinde oturan müste'men bir vekili de vardır. Tüccar, sigorta sözleşmesini bu vekili ile yapıyor. Sigorta parasını, tâcirden, bu vekil olan gayrimüslim alıyor. Denizde, tâcirin malından bir parça yok olursa, bu parçanın değerini tamamen bu vekil ödüyor. Anladığımıza göre, müslüman tâcirin, yok olan malının değerini bu vekilden alması caiz olmaz. Çünkü, bu para, dârü'lislâmda yapılan sözleşme ile doğan ve İslâm hukukunun izin vermediği bir alacaktır.

Şayet şöyle bir soru sorulsa ki: Emânetçi, mal sahibinden emânet parası alınca, mal helâk olursa, malı ödemesi lâzım geliyor. Sigorta da böyle değil midir? Bu soruya cevabımız şöyledir: Sigortacıdan alınan para, emânetçinin ödemesi gibi değildir. Çünkü mal, sigortacıya teslim edilmiş değildir. Gemiciyeye teslim edilmiştir. Eğer, sigortacı, geminin sahibi olursa, ecîr-i müşterek, yani serbest işçi durumuna gelir. Mal elinde emânet olur. Verilen sigorta parası, emânetçiye verilen para gibi olur. Bundan başka, emânetçi ve ecîr-i müşterek, batma, ölüm ve benzerleri gibi sakınılamıyacak sebeplerle elden çıkan malı ödemezler.”

İbni Âbidîn devamla diyor ki: “Müslüman tüccarın dârülharpte bulunan bir harbî ortağı olup, bu ortağı, orada, sigortacı ile sözleşme yapar ve helâk olan malın bedelini, orada sigortacıdan alıp, buradaki müslüman ortağına gönderirse, müslüman tâcirin, gelen bu parayı alması caiz olur. Çünkü, fâsit olan sözleşme, dârülharpte ve iki harbî arasında olmuştur. Onların malı, kendi istekleri ile, müslümana gönderilmiştir. Almasında mahzur yoktur. Müslümanın, dârülharbe gidip, sigortacı gayrimüslim ile orada sözleşme yapması ve helâk olan malın değerini, dârü'lislâmda, sigortacının vekilinden alması caiz olur. Çünkü, dârülharpte bir harbî ile yapılan sözleşmenin kıy-

meti yoktur. Harbînin malını, onun rızası ile almış olur. Gayrimüslim ile sözleşmeği dârüislâmda yapıp, malın bedelini gayrimüslimden dârülharpte alırsa, gayrimüslimin isteği ile olsa bile, alması caiz olmaz. Çünkü, bu parayı dârüislâmda yapılan fâsit akit neticesi olarak almaktadır. Dârüislâmda yapılan her akit geçerlidir. Şer'î hükümleri yapılır. Bu akit fâsit olduğu için harâmdır." Bu bilgiler Redd-ül-muhtâr'dan özetle alındı.

### Çeşitli Sigorta Akitlerinin Ortaya Çıkışı

Sigorta, milâdî onyedinci yüzyılın başlarında Avrupa'da ortaya çıktı<sup>6</sup>. Bunu keşfedenler, şartları ve şekilleri hakkında çok şeyler söylemiştir. Sigorta, ileride başına bir iş gelebilir diye hiç çalışmadan ve hukukî bir karşılık ödemedi, başkasının malını kumar yoluyla almaktır. Ashında sigorta akdine, nass, yani âyet ile haram olan "meysir" (kumar) demek en uygun olanıdır. Aşağıda sigortanın en yaygın ve ülke servetinin en büyük bölümünü emen, yiyip bitiren kısımlarını ele alacağız:

1- Hayat Sigortası. Bu akitte, sigortalanan kimsenin ömrünün ne zaman sona ereceği tayin edilir. Şayet bu vakitten önce ölürse, şirket ölenin geride bıraktıklarına o ana kadar ne (prim) kesildiyse öder. Tabii ki, eğer sigortalanan kimse, taksitlerini ödemiş ise. Ödediği taksitler, alınacak mal kadar olmasa da bu böyledir. Sonuçta, bu adam dinini başkasının dünyası karşılığında satmış ve günahkâr olmuştur.

2- Kazâ sigortası. Bu genellikle araba kazalarına karşı yapılan sigorta çeşitidir. Sigorta şirketi kâr-zarar tehlikesi olduğu halde, belli aralık ve belli

<sup>6</sup> Avrupa'da sigortanın ortaya çıkışı daha eskilere dayanır. 1435 tarihinde Barcelona emirnamesiyle ilk defa deniz sigortasının esasları konulmuştur. Öte yandan onüçüncü yüzyılda Anadolu'da geçerli olan bir usul vardı. Burada Selçuklu devleti, ticaretin gelişmesini sağlamak ve halkın bir takım mağduriyetlere uğramasının önüne geçmek maksadıyla, biraz da devletin emniyeti sağlama görevinin tezâhürü olarak, zarara uğrayan ticaret mallarını tazmin ediyordu. Aynı usule Büyük Selçukluların bir bakımdan vârisi olan İlanlılarda da rastlanmaktaydı. Bir çeşit sigorta olarak nitelendirilebilecek bu usulün, o zamanlar Anadolu ile sıkı temasta bulunan Cenevizliler ve Venedikliler tarafından Avrupa'ya götürülerek geliştirildiğini ve bunun sigortanın esasını teşkil ettiğini kaynaklar bildirmektedir. Yılmaz Öztuna: Türkiye Tarihi, İst. 1964, II/153, 234. Osmanlılarda da derbent teşkilatı bu usulün devamı gibidir. Burada Selçuklulardaki kervan sigortasından farklı olarak tazminat sorumluluğu devlette değil, bir tür şirket halinde çalışan fertlerdedir. Belli nitelikleri taşıyan bu fertler, tehlikeli yolların emniyetini sağlamalarının ve eğer bu yollardan geçenlerin mallarına bir zarar gelmişse tazmin etmelerinin karşılığında vergiden muaf olurlardı. Görülüyor ki, burada sigortacı derbendçi, sigorta yaptırana ise devlettir. Onbeşinci asrın ortalarından itibaren üçyüz yıl kadar devam eden bu usulde vergiler sigorta primlerine karşılık tutulmuştur. Bkz. Cengiz Orhonlu: Osmanlı İmparatorluğunda Derbent Teşkilatı, İst. 1963. Bütün bunlar devletin bir ihsanı niteliğinde olduğundan İslâm hukuku hükümleriyle ters düşmemektedir.

miktardaki taksitler karşılığında bu sigortayı yapar. Uzun ve ince bir tahkikat ve bıktırıcı bir da'vâdan sonra, trafik kazası geçiren kimsenin zararı tazmin edilir. Sigortalı oldukları için birçok şöförler insanların canlarıyla ve mallarıyla oynamakta, çocukları ve yaşlıları korkutmaktadır. Tabii ki bunların aklında, kısas gibi bir korku yoktur. Maalesef bu ümmet, bu musîbete tutulmuş durumdadır. Halbuki böyle birşeye ihtiyacı yoktu. Ve lâ havle ve lâ kuvvete illâ billâh.

3- Yangın Sigortası. Bu sigorta çeşitinin en garip ve en kötü sonuçlarından biri de, birçok insafsız müşterinin, sigortalı binayı gizlice tahliye ettikten sonra yakmasıdır. Tâ ki, daha önce üzerinde anlaşılan parayı hile ve kandırma yoluyla alıp haram kazanç sağlasın. Hiç şüphesiz sigortanın bu çeşiti, birçok insanın ahlâkını bozmuş, komşularına eziyet vermesine sebep olmuş ve o habîs kârı elde etmek için, mallarını telef etmişlerdir. Bu arada sebep olduğu tartışmalar, da'vâlar ve mahkemeler de işin cabasıdır. Bu tip hileler, Birinci Dünya Savaşı'ndan önce İstanbul'da çok yaygındı. Hatta o zamanki binâlar, ahşap ve tuğladan inşa edildiği için, yangınlar çok yayılmıştı. Bir ara büyük bir yangın çıkmış, binlerce ev, bina, eşya ve canın yanmasına sebep olmuştu. Bu şekilde şehrin büyük bir kısmı yanmıştı. Sigorta şirketleri bunları tazmin etmekten âciz kalıp iflas etmiş- veya iflas etmiş gözükmüş- ve bu şekilde her iki taraf da zarar etmişti<sup>7</sup>.

### **Fâiz Hükümleri**

Fâiz, Allahın haram kıldığı büyük günâhlardandır. Fâizciler için çok şiddetli tehditler vardır. Fâiz, bütün semavî dînlerde yasaklanmıştır. Onu helâl gören geçmiş ümmetleri, Allah kötölemiştir. Nitekim Allah buyuruyor ki: (Ondan yasaklandıkları halde, fâiz almaları ve insanların malını haksız yere yemeleri yüzünden, azaba lâyık oldular.) [Nisâ: 161].

Yine buyuruluyor ki: (Ey mü'minler, Allahtan korkun ve fâizden henüz alınmamış olup da kalanı bırakın, almayın. Eğer bunu yapmazsanız, Allah ve Resûlü ile harbe hazır olun! Eğer fâizcilikten tevbe ederseniz, sermayeleriniz

<sup>7</sup> Buna örnek olmak üzere, Sultan Abdülhamid'in mâbeyn kâtibi Tahsin Paşa'nın hatıralarında 1905 yılına ait enteresan bir bilgi vardır. Katina adında bir Ermeni kadının saraya yaptığı bir ihbar ve daha sonra buna dair savcı Cemal beyin huzurunda verdiği ifadede, vaktiyle bunun dostu olan ve şimdi kendisini terkederek sigorta simsarı Artin'in bir takım yolsuzluklarda bulunduğunu intikam sâikiyle bildirmiştir. Pâdişahın bizzat ilgilendiği bu olay üzerine yapılan tahkikatta, onbeş kişilik bir çeteyle çalışan bu Artin'in, önceden bazı sigorta şirketlerinden adamlarla uyuşup anlaştığı, sözgelişi bin lira değeri bulunan bir evi beşbin liraya sigorta ettirerek sonra yarıdakçıları vasıtasıyla bu evi kundaklattığı, bilahare de sigorta şirketinden parayı aldığı ortaya çıkmış, adamlar suç üstü yakalanmıştır. Tahsin Paşa'nın Yıldız Hatıraları, İst. 1990, 254-255.

yine sizindir. Ne haksızlık etmiş, ne de haksızlığa uğramış olursunuz.) [Bekara: 278-279].

Rivayete göre, bu âyet indiği zaman; Benu Amr es-Sekafi [kabilesi] ve onlardan başka fâiz ile uğraşanlar; “Hayır, bizim Allah ve Resûlü ile harbetmeye gücümüz yoktur.” deyip sermayelerine razı oldular. Borçlular şikâyetle bulunup dediler ki, “Gelirlerimiz elimize geçinceye kadar, bize mühlet verin.” Bunlar da onlara mühlet vermeyince, Allah şu âyeti indirdi: (Borçlunun eli dar ise, geniş bir zamana kadar mühlet verilir.) [Bekara: 280]. Genişlik, borcunu ödeyebilecek kadar mala sahip olmaktır.

Fâiz, iki malı değiştirirken alınan karşılıksız bir fazlalıktır. Aynı cinsten olan iki malın değiştirilmesi anında alınan fazlalık, ister mal olsun ister mühlet vermek olsun farketmez. İleride bunun örneğini vereceğim.

Hz. Peygamber diyor ki: (Altınla altın, gümüşle gümüş, buğdayla buğday, arpa ile arpa, hurma ile hurma, tuz ile tuz değiştirildiğinde her iki malın aynı mecliste teslim edilmeleri, tarafların bunları birbirinden teslim almaları ve ikisinin miktarının aynı olması gerekir. Şayet bu sınıflar farklı ise, peşin olduğu sürece nasıl isterseniz öyle satarsınız.) [Müslim].

Bilâl-i Habeşî, Hz. Peygamber’e biraz “berniye” hurması getirdi. Hz. Peygamber, O’na bunlar nereden geldiğini sordu. Cevaben dedi ki: “Yanımızda bir miktar kötü hurma vardı, ondan iki sâ’ (yaklaşık yedi kilo) verip bundan bir sâ’ (üçbuçuk kilo) aldım”. Bunun üzerine Hz. Peygamber dedi ki: “İşte bu fâizin ta kendisidir. Böyle yapma! Fakat satınalmak istediğin zaman, hurmayı başka bir satışla sat, sonra onun [parasıyla] satın al”. [Buhari, Müslim]

Sözgeşi, altını bozdurmak veya başka altınla değiştirmek istersen her iki altın gramının aynı olması ve ikisinin de hazır olması ve veresiye olmaması gerekir. Fakat cinsler farklı ise, meselâ, gümüş, altınla değiştiriliyorsa, sadece ikisinin hazır olması gerekir, ağırlıklarının aynı olması gerekmez. Bu konuda fazla bilgi sahibi olmak isteyenler, fıkıh kitaplarındaki fâiz konularına bakabilirler.

### **Bey' (Satım) ve Diğerlerinde Sıkça Görülen Fâsid Akitlere Örnekler**

Bilinmelidir ki, fâiz kavramı, fâizle borç para vermek veya borç senedini borçludan başkasına satmak ve benzeri şeylerden ibaret değildir. Bunlardan başka birçok fâiz çeşitleri daha vardır. Hepsinin günahı aynı değildir, farklı farklıdır. Bu günah, hakkındaki tehdide, sebep olduğu mahzurlu işlere, açıktan yapmaya, sonucuna bakmaya ve günâhı gizlemek için onu gizli yapmaya göre değişir. Çok yapılan fâsit akitlerden biri şudur ki: Satın aldığı şeyi kabzetmeden önce birine satmak, sonra onun da başkasına satması ve böyle

sürüp gitmesidir. İşte bu alış-veriş fâsittir. Şeriat bundan uzaklaşmayı emretmektedir. Böyle bir alış-verişten gelen mal habîstir.

Bu fâsit akıtlardan biri de şirkette olur. Şöyle ki, şirketin kâr ve zarar etmesine bakmadan, ortaklardan birinin, kendisi için şirketin sermayesinden bir ücret tayin etmesi. İşte böyle bir ücret tayin etmek, şirket akdinin fâsid olmasına sebep olur. Çünkü şirketin malı tükenebilir veya şirket kâr etmeyebilir.

Rüşvet, gasp, her çeşit kumar ve insanın gayr-ı meşru yolla elde ettiği malların tamamı, Allah'ın yasakladığı fâiz çeşitlerindedir. Şu âyeti düşünmek lâzımdır: (Fâiz alıp verenler dediler ki: "Alış-veriş tıpkı fâiz gibidir". Halbuki Allah, alış-verişi helâl, fâizi haram kılmıştır.) [Bekara: 275] Çünkü mahlûkları yaratan Allah'tır. Dolayısıyla herkes O'nun kuludur. Allah herkesin sahibidir. İsteddiği şeyi onlara helal kılar, istediği şeyi yasaklar. Hiç kimsenin O'nun helâl-harâmına itiraz etme hakkı yoktur. Kullarına düşen şey, O'na itaat etmek, O'nun her hükmüne, emir ve yasaklarına teslim olmaktır.

#### **Fâizin Doğurduğu Sonuçlar ve Yasaklanmasındaki Bazı Hikmetler**

Allah buyuruyor ki: (İnsanların mallarında artış olsun diye verdiğiniz fâiz cinsinden herhangi bir mal veya para, Allah katında artmaz. Allah'ın rızasını isteyerek verdiğiniz zekâta gelince, işte zekâtı veren o kimseler, [sevaplarını ve mallarını] kat kat arttıranlardır.) [Rûm: 39]

Allah bilir ya, fâizin haram olmasının hikmeti şudur ki: Allah, kullarının menfaatlerini, geçimlerinin sağlanmasını ve kâr elde etmelerini, ticaret, sanat ve ziraate bağlamıştır. Fâizi de haram kılmıştır. Çünkü fâiz, insanları bu geçim vasıtasından alıkoymaktadır. Para sahibi olan kimse, parasını fâize yatırdığı zaman, kolaylıkla, hiçbir yorgunluk ve sıkıntı çekmeden paralarını artırabilir. Bu iş, insanların ticaret ve hizmetlerden menfaatlenmesinin kesilmesine sebep olur. Yine fâiz, insanların borç vermek suretiyle birbirlerine iyilik yapmalarını engeller. Çünkü Allah, fâizi yasakladığı zaman, insanlar sevap kazanmak için birbirlerine seve seve borç verdiler. Şüphe yok ki, bunda birbirini sevme ve yardımlaşmanın rolü vardır. Çok görülmüştür ki, hiç aldirmeden fâiz alış-verişini yapanlar ve Allahın haram sınırını çiğneyenler, çok büyük servet ele geçirirler. O zaman fâiz onların hoşuna gider, çok büyük borçların altına ve büyük ticarî işlere girerler. Bir de ansızın kesat veya kıtlık günleri başlar veya başlarına bir iş gelir. -Nitekim bu tip sürprizler çok görülmüştür.- İşte o zaman, fâiz kapanımının altına girerler. Borçlarını ödeyemeyecek duruma gelirler. Bu yüzden fâizleri kat kat artar. Tâ ki, ellerindeki bütün mallar ve gayrimenkuller çıkıncaya kadar. İşte o zaman iflastan başka çareleri olmaz. Verdikten sonra almasından Allahü teâlâyâ sığırız.

Fâiz sisteminin kötülüklerinden birisi de şudur ki, çok büyük miktar paranın birikmesine sebep olur. Kara borsacı, önceden bu paraları borç olarak alır. Bilhassa kıtlık yıllarında bu paralarla zarurî gıda maddeleri ve ihtiyaç eşyasını stok eder. Bunun neticesi olarak bu malların fiyatları artar. Bütün bunları mal toplama hırsını habîs mallarla tatmin etmek için yapar. Bu mallar pazarlarda bulunmadığı zaman böylece fakirleri ve geliri sınırlı olanları sıkıntıya sokar. Bu da halk tabakalarını birbirine düşman eder. Tefrikaya, sapmalara, sonra da anarşiye ve komünizme yol açar. Öyle ki, bunların ekserisi birçok dünya şehirlerinde gözlenmiştir.

Sigortanın sebep olduğu kötülüklerden, 1930 ve sonraki yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen hadiseleri anlatacağım. O zaman, piyasalarda çok büyük nakit artışı olmuş, bankalar ticarete çok büyük miktarlarda nakit aktarmıştır. Bunun sonucunda, eşyalar ve ürünlerin fiyatları çok fahiş bir şekilde artmıştır. İşte tam bu sırada tamahkâr insanlar, çok büyük talep olduğu için ihtiyaç eşyaları alıp stok etmişlerdir. Sonra bu durum ters tepmiş ve piyasalarda büyük bir durgunluk yaşanmıştır. Daha sonra da orada büyük bir gerileme olmuş, bu da, ânî bir zarara ve birkaç haftayı geçmeyen çok kısa bir zamanda tedavülde bulunan otuz milyar doların kaybolmasına sebebiyet vermiştir. Bu hadiseden sonra, üretim önceki devreye göre yarı yarıya düşmüştür. Bu durum, üç sene boyunca, bu darlığın (krizin) baskısı altında devam etmiştir. Bu krizin sonuçları, malî kurumlara da sirayet etmiş, hatırlanacağı üzere 2297 banka 1931 senesinde kapanmıştır. Hatta bu darlık, bütün Avrupayı sarmış, her tarafta işsizlik baş göstermiş, gelir azalmıştır. Özellikle dar gelirlî işçinin kazancı çok düşmüş ve işler ancak dört sene devam eden kriz sonunda eski durumuna dönmüştür. (Bu bilgiler, iktisatla ilgilenen resmî dairelerin istatistiklerinde yer almıştır.) Bu hâdise de (Allah, fâizi yok eder, yani fâiz karışan malın bereketini giderir.) [Bekara: 276] sözünün doğruluğunun delillerinden biridir.

### **Bu Konuları Gündeme Getiren Prof. Zerka'nın Sığındığı Yamalı Kıyaslar**

Bu sigorta konusunda, İslâm hukukunun hükmünü beyan ettikten sonra bu konuyu gündeme getiren Prof. Zerka'nın sığındığı yamalı kıyasları açıklayayım ki, bunun nasıl düşündüğünü ve bu düşüncelerin muhtevâsını anlayalım.

Yukarıda ismi geçen profesör, iddiasını haklı çıkarmak için, hataen adam öldürmede diyetin âkileden, yani asabe olan akrabadan istenmesi ve bir de mevla'l-muvâlât akdi, yani bir kimsenin İslâm dinine girmesine sebep olan müslümanın, bu gayrimüslimin velâyetini kabul etmesini sağlayan sözleşme gibi içinde yardımlaşma ma'nâsı bulunan akit ve hükümlere kıyasta bulun-



muş, ayrıca kazanç işlerinin yürüyebilmesi ve makâsıd-ı hasene denilen dinin hedeflediği güzel gayelere erişilebilmesi için varlığı farzolunan zaruretleri delil göstermiştir.

Aşağıda, bu hükümlere kıyas yapılamayacağını göstermek için, bunları kısaca açıklayacağım. İslâm hukukçuları diyor ki: Hataen adam öldürmekte âkileye diyet gerekir. Çünkü insanın canı muhteremdir, hiçbir sûrette heder edilmesine izin verilmez. Hata ile öldüren kimse de mazurdur. Dolayısıyla ondan da diyet almak için bir sebep yoktur. Kanun koyucu, bunun elinden tutmayan, yani böyle bir işi yapmasına engel olmayan âkileyi kusurlu görmüştür. İşin hakikatine bakılırsa, bu kusurlu kimselere ders vermek içindir. Bizim konumuzla hiçbir ilgisi yoktur.

Yine İslâm hukukçuları, mevla'l-muvâlât, yani yardım akdinin sebebi hakkında dediler ki: İki kişi arasında, öldüğü zaman kendisine vâris olmak ve bir cinayet işlediği zaman âkilesi yerine geçip diyetini ödemek şartıyla, birinin diğerine velî olması sonucunu doğuran sözleşmedir. Mevla'l-muvâlât akdinin, bir yardımlaşma akdi olup kanun koyucunun bunu hükmî bir akrabalık kabul ettiği bildirilmiştir. Vâris olmadığı zaman, bu kimse vâris olur. Bu akit, Arapların dışındaki milletlerden müslüman olmuş ve nesebi belli olmayan kimselere mahsustur. Bu akdin aslı ihtiyarîdir. Kıyasın hilafına yapılan vasiyet gibidir. Bundan anlaşılıyor ki, kanun koyucu muvâlât akdini, insanların kanlarının heder olmama gayesini güdenleri teşvik için kabul etmiştir. Sonra bu akit, kıyasın hilafına olarak hususî bir vâkıa hakkında vârid olmuştur. Dolayısıyla başka şeyler, buna kıyas edilmez<sup>8</sup>. Allahü teâlânın kumarcılığı haram ettiğine dair vârid olan nasslara muaraza etmesi, çatışması mümkün değildir.

Adı geçen profesör, sigorta akdi zarureten dolayı câizdir, çünkü işlerin yürüyebilmesi için sigorta akdini yapmakta zaruret vardır, diyor. Kendisi, bunu uydurduğu şu meseleye kıyas etmiştir. Güya İmam-ı A'zam Ebu Hanife'nin öğrencisi İmam Muhammed bin Hasan, mevâşinin, yani koyun, keçi, sığır, deve gibi hayvanların aslında necis olan terslerinin, zaruret ve umumî belvâ bulunduğu gerekçesiyle temiz kabul edildiğini bildirmiştir.

Ben derim ki, bu meseleyi gündeme getirenin bu sözü İmam Muhammed bin Hasan'a iftiradır. Hiçbir sebebi bulunmayan kötü bir anlayıştır. İmam Muhammed dinin yasakladığı birşeyi asla kendi kafasına göre helal saymamıştır. Onun böyle birşeye cesaret ettiğini düşünmekten Allaha sığınırım.

---

<sup>8</sup> Nitekim, "Alâ hilâfi'l-kıyas sâbit olan şey, sâire makîsü'n-aleyh olamaz." , yani bir meselede kıyasa muhalif olarak hüküm konulmuşsa, bu, esas prensipten istisna demektir, artık başka bir mesele buna kıyas edilemez. (Mecelle m:15).

İslâm hukukçuları diyor ki, İmam-ı Muhammed, zaruret ve umumî belvâ bulunduğu için bu gibi hayvanların terslerinin temiz olduğuna fetva vermiştir. Çünkü bu konuda necâset ve tahâret delilleri birbirleriyle teâruz halindedir, yani çatışmıştır. Bunlardan biri, develerin sidiklerinin tedavide kullanılmasıyla ilgili “*Ureniyyîn*” hadîsi<sup>9</sup>, “*Budâ'a*” kuyusuna necâset atıldığına dair hadîs<sup>10</sup>, ayakkabılarda bulunan necasetin “delk” ile (bir yere sürmekle) temiz olduğunu bildiren hadîs<sup>11</sup> ve yerinde anlatıldığı gibi diğer hadîslerdir.

Söyleyin bakalım şimdi, bugüne kadar, sigorta ve fâiz akitleriyle irtibatı olmadığı için, memleketimizin açlık ve darlığa düştüğünü duydunuz mu hiç? Yazarın zannına göre ahlakları ne kadar yüksek olursa olsun, mal toplamak, malların en büyük kısmını ele geçirmek ve bunları tamamen ülkeden çekmekten başka hiçbir düşünceleri bulunmayan şirketlere gidip sığınmamızda ne gibi bir zaruret vardır? Evet, bu anlattıklarımız fiilen vâki olmuş, milyonlarca lira dışarıya götürülmüş ve ülke bu servetten mahrum olmuştur. Zerka, sigorta akdinin cevazına dair görüşünü desteklemek üzere, sigortanın yardımlaşma ve ihtiyacı karşıladığı, işlerin maksat ve ma'nâlarına göre değerlendirileceği gibi belîğ ve süslü sözleri çok kullanmış<sup>12</sup>, fakat benim bildirdiğim hükümlerden sonra bu sözler, ne haramı helal, ne de helâli haram edebilir.

Kazanç meseleleriyle ilgili daha geniş bilgi almak isteyenler, bizim: “*el-Ma'lûmâtü'd-darûriyye fi'l-muamelâti's-şer'iyye*” kitabımızı okusun! Bu kitabımız anlaşılması kolay ve çok faydalıdır. Uzun kitaplara bakmaya ihtiyaç bırakmaz.

Hz. Peygamber, Taberânî'nin Evsat'ta bildirdiği bir hadîste diyor ki: (Zekâtı verildikçe ne karada ve ne de denizde mal telef olmaz, o halde mallarınızı zekâtla koruyun.)

<sup>9</sup> Tirmizî: Tıbb 6.

<sup>10</sup> Hadîs, içine çeşitli pislikler atılan bu kuyunun suyunun temiz olduğunu bildirmektedir. Ebû Dâvud: Tahâret 34; Tirmizî: Tahâret 49; Nesâî: Miyâh 2.

<sup>11</sup> Ebû Dâvud: Tahâret 141.

<sup>12</sup> Burada kastedilen, Zerka'nın bey' bi'l-vcfâyı, yani geri alım şartıyla satışı örnek vererek, bunu hem sonraki zamanlarda ortaya çıkan akitlerin hukuken geçerli kabul edileceğine, hem de akitlerde maksat ve ma'nâya itibar olunacağına delil göstermesidir. Nitekim bu akit, sonradan örf sebebiyle geçerli kabul edilmiş ve bazı hukukçularca, akitlerde şekle değil maksada itibar olunması prensibine göre hakkında rehin hükümlerinin cereyan edeceği bildirilmiştir.

**Tâcirin Ahlak ve Âdabı**

Bu meselemizi, bereketlenmek için bir âyet ve birkaç hadîsle bitirmek istiyorum, tâ ki gönüller rahat etsin ve bunların sayesinde doğruyu bulmak sebebiyle inşaallah büyük sevap kazanılsın. Allah buyuruyor ki: (Öyleleri vardır ki, onları ne ticaret, ne alış-veriş, Allahı zikretmekten, dosdoğru namaz kılmaktan ve zekâtlarını vermekten alıkoymaz. Onlar, kalplerin ve gözlerin dehşetle döneceği günden korkarlar. Allah, onların amellerini en güzel bir şekilde mükâfatlandırır ve onlara lûtfundan fazlasıyla verir. Allah, dilediği kimseyi hesapsız rızıklandırır.) [Nûr 37-38]

Hz. Peygamber diyor ki: (Doğru ve emîn tâcir, peygamberler, sıddıklar ve şehidlerle beraberdir.) [Tirmizî ve diğerleri]

(İbn Ömer diyor ki, Resûlullah'a; hangi kazanç daha faziletlidir, diye soruldu. Buyurdu ki, insanın kendi elinin çalışmasından gelen kazanç ile her çeşit mebrûr alış-veriş.) [Taberânî] Mebrûr, İslâm hukukunda makbul demektir.

(Her kim, geri vermek şartıyla insanların malını alırsa, Allah ona ödemeyi nasib eder ve her kim telef etmek için mallarını alırsa, Allah onu telef eder.) [Buhârî, Tirmizî]

(Enes bin Mâlik diyor ki, Resûlullah, çarşıya çıktı. Küme hâlinde bir yiyecek gördü. Elini içine daldırdı, yağmur değmiş ıslak yiyecek çıkardı ve sahibine buyurdu ki, "Niçin böyle yaptın?" Dedi ki, "Seni hak (din) ile gönderen (Allaha) yemîn ederim ki, bu aynı yiyecektir". Dedi ki, "Sen niye ıslak olanı ayırmadın ki alan bilerek alsın? Bizi kandıran bizden değildir", yani yolumuzdan ve hidâyetimiz üzere değildir. [Taberânî]

(Resûlullah'a, "Hangi kazanç daha faziletlidir?" diye soruldu. Dedi ki, "Hiç şüphe yok ki, en tayyib, en güzel ve temiz kazanç, öyle tüccarların kazancıdır ki, konuştukları zaman, yalan söylemezler, kendilerine birşey emânet edildiği zaman hıyânet etmezler, söz verdikleri zaman caymazlar, birşey satın aldıkları zaman aldıklarını kötülemezler, birşey sattıkları zaman sattıklarını övmeyizler, borçlandıkları zaman ödemeyi geciktirmezler, alacaklı oldukları zaman da borçluyu sıkıştırmazlar.) [Beyhekî]

Huzeyfe ve Ebû Mes'ûd el-Bedrî diyorlar ki, Resûlullah'tan şöyle buyurduğunu işittik: (Sizden önceki (ümmetlerden) bir adama ölüm meleği canını almak geldi. Ona dedi ki: "Herhangi bir hayırlı iş yaptın mı?". Dedi ki "Bilmiyorum". Ona denildi ki: "İyi düşün!". Dedi ki, "Hiç bir şey bilmiyorum. Sadece şu var ki, dünyada iken insanlara birşeyler satıyordum. Elinde parası olana mühlet verir, eli dar olanı da afvederdim". Bunun üzerine Allah, onu cennete koydu.) [Buhârî, Müslim]

Resûlullah buyurdu ki: (Ey insanlar! Allahtan korkun! [Rızkı] ararken mutedil olun! Hiçbir kimse, geç de olsa rızkını almadan katiyyen ölmez. Öyleyse, Allahtan korkun ve [rızkı] talep etmekte mutedil davranın! Helâl olanı alın ve haram olanı bırakın!) [İbni Mâce, Hâkim]

### Hâtîme (Son Söz)

Ben, bu açıklamayı yaparken hakkı ortaya çıkarmak ve gerektiğinde nahiye ve ihtarda bulunmayı yaygınlaştırmaktan başka hiçbir hedefim yoktur. Eğrilikleri [yanlışlıkları] düzeltmek gücüne sahip değilim, aynı zamanda nefsimi de temize çıkarmıyorum. Böyle bir şey nasıl mümkün olabilir ki, tamahkârlığın insanlara gelebe çaldığı, bu dinin hükümlerine uymaya verilen önemin azaldığı, helâl ile haramın birbirine karıştığı, zulmün çoğalıp düzenin bozulduğu bu zamandayız.

Resûlullah buyuruyor ki: (İnsanların başına öyle bir zaman gelecek ki, fâiz yemeyen hiçbir kimse kalmayacak, yemeyen kimse de onun tozuna ma'rûz kalacak.) [Ebû Dâvud, Nesâî]

Bu konuyu gündeme getiren profesör [Zerkâ] -Allah ona hidâyet versin ve dilerim hayra ve doğruya dönsün- şer'î haberleri ve nassları, yani İslâm hukukunun delillerini arasaydı ve ihtisas sahibi ilim ehline danışsaydı, sadece kendi görüşüne göre amel etmeseydi, hakkı bulurdu ve bizim de böyle bir konuya girmemize ihtiyaç kalmaz ve bizi ona reddiye yazmak sıkıntısından kurtarırdı. Özellikle şunu belirtmekte fayda var: Mal toplama hırsı hakikatleri aramaya galebe çalmıştır. Öyle ki, akıllı ve dindar zannedilen bazı kimseler, kendilerini âlim sayanlara gidip, çeşitli tevillerle şer'î hükümlerde kendisine cevaz yolunu açmaları, ruhsatları ve hileleri göstermelerini isterler. Bu teviller, bazen zaruret namıyladır, bazen de az miktarda fâiz alıp vermekte bir mahzur bulunmadığı şeklindedir.

Halbuki Allah: (Size sadece sermayeleriniz vardır.) [Bekara: 278] sözü ve benzerleri ile fâizin azını da çoğunu da yasaklamıştır. Bunlar, habîs mallarla hırsların tatmin etmek ve eli dar olan muhtacı sıkıntıya sokmak için fâizli muamele yapıyorlar. Şimdi böyle kimseler ne kadar da çok! Halbuki bu zamanda, zulüm ve katı kalbilik yerine yardımlaşmaya, şefkat ve merhamete şiddetle ihtiyaç vardır, bu ise akıl ve insaf sahiplerine gizli değildir. Bunlar iyi iş yaptıklarını zannediyorlar. Eğer bu ihmalkâr kimseler, fâizcilerin ağına düşenlerin uğradığı hakir görülme, zillete düşme, kötü söz işitme, daha sonra borcunu ödemesi için sıkıştırılma, fâizin çok artışıyla borcunu ödeyememe, bu sebeple de acımasızca en kıymetli eşyalarından olma ve en değerli mülklerini kaybetme gibi şeyleri bilseydi, Allah ve Resûlünün bu zâlim güruha, yani fâizcilere niçin la'net ettiğini anlardı. Allah bizi onların

şerrinden korusun ve buna tutulmuş fakirleri de onlarla muamele etmek ihtiyacından kurtarsın.

Kitabımın sonunda şunu ifade etmek istiyorum: Ben bunları, insanları sıkıntıya, meşakkate sokmak, kazanç yollarını daraltmak için değil, insanlar ellerinden geldiği kadar dinin yasaklarından kaçsınlar, diye yazdım. Allah buyuruyorlar ki: (Ellerinizden geldiği kadar, Allahtan korkun, yani emir ve yasaklarına yapışın!) [Teğâbün: 16]

Yine bilinmelidir ki, bugün kazanç yolları geniştir. Bunlar ticaret, sanat, ziraat, arsa-emlak alım-satımı, şirket, selef satışı<sup>13</sup> ve buna benzer daha nice yasaklanan yollardan uzak akitlerdir. Üstelik bunlarda samimiyet, güzel muamele ve kanaat, yani az kâra razı olmak vardır, çünkü bununla gönül rahat ve dertler az olur. Kafayı da meşgul etmez. Allah, rızık verenlerin en iyisidir.

Hz. Peygamber diyor ki: (Helâl belli, haram bellidir, aralarında bazı şüpheli şeyler vardır. Bunları insanların çoğu bilmez, bu şüphelilerden uzak duran dinini ve ırzını korumuş olur.) [Buhârî] Yani dinini noksanlıktan ve ırzını da kötülenmekten kurtarır. Başta da, sonda da Allaha hamd olsun, en büyük mürşid olan efendimiz Hz. Muhammed'e, soyuna, arkadaşlarına ve O'nun yolunu takip edenlere salât ve selâm olsun.

Yazan: Ârif el-Cüveycâtî Zülka'de 1381/Nisan 1962

---

<sup>13</sup> Selef, selem satışının bir başka ismidir. Hatta Irak havalisinde karz-ı hasen için de selef tabiri kullanılmaktadır. Bilmen, VI/8.



# YENİ ALMAN ACİZ KANUNU GENEL HÜKÜMLERİ

*Çev.: Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN\**

## I- Genel Bilgi

Alman Federal Meclisi tarafından kabul edilen 5 Ocak 1994<sup>1</sup> tarihli Aciz Kanunu (Insolvenzordnung) 1 Ocak 1999'da yürürlüğe girdi. Yeni kanunu isim olarak ifade eden "Insolvenzordnung" u karşılamak üzere, hukukumuzda teknik bir kavram bulunmamaktadır. Böyle olunca, kanun henüz yürürlüğe girmeden, kanunu tanıtıcı yönde verilen konferansların yapılan Türkçe çevirilerinde "Insolvenzordnung" kavramını karşılamak üzere farklı tabirler kullanılmıştır. Yapılan çevirilerde "Insolvenzordnung"u karşılamak üzere "Külli Takip Kanunu"<sup>2</sup> ve "Acz Haline İlişkin Kanun"<sup>3</sup> tabirleri kullanılmıştır. Ancak biz "Insolvenzordnung"un, karşılığı olarak "Aciz Kanunu" kavramını kullanmanın daha uygun olacağını düşünmekteyiz<sup>4</sup>.

---

\* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

1 BGBl. I s. 2866 vd.

2 Yıldırım, N.D., Federal Alman Cumhuriyetinde Yeni Külli Takip Hukuku-Ağırlık Noktaları ve Temel Esaslar- [(Hans Friedheim Gaul' den Çeviri): İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 465].

3 Stallman, C., Einführung in das neue Insonvenzrecht (Çev.:Tercan, E., : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, C. 45, S. 1-4, s. 413). Yazar bu tabirin kullanmasının sebebini şu şekilde izah etmektedir: "Bu kanun ile, ödeme güçlüğü içine düşen borçlunun, bu durumdan kurtarılıp, iyileştirilmesi (Sanierung), bu mümkün olmazsa, malvarlığının tasfiyesi (Liquidation) öngörülmektedir. Alman hukukunda, her iki durumu da ifade edecek şekilde "Insolvenz" kavramı kullanılmıştır. Hukukumuzda, benzer teknik bir kavram bulunmadığından, her iki durumu da ifade etmek üzere, "Insolvenzordnung" kavramını, iflas kanunu ile de karıştırmamak için "Acz Haline İlişkin Kanun" olarak çevirmiş bulunuyoruz".

4 Hukukumuzda teknik bir karşılığı bulunmadığı için kanımca, terim olarak "Insolvenz" kavramından hareket etmek daha doğru olacaktır. Ayrıca, reform niteliğinde (en azından öyle ifade edilmektedir) bir düzenlemenin daha önceki kanunları ifade eden kavramlardan farklı bir ifade kullanmış olması da bunu gerektirmektedir. "Insolvenz", "Solvenz" kelimesinin olumsuz şeklidir. "Solvenz" tediye (ödeme) kabiliyeti" (Langenscheids

Yeni Aciz Kanunu, şimdiye kadar eyaletlerde (iki ayrı kanun olarak) uygulanmakta olan 1877 tarihli iflas Kanununu (Konkursordnung), 1935 tarihli Konkordato Kanununu (Vergleichsordnung) ve 1991 tarihinden sonra iki Almanya'nın birleşmesinden sonra uygulanmakta olan Külli Takip Kanununu (Gesamtvollstreckungsordnung)<sup>5</sup> ortadan kaldırmış ve tüm Federal Almanya Cumhuriyeti sınırları içerisinde uygulanacak yeknesak aciz hukuku meydana getirmiştir<sup>6</sup>.

Yeni aciz kanununun yürürlüğe girişinden itibaren, artık iki ayrı iflas ve konkordato<sup>7</sup> davası değil, bunların yerine (Statt Konkurs und Vergleich)<sup>8</sup> sadece tek bir aciz davası vardır. Bu Kanun ile amaçlanan, alacaklıların mümkün olan en iyi oranda tatmin edilmesidir. Borçlu gerçek bir kişi ise, özel tüketici aciz prosedürü ile borçlunun tüm bakiye ve borçlarından kurtu-

---

Grosswörterbuch, Deutsch als Fremdsprache, s. 892; Duden, Deutsches Universal Wörterbuch A-Z, Mannheim 1989, s. 769). "Insolvenz" ise ödeyememe, ödeme güçlüğü anlamına gelmektedir (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Gütersloh 1997, s. 682; Duden, s. 1415). Hukukumuzda ödeme güçlüğü (ödeyememeyi) en iyi şekilde ifade eden kavram "aciz" kavramıdır. Yeni kanun tüketici acizini de düzenlediği için, aciz halini hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler bakımından ifade eden "Insolvenz" (Coşkun, H., Mesleki Terimler Sözlüğü, Fachwörterbuch, Ankara 1997, s. 513) kavramı kullanılmıştır. Acizden söz edebilmek için aciz halinin gerçekleşmiş olması şart olmayıp, aciz tehdit veya tehlikesinin varlığı da yeterlidir. "Acz Haline İlişkin" ibaresi sadece aciz halinin gerçekleşmiş olması ihtimalini ifade etmesi yüzünden tercih edilmemiştir. Nitekim yeni aciz kanununda aciz davasının açılma sebepleri; ödeme güçlüğü "Zahlungsunfähigkeit" (m. 17), ödeme güçlüğü tehdidi "drohende Zahlungsunfähigkeit" (m. 18) ve aşırı borçlanma "Überschuldung" (m. 19) olarak düzenlenmiştir. "Külli Takip Kanunu" tabiri ise, yukarıdaki gerekçelerden başka, külli takip hukuk sistemimizde iflas takibinin karşılığı olarak kullanıldığı için tercih edilmemiştir. Şüphesiz kanuna Türkçe anlam verilirken, kanunun içeriğine ilişkin hususlarda da bu anlamın kullanılabilirliğine dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, "Acz Haline İlişkin Dava" veya "Acz Haline İlişkin Mahkeme" ya da "Külli Takip Davası" veya "Külli Takip Mahkemesi" yerine "Aciz Davası" veya "Aciz Mahkemesi" kullanılabilirlik açısından daha tercih edilebilir olsa gerek. Aynı yönde: Kıyığı, O. N., Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch-Türkisch, Essen 1999, s. 422.

5 BGBl. I, s. 1185 vd.

6. İnternet, Das neue Insolvenzrecht, Reihe: Text- und Dokumentationsbände, <http://193.97.251.49/verlagsverzeichnis/static/files/30.html>, (05.11.2000); "Statt Konkurs und Vergleich: Die neue Insolvenzordnung", <http://www.barkhof.uni-bremen.de/tbs/ak/insolvpe.htm>, (08.11.2000).

7 İflas ve Konkordato düzenlemeleri temelde birbirinden ayrı düzenlemelerdir [Hencel, Wolfram, Batı Alman Aciz Hukukuna İlişkin Reform Planları İflas Hukukunda Önerilen Değişiklikler (Çev.: Tanverdi, M.), Hukuk Araştırmaları, 1988, C. 3, S:2, s. 49].

8 İnternet, <http://www.barkhof.uni-bremen.de/tbs/ak/insolvpe.htm>, (15.11.2000).



labilmesi mümkün olmaktadır<sup>9</sup>. Alman hukuk tarihinde, ilk kez, borçluya, kanunda belirtilen şartları gerçekleştirmek kaydıyla, tüketici aciz prosedürü çerçevesinde kendisini baskısı altında olduğu borçlarından kurtarmak suretiyle ekonomik olarak başlangıçtaki durumuna kavuşma (ekonomik olarak yeniden dirilme) şansı tanınmıştır<sup>10</sup>. Daha önce, bu şekilde bir borçtan kurtulma imkanı Alman Hukukunda tanınmamakta idi<sup>11</sup>.

Tüm aciz hukuku alanında köklü değişiklikler getiren<sup>12</sup> yeni aciz kanunu çok yeni olmasına rağmen<sup>13</sup> birtakım eleştirilere maruz kalmıştır<sup>14</sup>. Yeni Kanuna yöneltilen eleştiriler, özellikle, tüketici aciz prosedürü konusunda kanunun yapıldığı sıradaki beklentilerin bugüne kadar gerçekleşmediği<sup>15</sup> ve yargılama giderlerinin fazla olduğu noktalarında yoğunlaşmaktadır<sup>16</sup>. Ancak her kanunun eleştirilere ve reform ihtiyaç ve taleplerine maruz kalma mukadderatından bu kanunun da istisna olamayacağı dikkate alınarak, yeni aciz kanunun Almanya sınırları içerisinde yeknesak bir uygulamayı gerçekleştirmiş olmasının yanında iflas ve konkordato kurumlarını bünyesinde birleştirmiş olmasını bir başarı, en azından bir reform, olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

---

<sup>9</sup> İnternet, Das Bundesministerium der Justiz, [http://www.bmj.bund.de/misc/e\\_insol.htm](http://www.bmj.bund.de/misc/e_insol.htm), (19.11.2000).

<sup>10</sup> İnternet, Oberlandesgericht Nürnberg- Justizpressestelle- Die neue Insolvenzordnung, <http://www.justiz.bayern.de/olgn/presse/InsolvO.htm#Vorbemerkung>, (19.11.2000).

<sup>11</sup> İnternet, Das Bundesministerium der Justiz, [http://www.bmj.bund.de/misc/e\\_insol.htm](http://www.bmj.bund.de/misc/e_insol.htm), (19.11.2000).

<sup>12</sup> İnternet, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, <http://193.97.251.49/verlagsverzeichnis/static/files/20.htm>, (22.11.2000).

<sup>13</sup> Kanun'da, 25.08.1998 (BGBl. I S. 2866), 19.12.1998 (BGBl. I S. 2489) ve son olarak 08.12.1999 (BGBl. I S. 2384) tarihlerinde değişiklikler yapılmıştır.

<sup>14</sup> İnternet, Insolvenz und Recht, Reform der Reform, <http://www.kanzleidoehmer.de/webdoc46.htm>, (25.11.2000).

<sup>15</sup> İnternet, <http://www.anwaltverein.de/03/05/00/Insolvenz/Einleitung.htm>, (25.11.2000).

<sup>16</sup> İnternet, Insolvenz und Recht, Reform der Reform, <http://www.kanzleidoehmer.de/webdoc46.htm>, (05.11.2000).

## II. Genel hükümler

Genel hükümler, Yeni Alman Aciz Kanununun, Kanunun Genel Hükümlerini düzenleyen Birinci Kısımının 1 ilâ 10. maddeleri arasında düzenlenmiştir<sup>17</sup>. Buna göre:

### Birinci kısım: Genel hükümler

#### Madde 1. Aciz Prosedürünün Amacı

Aciz prosedürü, borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve elde edilen paranın paylaşılması veya bir aciz planı çerçevesinde farklı bir düzenleme ile özellikle işletmenin ayakta kalmasını sağlanmak suretiyle, borçlunun alacaklılarının müştereken tatminine hizmet eder. Dürüst borçluya, kendisini kalan borçlarından kurtulma imkanı verilmektedir.

#### Madde 2. Aciz Mahkemesi Olarak Sulh Mahkemesi

(1) Aciz prosedüründe, borçlunun ikâmetgahının bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi bölgesindeki sulh mahkemesi, aciz mahkemesi olarak münhasıran yetkilidir.

(2) Eyalet hükümetleri, amaca uygun gereklerle veya prosedürün çabuk tamamlanmasını sağlamak için, yapacağı bir düzenleme ile, diğer veya ilave bir sulh mahkemesini aciz mahkemesi olarak belirlemeye ve aciz mahkemelerinin yetki çevresini tespit etmeye yetkilidir. Eyalet hükümetleri bu yetkiyi eyalet adalet idarelerine bırakabilirler.

#### Madde 3. Yer İtibariyle Yetki

(1) Borçlu hakkındaki genel yetkili mahkeme aciz mahkemesi olarak yer itibariyle münhasıran yetkilidir. Borçlunun bağımsız ekonomik faaliyetlerinin ağırlık noktası bir başka yerde bulunuyor ise, bu durumda o yerde bulunan aciz mahkemesi münhasıran yetkilidir.

(2) Birden fazla mahkemenin yetkili olması durumunda, aciz prosedürünün ilk olarak açıldığı mahkeme yetkili olup, diğerleri yetkisizdir.

#### Madde 4. Usul Kanunu Hükümlerinin Uygulanması

Aciz prosedürü için, kanunda başkaca bir düzenleme bulunmadığı durumlarda Usul Kanununun uygun (ilgili) hükümleri uygulanır.

<sup>17</sup> Kanunun tam metni için bkz; İnternet, Gesetzestext der Insolvenzordnung, <http://www.anwalt-hls.de/insolvenz/insolo1.htm>, (05.11.2000); Insolvenzordnung, <http://www.kanzlei-dochmer.de/webdoc39.htm>, (05.11.2000); Die neue Insolvenzordnung, <http://www.jur-online.de/insol98.htm> (05.11.2000); Rüssmann, H., Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (Geltung ab 1. Januar 1999), <http://ruessmann.jura.unisb.de/rw20/gesetze/insolvo/insfram2.htm>, (05.11.2000).

### **Madde 5. Yargılama Esasları**

(1) Aciz mahkemesi, aciz davasıyla ilgili önemli bütün hususları resen araştırır. Bu amaca yönelik olarak tanık ve bilirkişiye başvurabilir.

(2) Mahkeme duruşma yapmaksızın karar verebilir. Duruşma yapılırsa Usul Kanununun 277, III, c. 3 hükmü uygulanmaz.

(3) Sıra cetveli ve listeler mekanik olarak hazırlanıp düzenlenebilir.

### **Madde 6. Acele Şikayet**

(1) Aciz mahkemesinin kararları, yalnızca bu kanunda acele şikayetin öngörüldüğü hallerde, kanun yoluna tabidir.

(2) Şikayet süresi kararın teftiminden, teftim edilmemişse tebliğinden itibaren başlar. Aciz mahkemesi şikayeti karara bağlayabilir.

(3) Asliye hukuk mahkemesinin şikayet hakkındaki kararı, kesinleşmesiyle birlikte sonuç doğurur. Bununla birlikte asliye hukuk mahkemesi kararın derhal sonuç doğurmasını da kararlaştırabilir.

### **Madde 7. Diğer Şikayetler**

(1) Asliye hukuk mahkemesinin kararına karşı, eyalet yüksek mahkemesine, kararın kanunu ihlal etmesi ve içtihat birliğinin sağlanması için kararın yeniden incelemesi gereği halinde dilekçe ile, diğer acele şikayette bulunulabilir. Talebin kabulü için, Usul Kanununun müteakip acele şikayet ileri sürülmesi hakkındaki kanunun ihlal edilmesinin incelenmesiyle ilgili 550, 551, 561 ve 563. maddeleri hükümleri burada da geçerlidir.

(2) Eyalet yüksek mahkemesi, aciz hukukuna ilişkin diğer şikayetler hakkındaki kararında, başka bir eyalet yüksek mahkemesinin bu şikayetler hakkında verdiği kararından sapmak (ayrılmak) isterse, şikayeti federal mahkemeye sunmak zorundadır. Konuya ilişkin federal mahkemenin daha önceden verdiği bir karar varsa ve eğer eyalet yüksek mahkemesi bundan sapmak isterse, aynı durum geçerli olur. Emsal karar, şikayet edenin iddiaları da eklenerek gerekçelendirilir.

(3) Bir eyalette birden fazla eyalet yüksek mahkemesinin bulunması halinde, aciz konularında kaza mercilerinin görüş birliğine, özellikle, içtihat birliğini sağlamaya hizmet ettiği sürece, eyalet hükümeti yapacağı düzenleme ile, acze ilişkin diğer şikayetler hakkında karar verme yetkisini eyalet yüksek mahkemelerinden birisine veya en yüksek eyalet mahkemesine vere-

bilir. Eyalet hükümetleri bu yetkiyi eyalet adalet bakanlığına bırakabilirler. İkinci fıkra hükmü saklıdır.

#### **Madde 8. Tebligat**

(1) Tebligat resen posta aracılığıyla gerçekleştirilir. Tebliğ evrakının tasdik edilmesine gerek yoktur.

(2) İkametgahları bilinmeyen şahıslara tebligat yapılmaz. Bu kişilerin tebligatı almaya yetkili bir temsilcisi varsa tebligat bu temsilciye yapılır.

(3) Aciz mahkemesi tebligat yapmak üzere aciz idarecisini görevlendirebilir.

#### **Madde 9. Resmi İlan**

(1) Resmi ilan, mahkemenin resmi ilanları için tayin edilen bültende yayınlanma ile gerçekleşir; yayın özet olarak yapılabilir. İlanda borçlu tam olarak tanıtılmalıdır, özellikle adresi ve yaptığı iş belirtilmelidir. İlan, yayımı takip eden iki gün geçtikten sonra sonuç doğurur.

(2) Aciz mahkemesi yeni bir ilan yapabilir veya ilanı tekrarlayabilir.

(3) Kanun resmi ilanının yanında özel bir tebliğ şekli öngörmüş olsa bile, tebligatın bütün ilgililerine yapıldığının ispatı için resmi ilan yeterlidir.

#### **Madde 10. Borçlunun dinlenmesi**

(1) Bu kanunun borçlunun dinlenmesini öngördüğü hallerde, eğer borçlu yurt dışında ikamet ediyor ve dinlenmesi yargılamayı aşırı geciktirecekse veya borçlunun ikametgahı bilinmiyorsa dinlemeden sarfi nazar edilebilir. Bu durumda borçlunun temsilcisi veya yakını (aile ferdi) dinlenmelidir.

(2) Borçlunun gerçek kişi olmaması halinde borçluyu temsile yetkili olan veya ona iştirak eden şahısların dinlenmesi hakkında 1. fıkra hükmü geçerlidir.

**AVRUPA TOPLULUĞUNUN**  
**ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN**  
**9 EKİM 1978 TARİH ve 78/855/EEC SAYILI**  
**ŞİRKETLER HUKUKU ÜÇÜNCÜ KONSEY**  
**YÖNERGESİ**

*Çev.: Yrd.Doç.Dr. Şükrü YILDIZ\**

**ÜÇÜNCÜ KONSEY YÖNERGESİ**

Topluluk AnlaŐmasının 54 (3) (g) maddesi çerçevesinde anonim Şirketlerin birleşmesine ilişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC sayılı Üçüncü Konsey Yönergesi

AVRUPA TOPLULULUKLARI KONSEYİ ,

Avrupa Ekonomik Topluluğunun kuruluş anlaŐmasına, özellikle madde 54 (3) (g) göre,

Komisyonun önerisi üzerine<sup>1</sup>,

Avrupa Parlamentosu görüşlerine dayanarak<sup>2</sup>,

Ekonomik ve Sosyal Komitenin görüşlerine dayanarak<sup>3</sup>,

Kuruluş serbestisi üzerindeki sınırlamaların kaldırılması için 54 (3) (g) maddesine dayalı olarak genel programda sağlanan koordinasyon<sup>4</sup> 68/151/EEC sayılı Yönerge<sup>5</sup> ile baŐlatıldı;

---

\* A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi-Özel Hukuk Bölüm Başkanı.

1 OJ No C 89, 14.7.1970, p.20

2 OJ No C 129, 11.12.1972, p.50; OJ No C95, 28.4.1975, p.12.

3 OJ No C 88, 6.9.1971, p.18.

4 OJ No 2, 15.11.1962, p. 36/62.

5 OJ No L 65, 14.3.1968, p.8.

Bu koordinasyon anonim şirketlerin kuruluşunu, sermayelerinin korunması ve değiştirilmesi hususlarında 77/91/EEC sayılı Yönerge<sup>6</sup> ile ve belirli şirket türlerinin yıllık hesapları konusunda da 78/660/EEC sayılı Yönerge<sup>7</sup> ile sürdürüldü;

Ortakların ve üçüncü kişilerin korunması anonim şirketlerin birleşmesine ilişkin üye devletler mevzuatının düzenlenmesini ve birleşme hükümlerinin tüm üye devletlerin mevzuatında yer almasını zorunlu kılar;

Bu düzenleme çerçevesinde birleşen şirketlerin ortaklarının menfaatlerinin korunabilmesi için kendilerinin birleşme hakkında bilgilendirilmeleri gerekir;

Teşebbüslerin, işletmelerin veya onların bir kısmının transferi durumunda işçilerin mevcut haklarının korunması 77/187/EEC sayılı Yönerge<sup>8</sup> ile düzenlenmiştir;

Birleşen şirketlerle iş ilişkisine giren üçüncü kişilerin, özellikle alacaklıların hakları korunmalı ve bunlar birleşme yüzünden herhangi bir zarara uğramamalıdır;

68/151/EEC sayılı Yönergenin içeriği birleşmeler konusunda üçüncü kişilerin yeterince bilgilendirilmelerini içerecek şekilde genişletilmelidir;

Ortaklar ve üçüncü kişilere sunulan korumalar, bu korumaları sağlama zorunluluğundan kaçınılamayacak şekilde bazı yasal uygulamaları sağlayacak biçimde genişletilmelidir;

Hukuk güvenliği açısından birleşen şirketlerin birbirleriyle ve her bir şirketin kendi ortak ve alacaklılarıyla olan ilişkileri açıklıkla düzenlenmelidir. Bu arada birleşmenin butlanı durumları daraltılmalı ve butlan davası açma hakkı belirli bir süre ile sınırlandırılmalıdır,

şeklindeki hususları dikkate alarak ,

**BU YÖNERGEYİ KABUL ETTİ:**

### **Madde 1**

#### **Alan**

1. Bu Yönerge ile kabul edilen koordinasyon uyumlaştırmaları üye devletlerin kanunla ya da idari kararlar düzenlediği aşağıdaki şirket tiplerine ilişkin olarak geçerlidir:

-Almanya :

---

<sup>6</sup> OJ No L 26, 31.1.1977, p.1.

<sup>7</sup> OJ No L 222, 14.8.1978, p.11.

<sup>8</sup> OJ No L 61, 8.3.1977, p.26.

Anonim Şirket, ( die Aktiengesellschaft ),

-Belçika :

Anonim Şirket ( la societate anonyme / de naamloze vennootschap),

-Danimarka :

Anonim Şirket ( aktiselskaber),

-Fransa :

Anonim Şirket ( la sociate anonyme),

-İrlanda :

Public companies limited by shares, and public companies limited by guarantee having a share capital,

-İtalya :

Anonim Şirket ( la societa Per azioni),

-Lülsemburg :

Anonim Şirket ( la societate anonyme),

-Hollanda :

de naamloze vennootschap,

-İngiltere :

Public companies limited by shares, and public companies limited by guarantee having a share capital

2. Üye devletlerin bu Yönergeyi 1. Paragrafta verilen şirket tiplerinden biri olarak kooperatiflere uygulamaları gerekmez. Üye devletler mevzuatı bu seçeneği sunduğuna göre 68/151/EEC sayılı Yönergenin 4. maddesi gereğince bu şirketin tüm belgelerinde "kooperatif" kelimesini kullanması istenir.

3. Dağılan veya devralan şirket veya şirketlerin iflas etmesi, müflis şirketlerin tasfiye işlemlerinin, hukuki düzenlemeler, anlaşmalar ve benzer işlemlerin konusu olmaları halinde üye devletlerin bu yönerge hükümlerini uygulamaları gerekmez.

## **BÖLÜM I**

### **Devralma ve Yeni Bir Şirket Kurulması Yoluyla Birleşmenin Düzenlenmesi**

#### **Madde 2**

Üye devletler kendi ulusal kanunları ile yönetilen şirketler hakkında bir veya daha fazla şirketin bir başka şirket tarafından devralınması yoluyla birleşmeyi ve yeni bir şirket kurulması yoluyla birleşmeyi gerçekleştirecek kurallar koyacaktır.

**Madde 3**

1.Devralma yolu ile birleşmede bir veya birkaç anonim şirketin malvarlığı tasfiye edilmeksizin bütün hak ve borçları ile birlikte devralan şirkete geçer ve dağılan şirket veya şirketin ortakları, devralan şirkette pay sahibi olurlar. Nakit ödeme yapıldığı takdirde bu miktar çıkarılan payların nominal veya muhasebe değerinin %10 dan fazla olamaz.

2.Üye devletler, bu tür birleşmenin tasfiye halindeki şirketlerce de yapılabilmesini henüz tasfiye bakiyesinin dağıtımına başlanmamış olması kaydıyla kabul edebilirler.

**Madde 4**

1.Bu Yönergenin amaçları bakımından yeni bir şirket kurulması yolu ile birleşmede birleşmek isteyen birden çok anonim şirket, tasfiye edilmeksizin sona erer, böylece dağılan şirketlerin malvarlıkları bütün hak ve borçlarıyla birlikte yeni şirkete geçer, bunun karşılığında kendi ortaklarına yeni şirketin payları verilir. Bu arada ortaklara yeni şirket tarafından nakit ödeme yapılacaksa, bunun çıkarılan payların nominal veya muhasebe değerinin %10 nu geçmemesi gerekir.

2.Üye devletler, bu tür birleşmenin tasfiye bakiyesi dağıtımına başlanmamış olması kaydıyla tasfiye durumundaki şirketlerce de yapılabilmesini kabul edebilir.

**BÖLÜM II****Devralma Yoluyla Birleşme****Madde 5**

1. Birleşen şirketlerin yönetim organları yazılı bir birleşme şartları taslağı hazırlayacaklardır.

2. Birleşme şartları taslağı en azından aşağıdaki konuları içerecektir:

(a) Birleşen şirketlerin türleri, ticaret unvanları ve sicile kayıtlı oldukları yer;

(b) Pay değişim oranı gerektiğinde nakit ödeme miktarı;

(c) Devralan şirket paylarının verilmesi ile ilgili şartlar;

(d) Bu payların hamillerinin kara katılmaya başlayacakları tarih ve hak sahipliği ile ilgili özel şartlar;

(e) Devralınan şirket işlemlerinin muhasebe bakımından devralan şirket adına yapılmış sayılmaya başlayacağı tarih;

(f) Devralınan şirketin imtiyazlı pay sahipleri ile diğer menkul değerler sahiplerine tanınan haklar;



(g) Birleşen şirketlerin yönetim ve denetim organlarıyla bilrkişilere madde 10 (1) anlamında sağlanan özel menfaatler.

#### **Madde 6**

Birleşme şartları taslağı, 68/151/ EEC sayılı Yönergenin 3. maddesine uygun olarak birleşen şirketlerin genel kurul toplantılarından en az bir ay önce ilan edilmelidir.

#### **Madde 7**

1. Birleşme, birleşen bütün şirketlerin genel kurullarının onayına tabidir. Üye devletler, bu konudaki kararın paylara bağlı oy hakkının veya genel kurulda temsil edilen taahhüt edilmiş sermayenin en az üçte ikisinin çoğunluğu ile alınmasını öngörecektir.

Bununla birlikte, genel kurulda taahhüt edilmiş sermayenin en az yarısı temsil edildiği zaman karar yetersayısı olarak basit çoğunluk kabul edilebilir.

2. Çeşitli türden pay gruplarının bulunması durumunda birleşme kararı, hakları birleşmeden etkilenen her özel pay sahipleri gurubunda ayrıca onaylanır.

3. Karar hem birleşme şartları taslağının onayını, hem de birleşme için gerekli görülen esas sözleşme ve maddelerinin değişimini kapsayacaktır.

#### **Madde 8**

Üye devletlerin mevzuatı, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde, devralan şirket genel kurulunun birleşmeyi onaylamasına gerek olmadığını hükme bağlayabilir:

(a) 6. madde de belirtilen ilan birleşme şartları taslağı üzerinde karara varılan devralınacak şirket veya şirketlerin genel kurulu için belirlenen tarihten en az bir ay önce devralan şirket tarafından verilmelidir.

(b) a' da belirlenen tarihten en az bir ay önce devralan şirketin tüm pay sahiplerine devralan şirketin kayıt bürosunda 11. madde de belirtilen belgelerini incelemek için yetki verilmelidir.

(c) Devralan şirketin taahhüt edilmiş sermayenin minimum bir yüzdesini elinde tutan bir veya daha fazla pay sahibine devralan şirketin genel kurulunu birleşmeyi onaylayıp onaylamama hususunda karara varmak üzere toplantıya çağırma yetkisi verilmelidir. Bu minimum yüzde %5'den daha fazla olmayabilir. Bununla birlikte, üye devletler oy hakkı olmayan payları bu hesaplamadan hariç tutabilirler.

#### **Madde 9**

Birleşen şirketlerin her birinin yönetim organı, birleşme şartları ile pay değişim oranını ve birleşmenin hukuki ve ekonomik gerekçelerini açıklayan ayrıntılı birer rapor hazırlayacaklardır.

Bu rapor aynı zamanda ortaya çıkacak özel değerlendirme zorluklarını da tanımlayacaktır.

### **Madde 10**

1. Birleşen her bir şirket adına hareket eden , fakat onlardan bağımsız olarak adli veya idari bir makamca atanmış bir veya birkaç bilirkişi, birleşme şartlarını inceleyerek pay sahiplerine birer rapor sunacaktır. Fakat üye devletler mevzuatı, birleşen şirketlerin hepsi için birleşen şirketlerin ortak başvurusu üzerine adli veya idari bir makamca bir veya birkaç bilirkişi atanmak kaydıyla bu şirketlerin hepsi için atanmasını öngörebilir. Bu bilir kişiler, üye devletler mevzuatına göre gerçek veya tüzel kişi şirket veya firma olabilir.

2. Paragraf 1’de ki bilir kişi raporunda pay değişim oranının adil ve makul olup olmadığı belli olmalıdır. Bilir kişi raporu asgari olarak şu hususları içermelidir:

(a) bu oranı elde etmek için hangi yöntem veya yöntemlerin kullanıldığı;

(b) bu yöntem veya yöntemlerin inceleme konusu birleşme bakımından yeterli olup olmadığı açıklanır,

Bu rapor aynı zamanda ortaya çıkacak özel değerlendirme zorluklarını da tanımlayacaktır

3. Bilirkişiler birleşen şirketlerden birleşme ile ilgili her türlü belgeyi isteyebilirler.

### **Madde 11**

1. Birleşen her bir şirketin ortakları, şirket merkezinde, genel kurul toplantısından en az bir ay önce en az aşağıdaki belgeleri incelemek hakkına sahiptirler:

(a) Birleşme şartlarını,

(b) Birleşen şirketlerin son üç yıllık hesaplarını ve mali raporlarını,

(c) En son yıllık hesaplar birleşme şartları taslağında yer alan tarihi takip eden üçüncü ayın ilk gününden daha önce olmayan tarihten 6 aydan önce sona eren bir mali yıla ait ise bu tarihte düzenlenmiş olan bir hesap raporunu,

(d) 9. maddede ifade edilen birleşen şirketlerin yönetim veya idare organlarının raporlarını,

(d) 10. maddede belirtilen raporları.

2. 1 (c) paragrafında belirtilen hesap raporu son yıllık bilançodaki metot ve düzen kullanılarak hazırlanacaktır.

Bununla birlikte, üye devletler mevzuatı aşağıdaki hususları belirleyebilir:

(a) Yeni bir fiziksel envanter hazırlamak gerekmez,

(a) Son bilançoda gösterilen değerler sadece hesap defterlerindeki girişleri yansıtmak için değiştirilecektir.

Bununla birlikte, aşağıdaki hususlar hesaba katılacaktır:

- geçmiş amortisman ve hükümler,
- kayıtlarda gösterilmeyen gerçek değerdeki maddi değişmeler.

3. Her bir ortak 1. Paragrafta ifade edilen belgelerin tamamının veya bir kısmının kopyalarını ücretsiz olarak elde etme hakkına sahiptir.

#### **Madde 12**

Birleşen şirketlerden her birinde çalışanların haklarının korunması, 77/187/EEC sayılı Yönergeye uygun olarak düzenlenecektir.

#### **Madde 13**

1. Üye devletler mevzuatı birleşme şartları taslağının ilanından önce birleşen şirketlerden alacaklı olup da henüz alacakları muaccel olmayan alacaklıların haklarının korunmasına yeterli bir sistem öngörmek zorundadır.

2. Bu amaçla üye devletler mevzuatı alacaklılara en azından birleşen şirketlerin mali durumunu korumayı gerektirdiği ve alacaklıların haklarını daha önce güvence altına alınmamış olduğu ölçüde yeterli tedbirler alınmasını isteme hakkı tanınmalıdır.

3. Bu tedbirler devralan ve devralınan şirketler bakımından farklı olabilir.

#### **Madde 14**

Birleşme tahvil sahipleri genel kurulu veya bireysel pay sahiplerince milli hukukların öngördüğü şartlar çerçevesinde onaylanmadıkça, 13. maddede yer alan kurallar birleşen şirketlerin tahvil alacaklıları içinde geçerlidir.

#### **Madde 15**

Paylar dışındaki, kendilerine özel haklar tanınan menkul kıymetlerin sahiplerine en azından şirkette sahip oldukları haklara eşdeğerli haklar tanınmalıdır, meğer ki, kendi haklarında değişiklik yapılmasını milli hukukların öngördüğü şartlar çerçevesinde genel kurul veya bireysel olarak onaylamamış olsun ya da şirket tarafından bunlara aynı hakları sunan diğer menkul kıymetlerden verilmemiş bulunsun.

#### **Madde 16**

1. Üye devletler mevzuatında birleşmenin hukuka uygunluğu konusunda adli veya idari bir ödenetim öngörülmemiş ise veya bu ödenetim birleşme ile ilgili bütün hukuki işlemleri kapsamıyorsa, birleşme kararının alındığı genel kurul tutanakları ve karardan sonra yapılan birleşme sözleşmesi resmi biçimde düzenlenecek ve onaylanacaktır.

2. Noter veya resmi belgeler düzenlemeye yetkili merci birleşme ile ilgili hukuki işlemler ve birleşme şartları taslağının varlığını ve geçerliliğini onaylamak zorundadır.

#### **Madde 17**

Üye devletler mevzuatı birleşmenin hangi tarihte yürürlüğe gireceğini belirtmelidir.

#### **Madde 18**

1. Birleşme 68/152/EEC sayılı Yönergenin 3. maddesine uygun olarak üye devletler mevzuatınca öngörülen biçimde ilan edilmelidir.

2. Devralınan şirket veya şirketlerin ilan işlemleri devralan şirketçe yerine getirilebilir.

#### **Madde 19**

1. Birleşme kendiliğinden ( ipso jure ) birleşen şirketler için aynı anda aşağıdaki sonuçları doğurur:

(a) Devir alınan şirketin bütün hak ve borçları, gerek devralan ve devralınan şirket gerek üçüncü kişiler açısından devralan şirkete geçer,

(b) Devralınan şirketin pay sahipleri, devralan şirketin pay sahibi olurlar,

(c) Devralınan şirket sona erer

2. Devir alınan şirketin aşağıdaki şekilde başkasının elinde olan payları devir alan şirketin payları ile değiştirilemez:

(a) Devir alan şirket veya kendi adına onun hesabına hareket eden bir kişinin elindeki;

veya

(b) Devir alınan şirket veya kendi adına, fakat onun hesabına hareket eden bir kişinin elindeki paylar.

3. Üye devletler mevzuatı devir alınan şirkete ait hak ve borçların devir alan şirkete geçmesi konusunda özel biçim şartları öngörmüş ise bu şartlar yerine getirilmelidir. Bu şartları devir alan şirket yerine getirebilir, bununla birlikte, üye devletler mevzuatı devralınan şirkete bu şartları yerine getirmesi için birleşmenin yürürlüğe gireceği tarihten itibaren altı aydan daha fazla olmamak şartıyla, istisnai durumlar hariç sınırlı bir süre verebilir.

#### **Madde 20**

Üye devletler mevzuatı en azından devralınan şirketin yönetim organları üyelerinin birleşmenin hazırlanması ve uygulanmasındaki kusurlu davranışlarından dolayı bu şirketin pay sahiplerine karşı hukuki sorumluluklarını düzenleyen hükümler koymalıdır.

### **Madde 21**

Üye devletler mevzuatı en azından devir alınan şirket adına birleşme şartlarını inceleyerek 10 (1) maddede belirtilen raporu hazırlayan bilirkişilerin görevlerini yerine getirmedeki kusurlu davranışları dolayısıyla bu şirketin pay sahiplerine karşı hukuki sorumluluklarını düzenleyen hükümler koymalıdır.

### **Madde 22**

1. Üye devletler mevzuatında birleşme ancak aşağıdaki durumlarda batıl sayılabilir:

(a) Butlan kararı bir mahkemece verilmelidir;

(b) 17. Madde gereğince yürürlüğe giren birleşmeler, ancak hukuka uygunlukları konusunda adli veya idari bir ödenetim yoksa veya resmi biçimde onaylanmamışsa ya da genel kurul kararı milli hukuka göre batıl veya iptal edilebilir nitelikte ise hükümsüz sayılabilir;

(c) Butlan davası birleşme yürürlüğe girdikten sonra altı ay geçmişse ya da durum düzeltilmişse açılmaz;

(d) Birleşmenin butlanını gerektiren aksaklığın düzeltilmesi imkanı varsa yetkili mahkeme, ilgili şirketlere durumu düzeltebilmeleri için uygun bir süre vermelidir;

(e) Birleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin karar, 68/151/EEC sayılı Yönergenin 3. maddesine uygun olarak üye devletler mevzuatında öngörülen biçimde ilan edilmelidir;

(f) Bir üye devlet hukuku üçüncü bir kişiye böyle bir karara karşı hukuk yoluna başvurmak imkanı tanıdığı takdirde o kişi ancak kararın 68/151/EEC sayılı Yönergede öngörülen biçimde ilanından itibaren altı ay içinde bu yola gidebilir;

(g) Birleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin karar, 17. maddede belirtilen devir alan şirketin birleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra ve iptal kararının ilanından önce yapmış olduğu işlemlerden doğan borçların geçerliliğini etkilemez;

(h) Birleşmeye taraf olan şirketler, (g) 'de ifade edildiği şekilde devir alan şirketin sözü geçen borçlarından müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

2. Eğer bir üye devletin hukuku idari bir otoritenin emriyle de birleşmenin butlanını sağlamış ve böyle bir karara karşı mahkemede temyiz yoluna başvuruyu kabul etmişse, Paragraf 1 (a) da ki hüküm bu yöntemle tadil edilebilir. Paragraf (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) hükümleri benzer şekilde idari merci kararlarına da uygulanır. Bu şekilde alınan butlan kararlarına karşı, 17.

maddede belirtilen tarihten itibaren altı aylık bir süre geçtikten sonra, dava açılmaz.

1. Birleşme kararının butlanının hukuka uygunluğu için hukuki ve idari ön denetimden başka her hangi bir denetimi takip ettiğini resmen benimseyen bir üye devletin mevzuatı, daha önce belirtilenlerden etkilenmeyecektir.

### **BÖLÜM III**

#### **Yeni Şirket Kurulması Yoluyla Birleşme**

##### **Madde 23**

1. Bu Yönergenin 5, 6, 7 ve 9-22 maddeleri, 68/151/EEC sayılı Yönergenin 11 ve 12. maddelerini ihlal etmemek şartıyla, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmeye de uygulanır. Bu amaçla “birleşen şirketler” ve “devralınan şirket” sona eren şirketleri ve “devralan şirket” yeni şirketi ifade eder.

2. Madde 5 (2) (a) aynı zamanda yeni şirket için de geçerlidir.

3. Birleşme şartları taslağı ve ayrı bir belgede yer aldığı takdirde yeni şirketin esas sözleşme taslağı , sona eren şirketlerin her birinin genel kurulu tarafından onaylanmalıdır.

4. Üye devletlerin, 77/91/ EEC sayılı Yönergenin 10. maddesinde belirtilen ve nakit dışındaki sermayeye değer biçilmesini düzenleyen kurallarını yeni şirketin kurulmasında uygulaması gerekmez.

### **BÖLÜM IV**

#### **Bir Anonim Şirketin Paylarının %90 veya Daha Fazlasına sahip Başka Bir Anonim Şirket Tarafından Devralınması**

##### **Madde 24**

Üye devletler, mevzuatlarında bir veya daha çok anonim şirketin paylarının tamamına ve genel kurulda oy hakkı olan diğer menkul kıymetlerine sahip başka bir anonim şirket tarafından bütün hak ve borçlarıyla tasfiyesiz devralınmasını düzenleyici hükümlere de yer vereceklerdir. Bu işlemler Bölüm II ‘nin, 5 (2) (b), (c) ve (d), 9, 10, 11 (1) (d) ve (e), 19 (1) (b), 20 ve 21. maddeleri hariç, hükümleriyle yerine getirilecektir.

##### **Madde 25**

Üye devletlerin, 24. maddedeki durumlarda, 7. maddede ki özel hükümleri uygulaması, aşağıdaki şartlar oluşmuşsa, gerekmez:

(a) Bunun için, birleşme şartları taslağının, madde 6 uygun olarak birleşmenin yürürlüğe girmesinden en az bir ay önce ilan edilmesi,

(b) Birleşmenin yürürlüğe girmesinden en az bir ay önce devralan şirketin pay sahiplerine madde 11 (1) (a), (b) ve (c) de belirtilen birleşme ile ilgili bütün belgeleri, şirketin merkezinde inceleme fırsatı tanınmalıdır. Madde 11 (2) ve (3) uygulanmalıdır;

(c) Madde 8 (c) uygulanmalıdır.

#### **Madde 26**

Devralınan şirket veya şirketlerin madde 24'de belirtilen tüm paylar veya diğer menkul kıymetleri, devralan şirket ve/veya kendi adına fakat şirketin hesabına hareket eden kişilerin elinde tutulmakta ise, bu durumda üye devletler bir veya daha fazla şirketin tasfiye edilmeksizin sona erdiğini ve tüm hak ve borçlarını bir başka şirkete devrettiği işlemlere madde 24 ve 25 hükümlerini uygulayabilir.

#### **Madde 27**

Aynı biçimde devralınan bir veya daha çok şirket paylarının %90 veya daha fazlasına sahip bir başka şirket tarafından devralınması durumunda da bu işlem, aşağıdaki şartlarla devralınan şirket genel kurulunun onayına sunulmayabilir.

(a) Birleşme şartları taslağının, madde 6 ya uygun olarak devralan şirketin genel kurul toplantısından en az bir ay önce ilan edilmiş olması ;

(b) Paragraf (a) da gösterilen özel tarihten bir ay önce devralan şirketin pay sahiplerine madde 11 (1) (a), (b) ve (c) de belirtilen birleşme ile ilgili bütün belgeleri, şirketin merkezinde inceleme fırsatı tanınmalıdır. Madde 11 (2) ve (3) uygulanmalıdır;

(c) Madde 8 (c) uygulanmalıdır

#### **Madde 28**

Üye devletlerin, 27. maddede belirtilen bir birleşmeye, aşağıdaki şartların bulunması durumunda, 9-11 maddelerini uygulaması gerekmez:

(a) Devralınan şirketin azınlık pay sahipleri, devralan şirketten kendi paylarını isteme hakkına sahip olmalıdır;

(b) Onlara, devralan şirketten kendi paylarının değerlerine uygun bir bedel karşılığında devralınmasını isteme hakkı tanınmalıdır;

(c) Bedele ilişkin her hangi bir anlaşmazlık durumunda, bu bedelin mahkeme tarafından belirlenmesi mümkün olmalıdır.

#### **Madde 29**

Devralınan şirket veya şirketlerin 27. maddede belirtilen paylar ve diğer menkul kıymetlerin %90 veya daha fazlasını, fakat tamamı değil, devralan şirket ve/veya kendi adına fakat şirketin hesabına hareket eden kişilerin elinde ise, bu durumda üye devletler bir veya daha fazla şirketin tasfiye edilmeksizin sona erdiğini ve tüm hak ve borçlarını bir başka şirkete devrettiği işlemlere 27 ve 28. maddeleri uygulayabilir.

**BÖLÜM V****Birleşme Olarak Kabul Edilen Diğer İşlemler****Madde 30**

Madde 2'de gösterilen işlemlerden birinin varlığı halinde, üye devletler mevzuatının %10'u aşan bir nakit ödemeye izin verdiğinde bölüm II ve III ve 27, 28 ve 29. maddeler uygulanacaktır.

**Madde 31**

Üye devletler mevzuatının 2, 24 ve 30. maddelerde belirtilen işlemlerden birine izin verdiği durumlarda, II. bölüm madde 19 (1) ( c ) hariç, bölüm III veya IV hükümleri doğrudan uygulanacaktır.

**BÖLÜM VI****Son Hükümler****Madde 32**

1. Üye devletler, ilanını takip eden üç yıl içinde bu Yönerge hükümlerine uyum sağlamak için zorunlu olan kanun, düzenleme ve idari işlemleri yürürlüğe koyacaklardır. Bu durumdan derhal Komisyonu haberdar edeceklerdir.

2. Bununla birlikte, bu hükümlerin İngiltere ve İrlanda da ki kayıtlı olmayan şirketlere uygulanması için Paragraf 1 de belirtilen hükümlerin uygulanmaya konulmasından itibaren beş yıl süreyle ertelenebilir.

3. Üye devletlerin, değiştirilebilir tahvil ve diğer değiştirilebilir menkul kıymetlerin sahipleri hakkında 13, 13 ve 15. madde hükümlerini uygulamaları , Paragraf 1 de belirtilen kanunlar, düzenlemeler ve idari işlemler yürürlüğe girmeden önce birleşme olayında bunların sahiplerinin durumu mevcut şartlar altında belirlenmişse, zorunlu değildir.

4. Milli hukuklar tarafından gerekli kılınan bir kanun ya da formalitenin 1. Paragrafta belirtilen hükümlerin yürürlüğe girdiğinde, daha önce tamamlanmış olduğu kabul edilen birleşmelere veya işlemlere üye devletlerin bu Yönerge hükümlerini uygulaması gerekmez.

**Madde 33**

Bu Yönerge üye devletlere uygulanır.

Lüksemburg 9 Ekim 1978

Konsey adına Başkan

H. J. VOGEL